REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XX - N. 140 - JANEIRO / MARÇO DE 2019 - ISSN 1982-1506



O argumento econômico na análise judicial

Douglas Camarinha Gonzales



Existem limitações materiais à liberdade de reunião pacífica?

Frederico Poles Borgonovi



Breves considerações sobre as servidões prediais no Código Civil de 2002

Leonardo Estevam de Assis Zanini e Celso Maran de Oliveira



O tempo da modernidade e o tempo da reflexão

Roberto Beijato Junior

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal André Nekatschalow

Publicação Oficial
(Artigo 113 do Regimento Interno do TRF - 3ª Região)

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XX	n. 140	p. 1-593	Jan./Mar. 2019

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal André Nekatschalow

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

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

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

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98 - Presidente[2]
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99 - Vice-Presidente[3]
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002 - Corregedor-Regional [4]
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011 [5]
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012
NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013
MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013
TORU YAMAMOTO - 04/10/2013
MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013
TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013
Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013
DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013
MAURÍCIO Yukikazu KATO - 11/12/2014
HÉLIO Egydio de Matos NOGUEIRA - 11/12/2014
GILBERTO Rodrigues JORDAN - 11/12/2014
PAULO Sérgio DOMINGUES - 11/12/2014
WILSON ZAUHY Filho - 16/02/2016
NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016
VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016
CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016
INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 20/03/2019.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY - Presidente
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

CECÍLIA MARCONDES
MAIRAN MAIA
NELTON DOS SANTOS - Presidente
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE - Presidente
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI - Presidente
FÁBIO PRIETO
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

TORU YAMAMOTO - Presidente
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI - Presidente
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN - Presidente
VANESSA MELLO - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO - Presidente

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 28/02/2018)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O argumento econômico na análise judicial
Douglas Camarinha Gonzales 15

Existem limitações materiais à liberdade de reunião pacífica?
Frederico Poles Borgonovi 37

Breves considerações sobre as servidões prediais no Código Civil de 2002
Leonardo Estevam de Assis Zanini e Celso Maran de Oliveira 51

O tempo da modernidade e o tempo da reflexão
Roberto Beijato Junior *69*

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Servidão administrativa. Indenização. Juros compensatórios. Limite de 6% ao ano a partir da entrada em vigor da MP nº 1.577/1997. Constitucionalidade. Juros moratórios. Pedido de redução a patamar já fixado em sentença.
Ap 0904200-30.1986.4.03.6100
Desembargador Federal Wilson Zauhy 93

Ação de indenização. Responsabilidade civil. Indeferimento indevido de seguro-desemprego. Existência de duplicidade de número de PIS. Responsabilidade solidária entre a CEF e a empresa que registrou funcionário com o mesmo número. Dever de indenizar presente. Verba alimentar. Danos morais.
Ap 0002029-24.2011.4.03.6109
Desembargador Federal Fábio Prieto 100

Militar. Oficial temporário. Indenização. Crime de deserção. Prisão. Posterior absolvição. Dano moral: descabido. Remuneração. Atualização do débito.
Ap 0003464-26.2012.4.03.6100
Desembargador Federal Hélio Nogueira 106

Mandado de Segurança. Interesse de agir. Sentença "extra petita". Não configurada. Registro de nascimento de indígena - RANI. Registro de nascimento civil tardio. Artigo 5º, XXXIII e XXXIV, "b", da CF/88. Lei nº 6.001/1973.
ApReeNec 0000144-34.2013.4.03.6002
Desembargador Federal Nelton Dos Santos 118

Mandado de Segurança. INSS. Exigência de prévio agendamento e limitação de requerimentos a serem protocolados. Violação ao exercício da atividade profissional do advogado.
ApCiv 5009104-46.2017.4.03.6100
Desembargadora Federal Diva Malerbi 123

Embargos à Execução Fiscal. Multa administrativa. INMETRO. Lei nº 9.933/1999. Variação de peso. Perícia. Desnecessidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Processo administrativo e auto de infração. Ausência de irregularidades formais. Multa. Gradação.
ApCiv 5011684-94.2017.4.03.6182
Desembargadora Federal Marli Ferreira 130

Responsabilidade civil. Empresa pública. Cessão de área mediante comodato. Responsabilidade do comodatário pela guarda e manutenção da coisa. Ilegitimidade de parte.
ApCiv 5000409-15.2018.4.03.6118
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 140

DIREITO AMBIENTAL

Área de preservação permanente. Limite de recuo e segurança. 100m. Usina hidroelétrica. Impossibilidade de construção. Legalidade dos atos administrativos.
Ap 0001142-34.2007.4.03.6124
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 147

DIREITO CONSTITUCIONAL

Mandado de Segurança originário. Concurso público 01/2013. Técnicos e analistas judiciários. Direito subjetivo à nomeação. Candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital. Restrição orçamentária. Inexistência de preterição arbitrária e desmotivada.
MS 5014511-63.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Carlos Muta 155

DIREITO PENAL

Recurso em Sentido Estrito. Decisão que não recebeu a denúncia. Imputação de crimes a agentes estatais. Homicídio qualificado praticado no contexto do regime militar. Lei nº 6.683/1979. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.
RSE 0015358-42.2015.4.03.6181
Desembargador Federal Nino Toldo 171

Tentativa de roubo. Artigo 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria das penas.
Ap. 0004008-45.2017.4.03.6130
Desembargador Federal Nino Toldo 201

Moeda falsa. Materialidade demonstrada. Autoria delitiva e dolo comprovados. "Notitia criminis" anônima. Diligências preliminares. Licitude. Competência da Justiça Federal. Possibilidade. Dosimetria da pena. Personalidade. Conduta social. Reincidência.
Ap. 0004784-86.2017.4.03.6181
Desembargador Federal José Lunardelli 208

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Auxílio-reclusão. Renda do segurado a ser aferida. Tese 896 do STJ. Recurso repetitivo. Nascimento do beneficiário após a prisão. Ausência de risco social futuro. Contingência prévia. Inversão da natureza jurídica do seguro social. Impossibilidade de concessão. Benefício indevido.
Ap 0035213-09.2009.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 223

Pensão por morte. Inexistência de certidão de óbito. Vasta documentação apta ao reconhecimento da morte presumida. Competência da Justiça Federal. Ex-companheira. Recebimento de pensão alimentícia. Dependência econômica comprovada.
Ap 0029756-54.2013.4.03.9999
Desembargador Federal Carlos Delgado 230

Atividade especial. Agente agressivo tensão elétrica acima de 250 volts. Não comprovada condição especial de trabalho. PPP que não demonstra efetiva exposição ao agente. Reexame disposto no artigo 1.040 do CPC. REsp 1.306.113/SC. Não cabimento do juízo de retratação.
Ap 0002408-08.2015.4.03.6114
Desembargadora Federal Marisa Santos 239

Pensão por morte. Requisitos legais não preenchidos. Qualidade de segurado não comprovada.
Ap 0033698-26.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Luiz Stefanini 244

Auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Adicional de 25%. Julgamento "extra petita". Inocorrência. Requisitos preenchidos. Inversão do ônus de sucumbência.
Ap 0042542-62.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Paulo Domingues 249

LOAS. Prévio percurso da via administrativa. Interesse de agir. Repercussão geral. RE nº 631.240/MG. Princípio da razoabilidade. Processo pronto para julgamento. Requisitos satisfeitos.
Ap 0040245-14.2017.4.03.9999
Desembargadora Federal Inês Virgínia 255

Pensão por morte. Filho inválido. Cessação administrativa do benefício. Pedido de restabelecimento. Julgamento antecipado da lide. Ausência de prova médico-pericial. Cerceamento de defesa.
Ap 0020603-21.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 268

Aposentadoria de professor. Exclusão do fator previdenciário. Impossibilidade.
ApCiv 5000538-63.2018.4.03.6136
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 271

Ação rescisória. Artigo 966, V, do CPC. Auxílio-doença. Pagamento do benefício nos períodos em que o segurado exerceu atividade laborativa remunerada. Violação à norma jurídica não configurada. Ação rescisória improcedente.
AR 5004190-66.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Toru Yamamoto 277

Ação Rescisória. Aposentadoria especial. Período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença não acidentário. Cômputo para tempo de serviço especial. Questão objeto de afetação. Tema 998. Matéria controvertida. Óbice da Súmula nº 343 do e. STF.
AR 5008325-24.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Sérgio do Nascimento 288

Recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez derivada de auxílio doença, nos termos do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/1991.
ApCiv 5039706-26.2018.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 293

Pensão por morte. Genitora. Qualidade de segurado comprovada. Dependência econômica configurada. Honorários advocatícios. Fixação na fase de liquidação. Observância do RE 870.947.
ApCiv 5062849-44.2018.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Vanessa Vieira de Mello 298

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação rescisória. Pensão por morte. Violação a literal disposição de lei. Ocorrência. Artigo 47 do CPC/73. Litisconsórcio passivo necessário. Princípio da fungibilidade. Rescisória procedente. Nulidade dos atos processuais posteriores à citação no feito subjacente.
AR 0019787-10.2011.4.03.0000
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 311

Busca e apreensão. Instituição financeira
Ap 0000120-88.2013.4.03.6104
Desembargador Federal Peixoto Junior 319

Reintegração de posse. Esbulho. Interdito proibitório impugnando demarcação de terras indígenas. Indenização por perdas e danos. Impossibilidade jurídica do pedido. Processo demarcatório tem natureza declaratória. Direito indígena preexistente. Bem público de propriedade da União. Inalienabilidade e indisponibilidade.
Ap 0001424-28.2013.4.03.6006
Desembargador Federal Cotrim Guimarães..... 328

Embargos de terceiros. Alienações sucessivas. Veículo automotivo. Alienação após garantida a Execução Fiscal pelo devedor. Fraude a Execução. Inocorrência. Incidência do parágrafo único do artigo 185 do CTN.
Ap 0008185-73.2013.4.03.6136
Desembargador Federal Mairan Maia..... 335

Apelação em Ação Monitória. Cédula de crédito bancário. Comissão de permanência. CDC. Capitalização de juros. Anatocismo. Sistemas de amortização.
Ap 0021883-89.2015.4.03.6100
Desembargador Federal Valdeci dos Santos..... 344

Embargos à Execução de Sentença. Excesso de Execução. Multa por atraso na implantação do benefício. Condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios mantida.
ApReeNec 5001349-45.2016.4.03.9999
Desembargador Federal Nelson Porfírio 357

Agravo interno. Decisão monocrática mantida. Ressarcimento ao erário de valores indevidamente recebidos a título de pensão por morte previdenciária, após a constatação de irregularidades nos vínculos do instituidor do benefício. Suspensão do feito principal até decisão no RE nº 852.475/SP.
AI 5016946-44.2017.4.03.0000
Desembargador Federal David Dantas..... 360

Execução Fiscal. Suspensão em razão da instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas. Artigo 313, IV, do CPC. Impulso oficial. Inteligência do artigo 2º do CPC. Dever do juízo de origem de dar regular prosseguimento ao feito após o julgamento do incidente.
AI 5003105-45.2018.4.03.0000
Desembargador Federal André Nabarrete 363

Execução Fiscal. Inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes por determinação judicial. Fazenda Pública. Impossibilidade. Obtenção da medida por meios próprios.
AI 5015615-90.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho 365

Pedido de suspensão de liminar. Legalidade do procedimento de negociações travado entre a Empresa Brasileira de Aeronáutica - EMBRAER e BOEING.
SLAT 5030872-58.2018.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 371

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Descaminho. Princípio da insignificância. Reiteração delitiva. Descabimento. Recebimento de denúncia no juízo "ad quem". Possibilidade. Súmula do STF nº 709.
RSE 0003807-51.2014.4.03.6003
Desembargador Federal André Nekatschalow 393

Conflito Negativo de Jurisdição. Locação ou venda de imóvel destinado à moradia de beneficiário do programa habitacional "Minha Casa, Minha Vida". Conduta que não se amolda ao crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.492/1986. Competência afastada da vara criminal especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e de valores. Conflito de Jurisdição procedente.
CJ 0000454-28.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Maurício Kato.....400

Conflito de jurisdição. Desmembramento. Inquérito policial. Operação Alba. Máfia das merendas. Reiteração do modus operandi. Conexão probatória. Não ocorrência. Certames autônomos.
CJ 5022439-65.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Baptista Pereira 403

"Habeas Corpus". Suposta prática do crime previsto no artigo 89, "caput", da Lei nº 8.666/1993. Competência da Justiça Federal. Justa causa para o prosseguimento da Ação Penal. Denúncia que descreve adequadamente as condutas imputadas ao paciente. Independência das instâncias penal, civil e administrativa. Ausência de violação à ampla defesa e ao contraditório.
HC 5030464-67.2018.4.03.0000
Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....408

"Habeas corpus". Artigo 304 do CP. Prisão preventiva. Revogação mediante fiança. Redução do valor arbitrado. Ordem parcialmente concedida.
HC 5001251-79.2019.4.03.0000
Desembargador Federal Paulo Fontes 436

DIREITO TRIBUTÁRIO

Juízo de Retratação. Mandado de Segurança. Retenção de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços prestados por cooperados. Artigo 22, IV, Lei nº 8.212/1991 na redação da Lei nº 9.876/1999.
ApReeNec 0007290-65.2000.4.03.6105
Desembargador Federal Souza Ribeiro 443

Multas impostas com fulcro no artigo 107, IV, "e" do Decreto-Lei nº 37/66 por conclusão de desconsolidação a destempo. Denúncia espontânea: inaplicabilidade às obrigações acessórias.
Ap 0006151-27.2013.4.03.6104
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo..... 455

Embargos à Execução Fiscal. Juros de mora. Multa. Taxa Selic. Legalidade. Impenhorabilidade dos bens constritos. Inviabilização do desenvolvimento de atividade comercial. Nulidade da penhora.
Ap 0007204-32.2016.4.03.6106
Desembargador Federal Marcelo Saraiva..... 463

Recurso Especial. Crédito tributário. Compensação de ofício. Tema 484 do STJ.
REsp ApelReex 5000115-88.2017.4.03.6120
Desembargador Federal Nery Júnior..... 468

Imposto de renda. Mandado de Segurança. Rescisão de contrato de trabalho. Verba recebida a título de "não concorrência e confidencialidade". Liberalidade. Incidência tributária. Férias indenizadas e aviso prévio indenizado. Não incidência.
ApCiv 5027095-35.2017.4.03.6100
Desembargadora Federal Mônica Nobre 473

SENTENÇAS

Ação Civil Pública. Construção de Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados/MS. Desvio de recursos. Improbidade administrativa. Danos morais. Recomposição do patrimônio público.
0002607-43.1999.4.03.6000
Juiz Federal Renato Toniasso 481

Ação Civil Pública. Quiosques situados na orla do município da Caraguatatuba. Demolição. Obrigação de fazer.
0007417-57.2010.4.03.6103
Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 496

Licitação. Lei nº 8.666/1993, art. 90. Crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório.
0014275-25.2014.4.03.6181
Juiz Federal Emerson José Couto..... 540

Ditadura militar. Prisão. Perseguição política. Danos morais.
0009958-96.2015.4.03.6100
Juíza Federal Ana Lucia Petri Betto 551

Queixa-crime. Delitos de injúria e difamação. Mídias sociais.
003408-24.2017.4.03.6130
Juíza Federal Adriana Freisleben de Zanetti 558

Imposto de Exportação. Multa. Dívida Ativa da União. Cancelamento de inscrição. Declaração de inexistência de multa. Exclusão de parcelamento.
5007391-36.2017.4.03.6100
Juiz Federal Tiago Bitencourt de David 566

Embargos à Execução. Nulidade de CDA. Imunidade constitucional. Empresa pública que executa serviços em regime de monopólio. Prescrição da pretensão executiva.
5000070-17.2018.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 570

Mandado de Segurança. ANEEL. Bandeiras tarifárias. Compensação.
5001469-17.2018.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 577

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 587

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 591



Artigos Doutrinários

O argumento econômico na análise judicial



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

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A dialética entre Direito e Economia. 3. As contribuições dos economistas. 4. A neo-hermenêutica e o argumento econômico. 5. As políticas públicas e o argumento econômico em juízo. 6. A ideia de sistema: o argumento econômico e sua aplicação prática. 7. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A presente exposição propõe-se a ponderar sobre a influência do argumento econômico na análise das demandas judiciais, sua repercussão no raciocínio jurídico, mediante o necessário entrelaçamento da Economia no Direito. Procura-se, assim, tecer uma reflexão, fiel à experiência pragmática das decisões judiciais, seus fundamentos e linha de axiologia para expor qual a influência determinada pelas bases da Economia, com amparo no conceito de utilidade econômica ao sistema jurídico.

Vê-se, pois, a opção epistemológica delineada no presente trabalho para examinar a interação entre Direito e Economia, sob uma análise macro do fenômeno, no intuito de conferir melhor visão à interpretação, quer quanto às suas origens e limites, quer quanto às suas consequências – sem qualquer menoscabo à magnitude da Economia na realização do Direito.

O artigo busca escalonar as diferentes discussões erigidas no âmbito nacional e internacional das vertentes modernas de estudo interdisciplinar de ambos os ramos da ciência: humanas/política de um lado; e da macroeconomia, vista sob a sua aplicação de método e raciocínio econômico de outro, para assim, conferir-se ênfase ao argumento econômico em juízo, situando a questão no seio da interpretação constitucional.

Tal ilação vem ao encontro dos apontamentos de Bruno Salama, segundo o qual, o argumento econômico já está inserto nas decisões judiciais implícita e explicitamente, tal como numa metáfora imperfeita, a pressão atmosférica nos exercícios de um atleta; e, como tal, o argumento econômico é partícipe do sistema jurídico, em decorrência do nosso regime de produção e dos próprios princípios constitucionais.

O estudo segue para explicitar as vertentes econômicas de maior relevo no pensamento econômico que influenciam a orientação jurídica e a formulação de políticas públicas, ou sua eventual revisão judicial.

Ilustra-se, ainda, os argumentos com a retórica jurisprudencial sobre o assunto, em face de decisões nacionais e internacionais de vanguarda sobre o tema, para, assim, explicitar a influência desse quadro à judicatura nacional.

O ensaio procura, dessa maneira, exprimir as maiores preocupações apontadas pela simbiose fática-econômica entre os institutos jurídicos e sua aplicação na sociedade de mercado; bem como a necessidade de sua compreensão em um contexto macro social; apontando a repercussão do resultado dessa simbiose muitas vezes necessária entre Direito e Economia para o fim de aferir a funcionalidade do sistema frente às diretrizes constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Tal construção busca conferir uma visão crítica e construtiva ao sistema do Direito Econômico, ainda em formação, na tentativa de melhor situar o intérprete nas inferências da Economia no Direito e sua recíproca, numa visão sistemática de funcionalidade.

Examina-se, assim, a natureza jurídica dessas normas, seus desdobramentos e as suas consequências à sociedade e ao País.

A discussão, ainda, é enriquecida com as implicações jurisprudenciais de múltiplos exemplos nas diferentes áreas do Direito. A relevância do tema se expressa com muito mais ênfase que se imagina – tanto assim que um novo perfil de Estado se desenhou, através do *New Deal;* o próprio *impeachment* ocorrido em 2016, em face das "pedaladas fiscais" e a transgressão à Lei de Responsabilidade Fiscal (com deliberação meramente política); o julgamento da inconstitucionalidade da desaposentação são exemplos extraordinários da relevância do argumento econômico implícita ou expressamente no discurso jurídico estatal e na própria relação estatal na Economia.

2. A dialética entre Direito e Economia

De início, há de se registrar a relevância das relações entre Direito e Economia nos diferentes setores dessas ciências. A interação é intensa, pois ambas regulam a vida do homem em sociedade, o primeiro num aspecto *lato*; ao passo que a Economia nas relações de troca na sua amplíssima dimensão. Nessa perspectiva, ambas são ferramentas de estudo da interação do homem com o Estado e o mercado, enfim, a interação do homem entre si.

Vê-se, pois, que o exame do Direito deve necessariamente levar em conta a realidade econômica do mercado (despesas x recursos finitos), justamente para otimizar o papel regulador da sociedade. E, de sua vez, a Economia só tem raízes sólidas mediante o funcionamento das instituições estatais devidamente regradas pelo Direito, o que confere credibilidade às suas instituições, como o crédito, a segurança institucional da troca, a fluidez saudável dos contratos e a própria propriedade.

Em termos ilustrativos, a lei para melhor regrar o comportamento humano deve necessariamente levar em consideração a realidade de mercado para embasar o regramento jurídico em cotejo ao custo social. Assim, quando, por exemplo, o legislador quiser implantar medidas antipoluidoras a determinadas atividades empresariais, como a necessidade de instalar filtros industriais, deverá impor sanções significativas às empresas, de forma que o benefício econômico do empresário ao não trocar/implantar o filtro seja menor que o custo de medidas de combate à poluição; entretanto, as sanções devem também ser proporcionais, para não inviabilizar a atividade econômica. Outra medida que corroboraria tal dever jurídico seria a possibilidade legal de conferir publicidade às atividades do poluidor, de forma que a clientela de seus produtos poderia melhor aferir a conduta empresarial ética daquele que assim o faz.

A mesma situação ocorre com as técnicas de tributação, pois o legislador deve planejar a tributação de tal forma que não iniba a atividade empresarial local frente aos demais agentes econômicos internacionais, sob pena de arrefecer o ânimo do empreendedor.

Por sua vez, a atividade judicial de conferir aplicação prática ao Direito na solução de litígios só será legítima quando levar em consideração a realidade econômica subjacente ao contrato, pois a Economia das relações é inerente ao Direito. Assim, exemplificativamente, eventual interpretação jurídica que procrastine demasiadamente o despejo implicará na elevação significativa dos aluguéis, a ponto de prejudicar além do inquilino, a própria atividade econômica do País.

Daí a constatação de André Franco Montoro Filho baseada no incentivo individual, em particular o financeiro, como orientador do comportamento humano. Pondera o autor, que o sucesso das economias de mercado e o fracasso das economias de planejamento central são, em grande parte, explicados pelos corretos incentivos presentes nas economias descentralizadas de mercado.[1]

Enfim, o jurista deve ter em mente que o sucesso da realização do valor amparado pela norma precisa estar afinado com a realidade econômica subjacente.

Exatamente em razão da realidade econômica e a importância da economia de mercado, a jurisprudência sensível à observação do argumento econômico em juízo sedimentou a necessidade implacável da correção monetária, como expressão lídima do direito em litígio; a criação da figura da lesão, vício do ato jurídico; da revisão contratual, quando presentes situações econômicas imprevisíveis que impeça o contratante de dar continuidade ao contrato; da ilicitude do cartel e do *dumping,* entre outros institutos jurídicos. Institutos esses criados através de uma interpretação econômica do Direito.

De outro lado, a Economia requer para sua legítima atuação na sociedade a correção de seus vícios no regime capitalista, tido por consenso como eficiente e pragmático; contudo, excludente e carecedor de regulação. Justamente por isso, o Direito intervém nas relações econômicas para corrigir tais imperfeições. A própria Constituição Federal resguarda em Título próprio as diretrizes gerais que fundam a economia do País, cujos princípios e normas são pauta de interpretação do jurista ao analisar questões econômico-jurídicas.

Nesse passo, a intervenção do Estado no mercado ocorre como agente normativo e regulador com o objetivo de induzir os agentes econômicos a um comportamento gerador de eficiências, condicionando as forças de mercado rumo à livre concorrência, à defesa dos consumidores, à função social da pro-

1 MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia.* Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008, p. xiii.

priedade, visando impedir o abuso do poder econômico.

É esse o fio condutor traçado pelo constituinte, ao estabelecer de um lado o valor fundante de nossa ordem econômica na valorização do trabalho e na livre iniciativa (art. 170), mediante a aplicação (1) do princípio da soberania nacional na condução da política pública econômica ao um conceito de interesse para o País, de sorte que a integração mundial deve respeitar essa premissa; (2) a propriedade privada como marco do capitalismo, como sede de produção de empresas, cujo lucro é um valor legítimo; (3) a função social da propriedade, linha condutora desses dois últimos, próprio da linha evolutiva da propriedade, com as restrições de uso impostas pelo ordenamento jurídico, de sorte a determinar deveres tanto ao titular da propriedade para seu uso em consonância com o interesse coletivo, como do Estado ao restringir a propriedade, deverá fazê-lo, com a devida indenização.

Resta, ainda, dizer que a simbiose econômica no Direito só é real quando houver efetiva interdisciplinaridade na análise das atividades, o que representa mais do que uma sobreposição de dois pontos de vista.[2] Essa integração exige mutualidade de visão de disciplinas para tratar o conhecimento tanto aos olhos da Economia como do Direito – e tal observação pode apontar caminhos de pesquisas e métodos em paralelo, mas complementares.

Para tanto, há de se averiguar as contribuições dos economistas e a principais correntes de pensamento na interação com o Direito.

3. As contribuições dos economistas

A História mundial é fértil na convivência de reivindicações e transformações da relação dialética do Estado na economia, a ponto de traçar regimes políticos do próprio Estado, em decorrência do nível de intervenção estatal no mercado, onde se define o próprio perfil de regime da sociedade, com viés de direita ou esquerda – capitalista neoliberal, liberal, social ou comunista.

Dada a limitação do presente trabalho, o estudo restringe-se aos marcos de notáveis economistas do último século e os seus influxos de intervenção do Estado na economia e no planejamento da sociedade, e, como tal, no Direito.

3.1 Keynes

Antes da quebra das Bolsas Americanas – a Grande Depressão de 1929 –, vivenciava-se o apogeu do idealismo do capitalismo livre, baseado na máxima *laissez faire, laissez passer,*[3] a qual pressupunha que a mão invisível do capitalismo firmaria situações de plena eficiência e riqueza. Contudo, essa ideologia instalou um "reino de não poder", de forma que o sistema capitalista delineou seu próprio tropeço com a eclosão da crise de 1929 – com a quebra da Bolsa de Nova York –, ocasionado justamente em razão da ausência da regulação estatal.

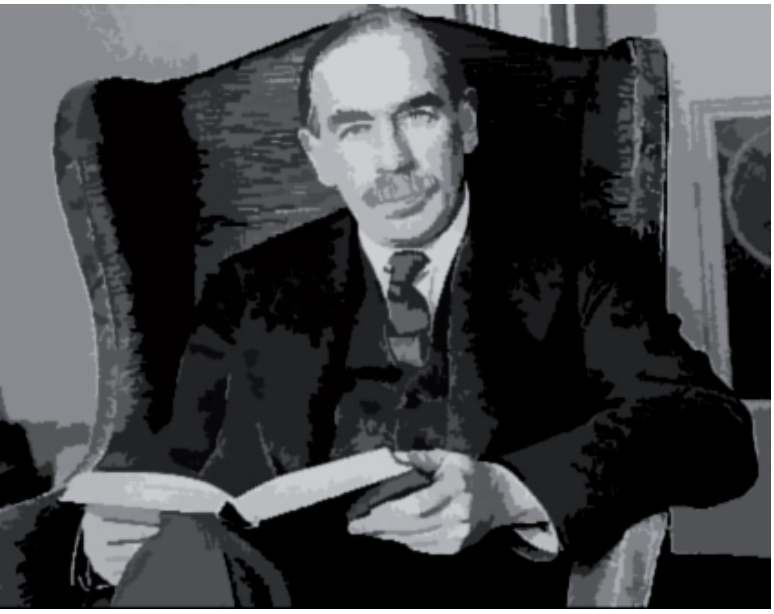
Foi o economista John Mayard Keynes quem trouxe nova visão da participação do Estado na economia, sobretudo em face da grave crise que o Ocidente atravessou com o colapso das Bolsas de Valores nos EUA.

A partir de então, houve mudanças significativas no modelo estatal que acolheu os argumentos de Keynes, em prol da intervenção do Estado na economia para implantação de obras públicas e assistenciais, a fim de fomentar a economia, o chamado *New Deal,*[4]

2 ESTEVES, Heloísa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia*. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2009.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

3 Máxima do pensamento liberal sintetizada em francês pelos Iluministas, cuja tradução livre "deixa fazer e deixe passar", consubstancia a ideia de Estado neutro e não intervencionista na Economia, sob a falsa ideia de que a mão invisível da iniciativa privada estabelece as melhores condições ao mercado pela força da livre iniciativa.

4 Cuja tradução livre é o "Novo Pacto Social".



que ensejou um novo modelo de federalismo econômico, baseado na cooperação dos entes federados para intervir na economia e implantar programas e planejamento comum aptos a resgatar o capitalismo.

Para superar a crise, Keynes defendia a ação do Estado na economia com o objetivo de atingir o pleno emprego. As *principais características do Keynesianismo são:*

- Defesa da intervenção estatal na economia, principalmente em áreas onde a iniciativa privada não tem capacidade ou não deseja atuar.

- Defesa de ações políticas voltadas para o protecionismo econômico.

- Defesa de medidas econômicas estatais que visem à garantia do pleno emprego. Este seria alcançado com o equilíbrio entre demanda e capacidade de produção.

O impacto do trabalho de Keynes, "The General Theory of Employment, Interest and Money" (Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro), sobre o pensamento político e a formulação da política econômica repercutiu em quase todas as nações capitalistas.

Antes de Keynes, vigorava na "Microeconomia" o pensamento de que as forças de oferta e de procura provocariam automaticamente ajustes para o equilíbrio em todos os preços e valores, plena utilização dos fatores de produção e um preço de equilíbrio para o uso de cada um. Tanto assim que os desvios desses níveis eram considerados temporários.

De modo geral, a análise anterior do preço e do valor assentava-se em hipóteses baseadas no *laissez faire* e a aplicação de tal teoria implicava uma política de *laissez faire* e a perfeita mobilidade dos fatores no seio de uma economia autorreguladora.

Grosso modo, Keynes lança uma outra visão, da "Macroeconomia" ao se preocupar com os custos e poupança dos totais ou agregados. Tratava da renda nacional total segundo é afetada pelos gastos e poupanças totais, ao sintetizar que a Microeconomia está incorporada a esta. Observa o comportamento da economia total e reconhece que o dano de uma das partes é prejudicial ao todo.

A ideia de fluxo é da mais alta importância pelo fato de que a renda total nacional da sociedade deve ser mantida em certos níveis para garantir os níveis desejados de investimentos, economias e emprego. É uma espécie de conceito de equilíbrio geral no total todo elemento da economia depende de todos os demais elementos.

Contrariando a Microeconomia, Keynes não aceita ingenuamente o *laissez faire*, considera-o, em verdade, uma filosofia falaciosa, pois responsável pelas violentas perturbações no nível das atividades comerciais e pelo desemprego subsequente. Já o "calcanhar de Aquiles" em sua teoria é o efeito inflacionário de uma política econômica com frouxidão orçamentária, como ocorrera na maior parte dos países europeus pós-guerra.

O prestígio de Keynes foi incorporado com relativo sucesso pelo Governo de Roosevelt nos EUA para reerguer a economia americana. Sua teoria é consideravelmente referência na dicção de alguns institutos do direito público e privado, seja no Direito Constitucional, Direito Administrativo, Di-

reito Falimentar, Tributário, entre outros. Sua abordagem foi precursora na análise institucional do Direito, estabelecida por Veblen e Commons, ao focar a relevância das instituições, já que esses condicionam o comportamento humano individual e socialmente.

Esses últimos anotam que as instituições auxiliam a investigação da forma pela qual as instituições podem afetar e alterar a disposição dos indivíduos e suas preferências ao formar ou alterar hábitos sociais e as próprias regras a ser incorporadas pelos indivíduos.

3.2 Thomas Piketty e Ha-Joon Chang

Talvez dentro dessa década, o livro do francês Thomas Piketty, *O Capital no século XXI*, tenha sido o de maior impacto entre os leitores, quiçá em face de suas constatações ou eventualmente como a forma com que estudou a fundo o fenômeno da desigualdade social, sob o viés econômico, segundo a História Europeia/americana dos últimos 300 anos, com significativas projeções sobre o futuro do capitalismo e o papel do Estado e da sociedade na distribuição da riqueza.

Seu estudo sobre a concentração de riqueza e a evolução da desigualdade é fruto de quinze anos de pesquisas e se apoia em dados que remontam ao século XVIII, sobretudo na Europa (Alemanha e Inglaterra), com conclusões impactantes baseado no empirismo que se propôs.

Ressalva que o crescimento econômico e a difusão do conhecimento impediram que fosse concretizado o cenário apocalíptico previsto por Karl Marx no século XIX, sobretudo em face do crescimento da produtividade e da difusão do conhecimento que permitiram o aumento da riqueza mundial total – em que pese a sua dificuldade de distribuição, já que não se alterou a estrutura do capital e sua importância em face do trabalho. O livro não agasalha diretamente teses de Marx ou de Keynes; simplesmente procura fazer uma constatação histórica empírica da desigualdade, seus vetores prós e contras.

De um lado, expõe que as razões da conjuntura histórica do capitalismo são tendentes a criar um círculo vicioso de desigualdade,[5] pois, no longo prazo, a taxa de retorno sobre os ativos é maior que o ritmo do crescimento econômico, o que se traduz numa concentração cada vez maior da riqueza. Explica esse fenômeno através de leis do capitalismo.

A primeira trata da riqueza geral produzida em um determinado período e o percentual dessa que é relativa ao capital e ao trabalho; segundo o estoque da relação capital/renda = Beta. Aponta, assim, quantas vezes o estoque de capital é superior à apropriação da renda (que é contabilmente equivalente à produção). Eis a regra: Alpha = r X Beta.

Onde Alpha é a participação do capital na renda nacional, *r* é o retorno do capital e Beta é a relação de estoque de capital/ renda. Nos países europeus, Beta gira em torno de 600%, ou seja, o estoque de capital é de 600% da renda; alfa media de 3 a 5% ao ano.

5 "*A redistribuição moderna: uma lógica de direitos*
Em suma, a redistribuição moderna não consiste na transferência de riqueza dos ricos para os pobres, ou pelo menos, não de maneira tão explícita. Ela consiste em um financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma mais ou menos igualitária para todos (...) A redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de acesso a certo número de bens julgados fundamentais.
(...) O artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 anuncia também: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" e traz logo em seguida a seguinte explicação: "As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum". Trata-se de uma adição importante: a existência de desigualdade como bastante real é mencionada na segunda frase, após a primeira afirmar o princípio da igualdade absoluta. (...)
A segunda frase do primeiro artigo da Declaração dos Direitos de 1789 tem o mérito de fornecer uma resposta possível a essa pergunta, pois reverte de alguma maneira o ônus da prova: a igualdade é a norma, a desigualdade é apenas aceitável se for fundamentada sobre a "utilidade comum". (PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Trad. Monica de Baulle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 466/468 e 612)

Pontua o economista que a relação de estoque de capital/renda mudou pouco ao longo dos últimos 300 anos, atualmente o capital é entre 5 e 6 vezes o valor da renda nacional, um pouco abaixo do que fora no séc. XVIII e XIX, quando estava entre 6 e 7 vezes. Prolonga, assim, o estudo, consoante uma fórmula de longo prazo (cerca de 40 anos), segundo a taxa de poupança(s) da nação e o crescimento da economia. Eis a fórmula: Beta = s/g.

Assim, se a taxa de poupança for de 12% e a taxa de crescimento for de 2%, no longo prazo Beta = 600%, o que quer dizer que o capital acumulado será seis vezes a renda nacional. Expressa, assim, a importância do crescimento econômico para a distribuição da renda. E, de tal forma, em períodos de baixo crescimento, a herança ganha grande relevância.

Piketty foca o estudo na desigualdade sobre três ângulos: i) desigualdade da renda do trabalho; ii) da propriedade de capital (riqueza) e a renda vinculada a essa; iii) e a total, a intersecção dessas.

Elucida-se que a distribuição de capital é mais desigual que a do trabalho, para todos os países, em qualquer tempo, fomentada pela herança e seus efeitos cumulativos.

Alerta o estudioso para a tendência de estoque capital/renda (Beta) aumentar na última década, o que representaria um retrocesso na divisão de renda total, tal como fora o séc. XIX, sobretudo em face da participação dos 10% e 1% mais abastados.

Aponta entre os principais acontecimentos de distribuição de riqueza nos últimos séculos: 1) o crescimento econômico propriamente dito; 2) a intervenção estatal na distribuição de riqueza, principalmente através de um planejamento legal, cujos maiores destaques foram: a) a instituição do Regime de Previdência; b) sistema tributário equilibrado e funcional para as empresas e às pessoas físicas, bem como a efetiva tributação da herança; c) legislação que incentive o equilíbrio de ganho entre capital e trabalho; 3) acontecimentos políticos inusitados, como exemplo, as Grandes Guerras do séc. XX remanejaram a riqueza existente no continente europeu, como nunca visto.

Porém, os registros históricos demonstram que situação de desigualdade extrema pode levar a um descontentamento geral e até ameaçar os valores democráticos – pois a crença do sistema meritocrático de ascensão social está em xeque em face das estatísticas econômicas apontarem que a igualdade de direitos e oportunidade não avança significativamente para a distribuição de riqueza. Realça, assim, novas formas de intervenção política, quer na tributação do capital (mundialmente), quer na redescoberta de gestão da dívida pública.

Piketty defende, desse modo, tanto a tributação da herança (capital), como de outras formas de capital financeiro, cujos desdobramentos no Direito Tributário, Financeiro, Societário e Internacional repercutirão suas assertivas num futuro de curto e médio prazo para um planejamento legal mais eficaz em prol do bem comum em sentido mais amplo. A reflexão desses temas será essencial ao desenvolvimento econômico mundial e para um autêntico desenvolvimento comercial e de produção.

Nesse mesmo viés futurista, o Professor de Cambrige Ha-Jo Chang,[6] de origem coreana, lança críticas aos conceitos triviais do neoliberalismo, ao criticar a visão míope de curtíssimo prazo reivindicada pelo capitalismo de acionista que distorce o planejamento industrial e empresarial. Defende, assim, intervenções logísticas estatais ou corporativas institucionais no liberalismo desenfreado para correção de imperfeições do sistema.

Das suas obras de maior destaque, *Derrubando a Escada* e *23 Coisas que você deveria saber sobre Capitalismo,* o coreano desterra velhas máximas que a grande mídia

6 CHANG, H. J. *23 things they don´t tell you about capitalism*. New York: Bloomsburry Press, 2010.

procura rotular ao sistema. Entre essas, aponta que o conceito de livre mercado, tal como pregam os puritanos é ilusório, porquanto baseado em competições severas de oligopólio do setor.

Anota que o governo americano está envolvido no desenvolvimento da economia americana. Logicamente, os americanos espalham esse mito de que os EUA são o país do mercado livre e da mínima interferência do governo, mas, desde o começo, no século XIX, os EUA eram a economia mais protecionista do mundo, com taxas de importação de 40 a 50%.

Demonstra que mesmo no final do século XX, quando os EUA se tornaram a maior potência industrial e não precisavam dessas medidas para desenvolver as chamadas "indústrias nascentes", o governo americano se empenhou muito em promover a inovação tecnológica e as novas indústrias com o financiamento de pesquisas na área de defesa e saúde. Destaca a intenção governamental de impor um ímpeto intencionalmente competitivo às indústrias americanas, já que até a *internet* foi projetada pelas Forças Armadas.

Entre as correções às imperfeições, prega a criação de uma política com mentalidade de longo prazo para firmar base de uma produção sustentável com um mínimo de logística de apoio à indústria e ao serviço nacional, bem como a organização da sociedade e das corporações para apresentar módulos de desenvolvimento.

Defende, assim, mecanismos de correção do sistema capitalista de ordem normativa, regulatória e institucional (para impedir surgimento de oligopólios).

Entre esses tantos, podemos citar a Lei de Recuperação Judicial Brasileira, pois representa uma válvula de respiro na máquina capitalista em prol do próprio sistema empreendedor, justamente para amortecer a rigidez das consequências imediatistas do momento do mercado em crise. Sua repercussão reequilibra o sistema para reverter situações imprevisíveis e de manifesto prejuízo ao empreendedor. Sua importância é fulcral ao sistema capitalista para manter a saúde do sistema, frente aos riscos da ausência total de intervenção estatal. E, segundo os economistas modernos, constitui a salvaguarda da distribuição de riqueza do círculo mais abastado (maiores credores) aos empreendedores ordinários (o menos abastado), tanto assim que devolve a funcionalidade ao todo, mediante um mínimo de redistribuição dos ativos.

3.3 Richard Posner

Fiel à metáfora[7] do espírito colonizador da análise econômica do Direito, ou em outros termos, do realismo norte-americano sobre a dogmática jurídica, cuja invasão assemelha-se a de um império – a sede não seria Roma, mas Chicago, em razão da Escola Econômica de Chicago, com alusão à obra do historiador inglês Edward Gibbon sobre o Império Romano – cujo apogeu se humaniza na figura de Richard Posner (Professor de Chicago e Harvard e Juiz da Suprema Corte de Illinois), conforme ilustra Bruno Salama, essa assertiva não é inteiramente verdadeira.

Deveras, se de um lado Posner originalmente realça com ênfase a utilização do *critério de eficiência como fundação ética para o Direito*, essa assertiva não anda sozinha no universo jurídico, mas representa uma estrela que inspira o aplicador do Direito. Após vários anos de reflexão, o jurista cede seu hermetismo para considerar essa aplicação entre várias outras, à luz do pragmatismo real da *common law*[8] na realização do Direito.

De qualquer sorte, em seu purismo, prega que a descrição do Direito norte-americano

7 SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 27 out. 2016.

8 Nomenclatura usual utilizada pelo Direito anglo-saxônico que se baseia nos usos e costumes e na racionalidade da jurisprudência.

em bases microeconômicas, a chamada análise "microeficientista" do Direito; e, de outro, prega o praticalismo na análise do Direito.

Seu trabalho faz uso de ferramentas da Economia (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para analisar os efeitos de decisões jurídicas sobre o mercado. É nessa lógica consequencialista da Análise Econômica do Direito que se encontra o núcleo do pensamento Posneriano.

Em suas palavras: nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de "Direito e Economia" (*Law and Economies*), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*).[9]

Ou seja, esta escola de pensamento tenta, entre outras coisas, aproximar o conceito de Justiça à teoria econômica de maximização de riqueza. Unindo elementos do utilitarismo de Bentham (que pregava a maximização individual da felicidade) – dada a consequência do eficientismo na análise do comportamento em foco – e dos imperativos éticos deontológicos de Kant (dois dos principais sistemas éticos existentes), para prestigiar condutas da palavra e do trabalho.

Posner prega, originariamente, que o Direito da *Common Law* norte-americano é estruturado para permitir a aplicação do eficientismo, cuja tônica é a maximização da riqueza na sociedade.[10] Categoriza os institutos jurídicos da propriedade, como formador de riqueza e prega meios para sua interação econômica, através dos contratos e da teoria da responsabilidade civil, cujos institutos são forças motrizes para permitir corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

Sob a vertente de Bruno Salama,[11] o que filósofo americano (Posner) propôs é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do Direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras e interpretações que não a promovam são injustas.

Prossegue o estudioso ao registrar que Posner arrefeceu na concepção estrita do eficientismo, em face das críticas recebidas e do amadurecimento da carreira, para uma análise mesclada do pragmatismo na solução de problemas complexos. Transfere, assim, para a cultura nacional a aplicação do argumento econômico, como um vetor ideológico, pois *decorrente da estrutura jurídico-política do nosso País*.

Salama elucida que os ensinamentos de Posner são admitidos na análise judicial, sobretudo no Direito Empresarial, para a aplicação da responsabilidade civil sobre aquele que detém melhores condições de afastar o risco – *Risk bearier* – ao citar decisão da TJSP que responsabilizou o lojista na assunção do risco de um cartão clonado em seu estabelecimento, já que detém melhores condições operacionais para controlar e prevenir o risco de ardis, em contrapartida à instituição financeira do cartão de crédito.[12]

Deveras, tal concepção confere maior eficiência nas relações obrigacionais, porquanto confere à boa-fé do contratante uma interpretação condizente aos costumes do País e suas práticas de mercado, decorrente ainda da ética econômica e jurídica.

9 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2007.
10 *Ibidem*, p. 25.
11 SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: nov. 2016.
12 CUEVAS, Ricardo Villas Boas (Coord.). *Seminário teoria da decisão judicial*. Brasília, 23, 24 e 25 de 2014, p. 33-34.

O pensamento de Posner reflete, talvez, de modo mais incisivo as contribuições econômicas em sua projeção jurídica, cuja vertente de maior expressão é a própria Teoria Geral do Direito.

Relevante, ainda, registrar os trabalhos de Kaplow e Shavell – *Economic Analysis of the General Structure of Law* – até como forma de apurar o critério de escolha em comum entre juristas e economistas evoluem a ideia do eficientismo puro para uma medida de *bem-estar* da política pública (baseada na agregação de bem-estar dos indivíduos na sociedade) como forma de avaliar normas e políticas públicas, quer no âmbito de legitimidade jurídica como econômica.

Essa assertiva trabalha melhor com o critério normativo de justiça e equidade – próprios dos mecanismos ortodoxos do Direito – pois, o aumento do bem-estar dos indivíduos é um objetivo real no Estado de Direito da maior parte dos países. Agrega-se, pois, uma conotação social política, o que representa um *plus* ao conceito de eficiência, situação que aproxima valores disciplinares distintos em face de uma medida comum em ambas as ciências.

3.4 Oliver Hart e Bengt Holmstrom

Titulares da comenda do prêmio Nobel de 2016, maior honraria da área econômica, patrocinada pelo Banco Central da Suécia, os economistas desenvolveram estudos na Teoria dos Contratos, dada a contribuição científica para a compreensão do comportamento econômico de indivíduos e organizações na otimização de resultados para si e para a sociedade.

O brilhantismo de suas conclusões – em singela síntese que não retrata o original – é a de que os contratos só atingem seu fim, quando bom para ambas as partes; só assim, atingir-se-á sua função econômica em prol da sociedade.

Partem da premissa que os contratos em geral são imperfeitos, pois inviáveis de mensurar todo o revés econômico e álea conjuntural, cuja conclusão é que a sociedade estabelece contratos imperfeitos e aquele que tem a prerrogativa de completar essa lacuna (direito de decidir), em face da imprevisibilidade dos fatos, tem maior poder de barganha contratual – com significativas implicações econômicas e, como não, jurídicas (a serem desvendadas pela doutrina).

Contratos incompletos podem ser preferíveis mesmo em situações previsíveis por deixarem espaço para agentes barganharem soluções inovadoras que não estavam ou não poderiam ser previstas.

Nesse passo, deve-se deixar algum espaço para que as partes efetivamente deliberem a completude do contrato; asseguram-se às partes a escolha de diversas opções ofertadas – e daí o peso de se aferir se contrato em pauta pode proporcionar tal opção, o que ocorre nos contratos educacionais, mas não ocorre efetivamente na prestação de serviços prisionais. Logo, os economistas apontam que, presente essa hipótese, em tese o contrato terá melhores opções de continuidade.

Segundo os economistas, o direito de decidir permite que você tome uma recompensa maior sob certas circunstâncias e pode afetar os incentivos econômicos/contratuais.[13] Os direitos de decisão também podem ser vistos como uma alternativa à remuneração relacionada com o desempenho.

As ideias de Hart podem ser aplicadas a várias áreas, incluindo as relações entre uma empresa e seus fornecedores, bem como a melhoria do bem-estar, abordagens para a propriedade pública de escolas e hospitais. A falta de elementos específicos nos contratos poderia encorajar uma maior integração dentro de uma cadeia produtiva e um indivíduo possuir os outros elementos da cadeia.

13 Sob esse viés, a reforma educacional do Ensino Médio ampara maiores possibilidades de complementação do estudo, segundo a preferência de foco do estudante.

Como exemplo das ideias de Hart, vale a dinâmica contratual dos serviços do setor público, segundo a questão: até que ponto é favorável a intervenção estatal para otimizar a prestação que a sociedade carece – ou melhor, se o Estado deve possuir os provedores desses serviços, i.e., a prestação de serviços prisionais. A questão principal é como conciliar qualidade e custos, e os incentivos do governo e propriedade privada desses serviços, uma vez que estes podem representar uma troca.

Simplificando, se cortes de custo ferirem a qualidade do serviço de tal modo, os governos devem prestar os serviços – a intervenção estatal é necessária.

O trabalho de Hart com Andrei Schleifer e Robert Vishny indica que os incentivos dos empreiteiros privados para redução de custos são tipicamente muito fortes. Além disso, se a concorrência for ineficaz, o governo também deve prestar serviços básicos. O trabalho de Hart pode ser generalizado para outros campos das ciências sociais em que os contratos importam.

Um fio comum e importante no trabalho de Hart e Holmstrom é o papel do poder no planejamento de empreendimentos cooperativos. Indivíduos ou empresas com a capacidade de suportar arranjos entre os contratantes representam um poder que lhes permite capturar mais do valor gerado por um esforço cooperativo e potencialmente afundá-lo inteiramente, mesmo se o empreendimento traria grandes ganhos para todos os participantes e para a sociedade como um todo – tal como o Presidente da companhia ou o acionista majoritário.

Justamente por isso, os contratos existem para moldar as relações de poder. Em alguns casos, eles estão lá para limitar o exercício do poder do controlador para que um empreendimento possa avançar. Em outros, eles têm a intenção de criar ou proteger certas relações de poder, a fim de incentivar o bom comportamento: trabalhadores ou empresas com o direito de sair de um relacionamento, por exemplo, forçar outras partes dessa relação a ter em conta os seus interesses.

Vê-se, pois, a relevância da contribuição da análise econômica dos contratos para vasta área do Direito e da concepção da medida intervenção do Estado e seu regramento, em especial, no próprio Direito Econômico, Societário, Administrativo e do Trabalho.

4. A neo-hermenêutica e o argumento econômico

Em razão das expressivas normas programáticas e diversos princípios normativos expressos na Constituição Federal, espraiados por todo texto, seja no rol dos "Direitos e Garantias Fundamentais", na "Organização do Estado" e na "Ordem Econômica e Financeira", e na busca de se conferir mínima densidade normativa às normas constitucionais, a doutrina sedimentou a neo-hermenêutica, cuja tônica busca conferir eficácia e normatividade a essas diretrizes constitucionais.

Essa revalorização do aplicador do Direito e da própria hermenêutica surge como resposta político-social ao empobrecimento de que o jugo do positivismo exacerbado prendeu o intérprete, enclausurado no vetusto brocardo *interpretatio cessat in claris*,[14] que restringiu a grandeza humanística do Direito, pois, como é sabido, a aplicação fenomênica do Direito é infinitamente mais criativa que a mente do legislador que, evidentemente, não contempla todas as soluções reais para a vida, sobretudo na hermenêutica constitucional que utiliza valores fluidos e dilatórios para concretizar-se sobre as demais normas.

A explicativa histórica para a circunscrição à interpretação jurídica advém, em boa parte, do temor de conferir poder à Magistratura, cuja ligação à Monarquia representa resquício simbólico do *Ancien Régime*[15] que a

14 A interpretação não se faz, quando a lei é clara.
15 Velho Regime (de castas sociais) que imperava antes da Revolução Francesa.

Revolução Francesa aboliu. Daí as palavras de Montesquieu que cunhou a ideologia de que os juízes *são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem força, nem o rigor*.[16]

Nesse contexto que surge a hermenêutica constitucional, sufragada pelos avanços da Teoria da Linguagem, baseada na relevância do papel do intérprete e na separação do sujeito e objeto da interpretação, na efetividade dos princípios e no embasamento dos avanços da filosofia da interpretação propagada por Heidegger e Gadamer[17] onde sustentam a importância da historicidade para compreensão do texto enunciado, pois esse advém do diálogo mantido entre o texto e seu intérprete – daí a distinção entre norma e texto legal.

Essa nova abordagem interpretativa constitucional foi intensamente influenciada pelas mudanças político-sociológicas que marcaram os novos caminhos filosóficos da Teoria Geral do Direito – essa última sintetizada de modo marcante na obra de Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. Desses apontamentos, pode-se observar que a maior guinada que ocorreu no campo da Ciência Jurídica no último século foi o efetivo avanço, ou talvez, a retomada da influência sociológica e política no mundo das normas, situação também vivenciada na construção da chamada nova hermenêutica constitucional. Contudo, essa é mero reflexo daquela, pois a primeira constatação é a causa, e, a última, o efeito. E, como tal, o fenômeno da segunda não é de todo original.[18]

Tercio Sampaio Ferraz Júnior[19], quando faz a apresentação sobre a obra do jurista italiano Norberto Bobbio, comenta que este soube como ninguém enfrentar a crise do Direito no último século justamente em razão da mudança de paradigmas:

> No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.
> Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques.
> Pois bem: essa sensibilidade para a mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Em outros termos, o Direito então visto como pura construção normativa, cuja construção simplista de aplicação era meramente dedutiva, ruiu ao fim do século passado, para então incorporar na sua interpretação e no seu fio condutor elementos humanísticos e válvulas de escape que condicionam, filtram e racionalizam o mundo das normas, os princípios, valores e paradigmas novos voltados a otimizar a sua aplicação.

16 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170-178.

17 Conforme interpretação de BLEICHER, Josef. *Hermenêutiva contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70, LDA.

18 GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP. 2001, p. 80-81.

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1989, Introdução.

Justamente por isso, a revalorização do argumento econômico é realidade da interpretação na neo-hermenêutica, dada a sua reaproximação axiológica aos valores, embutidos na norma. Vê-se, pois, que o argumento econômico resta valorizado com essa nova abordagem interpretativa, em voga na doutrina e nos Tribunais.

Enfim, a *neo-hermenêutica não abandona a teoria geral da subsunção convencional*[20] (relevante, mas não suficiente), contudo agrega as seguintes características: 1) normatividade dos princípios; 2) efetividade das normas constitucionais, até mesmo quanto às normas axiológicas, em razão da força normativa da Constituição; 3) filtragem constitucional – fenômeno que acarreta repercussão aos outros ramos do Direito dos princípios constitucionais, de forma a interpretar seus institutos à luz da Constituição; 4) uso da tópica para interpretar os *hard cases*, até mesmo com a utilização de raciocínio indutivo.

O argumento econômico também está inserido nessa nova temática tanto no âmbito da aplicação dos princípios, como na efetivação dos valores econômicos e sociais às normas jurídicas. Assim, a evocação do argumento econômico advém, a título de ilustração, da aplicação dos princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, da livre concorrência, da subsidiariedade na intervenção do Estado na economia (CF, art. 173) e da própria razoabilidade, frente ao modelo econômico e institucional erigido pela Carta Republicana de 1988. Frise-se, ainda, que a relevância do argumento econômico tem sido sufragada por diversas decisões judiciais, bem como em políticas públicas – tema do próximo tópico.

Essa orientação pretoriana fora ex-



pressamente positivada, através da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, cujas inovações legislativas apontam para um aceno institucional ao neo-constitucionalismo, ao prestigiar valores metajurídicos no âmbito da aplicação e interpretação geral do Direito, Marçal Justen Filho com maestria destrincha em assertiva própria o seguinte:

> 2.3. A concepção realista da atividade de aplicação do Direito
> Outro enfoque reconhece que a disciplina normativa consagra um conjunto de padrões abstratos, sendo insuficiente contemplar (mesmo implicitamente) todas as soluções para os casos concretos. A dinâmica da realidade é insuscetível de previsão antecipada, nem o legislador nem a lei são omniscientes. Por isso, a aplicação de normas gerais e abstratas envolve escolhas a serem realizadas pelo sujeito investido de competência decisória. Ainda que tais escolhas não sejam livres, a norma geral e abstrata produzirá apenas balizas delimitadoras da autonomia do titular da função de-

20 Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma Teoria do Direito que não seja em alguma medida positivista. É o apontamento de FIGUEIROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,* Belo Horizonte: Fórum, n. 4, out./dez. 2007, p. 102.

cisória. Em muitos casos, haverá uma grande dificuldade em identificar tais limites.
Essa é a concepção que se reputa mais adequada para descrever a atividade de aplicação do Direito.
(...)
11.2. A previsão dos efeitos práticos
A previsão de efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, consiste num processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência.
O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social.
(...)
15.3. A exigência de avaliação das alternativas
É imperioso destacar que a validade da decisão que pronunciar a invalidade depende da expressa avaliação de diversas alternativas, tomando em consideração os diversos ângulos da adequação e da necessidade.[21]

5. As políticas públicas e o argumento econômico em juízo

Quer por força da lógica do mercado e da reação dos agentes econômicos, quer em face do modelo estatal delineado pela Carta Republicana, as políticas públicas devem levar em consideração a realidade econômica subjacente ao valor social defendido para otimizar sua realização.

Recorrendo à metáfora, tal como o vento serve ao navegador, a realidade econômica deverá ser devidamente estudada para melhor aplicação da política pública. Nesse passo, por exemplo, a política de defesa ao meio ambiente, deverá levar em consideração o proveito econômico do local em situação de exploração econômica. Justamente nesse jaez, surgiu a compra de créditos de carbono, cuja concepção busca preservar as florestas, a partir da venda de créditos de carbono para empresas que precisam recompor ambientalmente a poluição emitida – ao passo que o máximo de lançamento fica a critério de organismo ambiental estatal.

Essa reflexão econômica surgiu das discussões das Conferências Climáticas da ONU,[22] com proposta de índole econômica e pragmática para otimizar a política pública de controle de poluição atmosférica e proteção de florestas.

Vê-se, pois, a utilização do modelo econômico como incentivo aos agentes econômicos para racionalizar a política pública ambiental. Utilizou-se, pois, das forças de mercado a favor do valor defendido pela norma – justamente para monetizar explicitamente o valor da proteção ambiental, como fonte de recurso *per se*.

Firma-se, pois, forças do mercado para a proteção ambiental, cuja dicção há de ser realizada com senso operacional e técnico – já que as empresas procurarão não só por valoração ética, mas também econômica, filtros e/ou tecnologia de maior eficiência para um menor custo na proteção ambiental, relativo aos crédito de carbono que terá que comprar – e da mesma forma, as áreas preservadas servem ao próprio modelo econômico, já que

21 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial, Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, FGV, nov. 2018, p. 15 e s.

22 Para maiores informações, vide o sítio: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o-quadro_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_sobre_a_Mudan%C3%A7a_do_Clima>. Acesso em: 19 out. 2016.

alcançam valor e mais valia.

6. A ideia de sistema: o argumento econômico e sua aplicação prática

Da mesma forma que na construção das políticas públicas, o argumento econômico também é considerado na análise judicial, seja implícita ou explicitamente, até como expressão de um raciocínio comum do nosso sistema produtivo,[23] consagrado pela Constituição. Daí a conclusão de Bruno Salama de que o argumento econômico é usado diretamente na fundamentação jurídica.

E, assim, não há como se distanciar de algum aprendizado da Análise Econômica do Direito – ainda que através de alguns temperos de outros critérios filosóficos e jurídicos – defendida por Posner, Calabresi, Becker entre outros, que utilizam o instrumental desenvolvido pela teoria microeconômica para analisar os comportamentos dos agentes. Partem da ideia de que as normas jurídicas criam preços implícitos para os vários comportamentos possíveis perante a lei (legais ou ilegais), e que indivíduos racionais se conduzirão, perante esses preços, como um consumidor diante de produtos a serem escolhidos de modo a maximizar seus próprios interesses.

Nesse sentido, as consequências das normas jurídicas podem ser analisadas como respostas a esses preços *implícitos*, criados pelas normas.

Esse raciocínio é válido tanto para um rompimento de um contrato (premeditado), como para uma infração econômica empresarial e até para um crime (patrimonial ou contra a Administração) na mente desses sujeitos da ação.

Naturalmente que o argumento econômico não é um apontamento inexorável, já que o Direito trabalha com vários outros critérios de decisão, como a justiça, a equidade e a salvaguarda de minorias[24] em face das garantias individuais.

Tal ilação advém da própria ideia de sistema preconizada pelos filósofos de Direito atuais (Luhman e Reale). Deveras, como pontuado pelos por vários jusfilósofos, a seara normativa não basta por si, já que não há sentido na sua análise sem a sua base de aplicação.

Miguel Reale fundamenta a concepção do Direito na obra a *Teoria Tridimensional*

23 Nesse sentir fora a decisão paradigmática da Terceira Turma do STJ no REsp 1.495.920/DF, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/05/2018, DJe 07/06/2018, ao dispensar testemunhas para contratos eletrônicos.

24 Tema de acirrada polêmica é o pleito de medicamentos aos entes federados. Deve-se verificar quais são as circunstâncias fáticas que circundam o pleito do jurisdicionado, qual o contexto social, econômico e cultural, para que se possa determinar qual seu sentido e qual a fixação de seu alcance normativo. Nessa esteira, há que se fazer uma leitura de cada caso litigioso colocado em julgamento, tendo-se em vista a sustentabilidade do sistema e o que representa, per se, a satisfação do direito fundamental à saúde em sua dimensão coletiva ou individual.
À luz de todo o exposto, para que se tenha consubstanciado o direito individual ao fornecimento de medicamento, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições:
1) A insuficiência de recursos financeiros do requerente;
2) A comprovada eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somado à sua essencialidade para o tratamento;
3) A inexistência de tratamento eficaz e/ou correlato fornecido pelo SUS que substitua o pretendido – pois o Poder Público não tem o dever de conferir tratamento do estado da arte da medicina, cuja evolução é constante.
Deve-se, assim, respeitar um equilíbrio de política pública factível à população como um todo, de sorte que a intervenção deve ser pontual quando por escolha do administrador não se socorre um nicho minoritário, ao passo que no Brasil a fixação do preço do remédio é aferida com o aval dos órgãos da União.
De modo semelhante, é o voto do Ministro Barroso no RE 566.471/RN e 657.718/MG ao definir a tese que a União não é obrigada a fornecer o medicamento não disponibilizado no SUS, fiel à política delineada pela União (única responsável para sua definição), salvo na hipótese em que incorrer 5 requisitos cumulativos: "incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo".

do Direito, sob o argumento de que o campo normativo só tem eficácia e vigor através da aplicação conjunta de três elementos: fato (mundo fenomênico), valor (a ser aplicado pelo intérprete, daí sua importância) e norma propriamente dita – sob interação conjunta e dialética, fiel a uma sistemática, já que a órbita unilateral dessas não sustenta a realidade social.

É contra esses enfoques unilaterais que a Teoria Tridimensional ganha voga. Para Reale, o Direito não é apenas a norma ou a letra da lei, pois é muito mais do que a mera vontade do Estado ou do povo, é o reflexo de um ambiente cultural de determinado lugar e época, em que os três aspectos – fático, axiológico e normativo – se entrelaçam e se influenciam mutuamente numa relação dialética na estrutura histórica, o que nos faz lembrar um pouco de Hegel.[25]

Como processo dialético, o Direito para o autor não é algo acabado, está sempre em formação. Ao contrário do historicismo tradicional que via alguma condicionante histórica, a concepção realeana é aberta, como ele próprio diz: "O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo".[26]

Essa assertiva guarda sintonia com a sociologia econômica ao focar o estudo não no eficientismo puro, mas na ação econômica-social, ou seja, ação econômica que leva em conta o comportamento de outros indivíduos na sociedade, pois tanto o Direito como a Economia são subsistemas do sistema social, daí a necessidade da análise conjunta por ambas disciplinas.

No que tange às consequências do argumento econômico na análise judicial, Bruno Salama contextualiza a ideia do argumento econômico à própria ideia do princípio da proporcionalidade, ao refletir se aquele meio jurídico é próprio para atingir um fim normativo, pois a Economia é um dos saberes que nos ajuda a construir testes de proporcionalidade.

Enfim, essa construção corrobora a orientação geral das Ciências Sociais ao prestigiar a Teoria Geral da Linguagem em um lugar central do pensamento humano, justamente para melhor refletir o campo da ação.

Para melhor ilustrar esses argumentos econômicos em juízo, recorremos à jurisprudência para vivenciá-los de modo mais colorido.

Fiel às lições de argumentos econômicos, como o princípio da confiança e da boa-fé contratual no agir comercial, até como ímpeto do eficientismo econômico em tempos de rápida transação comercial, a jurisprudência tem atenuado os rigores burocráticos da aplicação do ato *ultra vires* (art. 1015, parágrafo único, CC) que contempla as hipóteses de abuso de poder do gestor da empresa; a própria fluidez do comércio eletrônico comunga dessa orientação, dada a dinâmica da vida empresarial enlaçar a credibilidade aos atos de seus gestores.

Em que pese a determinação legal para se conferir poderes do administrador que gerencia em nome da empresa, e, assim conferir anulabilidade para a sociedade (representada) quando seu representante atuar além dos limites do estatuto, a jurisprudência tem entendido que tal restrição só há de ser aplicada quando o contratante conhecer de tal fato, fiel à prática comercial e à eficiência das relações empresarias.

O STJ (Resp 704.546/DF) emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico. Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de

25 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
26 *Ibidem*, p. 574.

gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora realizados.

No mesmo sentido dessa orientação contratual, é a sedimentação de jurisprudência que abaliza o conceito de função social do contrato, sob a ótica econômica de alocação de riqueza, em prol da própria sociedade. Assim, o TJ/SP (APL 0014829-07.2010.8.26.0011) considerou leonina a cláusula contratual de arrependimento em loteamento em que o compromissário comprador honrara todas avenças e tem a posse da *res,* de forma que o promitente vendedor não poderá simplesmente invocar a cláusula do arrependimento anos após o loteamento para se locupletar da valorização.

Outra inovação, tida como polêmica, fora a decisão paradigmática do STJ (REsp 1.495.920) ao dispensar testemunhas para contratos eletrônicos, ao afirmar um avanço dos contratos eletrônicos e sua mobilidade econômica, dada a certificação de chaves – instituição desinteressada.

Já um exemplo da aplicação das ideias de Hart sobre o contrato incompleto e sua completude para propiciar melhores incentivos econômicos urge apontar a decisão[27] do STJ (REsp 1.532.943/MT) sobre o artigo 49 da Lei de Recuperação das Empresas, segundo a qual confirma a soberania do Plano de Recuperação Judicial para relativizar as garantias reais e fidejussórias para a consecução do plano – salvo se o plano esse se inviabilizar – em prol da recuperação da empresa e a maior parte dos credores.

O julgamento retrata o pragmatismo de uma concepção de eficientismo alocativo de riqueza para a sociedade no quadrante jurídico da função social do contrato. Interessante a perspectiva *pro societate* própria da função social do contrato, ao focar a relação não no binômio parte/réu, mas na distribuição de riqueza, feição particular da Economia – e, assim, se desvincular do concepção comutativa clássica da justiça, ao se basear na preferência de trocas de distribuição.

Já no âmbito da concorrência, economistas têm defendido a efetiva concorrência econômica entre os agentes econômicos para admitir a legitimidade de promoções de ingresso exclusivamente para novos clientes do serviço a ser explorado. Pois tal prática comercial fomenta franca concorrência entre os agentes econômicos, em crítica a Lei Paulista nº 15.854/2015 que procura cercear esse comportamento.

Segundo Bruno Salama, o Magistrado deve se atentar para os estímulos e desestímulos econômicos que sua decisão produz já que atua como agente político na dicção da jurisdição nacional.

Ainda no campo econômico concorrencial, o STF tem firmado respaldo constitucional ao princípio da livre iniciativa ao entender que a prerrogativa municipal de firmar o ordenamento territorial deve atender os princípios constitucionais, entre esses, o da livre concorrência, daí ser vedado ao Município interditar a abertura de novo estabelecimento farmacêutico do mesmo ramo econômico em área contígua/vizinha uma da outra, consoante estipula a Súmula 646 do STF.[28]

Outro exemplo de inferência do argumento econômico para resolver litígio judicial foi o julgamento da ADI 1.946/DF, referente ao limite do salário maternidade ao teto da Previdência, oportunidade em que se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 14 da EC nº 20 que limitava o pagamento do benefício ao teto da Previdência, sob pena de

27 Disponível em: <http://www.ersadvocacia.com.br/conteudo.php?sid=44&cid=7208>. Acesso em: 17 nov. 2016.

28 Súmula 646 do STF: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede o estabelecimento de estabelecimentos comerciais no mesmo ramo em determinada área".

se limitar o salário da mulher até tal valor, já que ultrapassado esse, caberia ao empresário pagá-lo, segundo a legislação literal previdenciária.

Sabiamente, os ministros do STF ponderaram que tal seria a reação do mercado, e, sensíveis a tal situação, reconheceram a inconstitucionalidade do preceito em face do artigo 5º, I, e 7º, XXX, ambos da CF, que pregam a igualdade de direitos entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Nesse passo, foi reconhecida a inconstitucionalidade da limitação do teto ao benefício previdenciário, justamente para amparar o valor constitucional da isonomia à mulher e de uma política pública não discriminatória. Assim, o INSS cobrirá o valor que exceder o teto dos benefícios do RGPS para o gozo da licença maternidade.

Houve, pois, efetivo juízo de valor econômico jurídico das consequências dessa decisão, tal como o estabelecimento de um marco regulador de não limitação do salário da mulher, a qual o mercado certamente conferiria, em face de um ônus vindouro sobre o empregador. Nota-se, pois, a simbiose de tratamento interdisciplinar no âmbito jurídico e econômico sobre essa relação.

Sob o enfoque da concorrência econômica com opções alternativas de escolha ao consumidor, outro exemplo refere-se à disputa jurídica da regulação do *Uber*, a qual deve ser regida em prol de uma relação de distribuição de riqueza e serviços para a sociedade – preferencialmente através de um planejamento legal. Já que a sociedade está carente de opções de serviços alternativos aos táxis convencionais, justamente para conferir maiores opções à sociedade e ao mercado.

Outra jurisprudência paradigmática foi o julgamento da ADI 2.591/DF que, em última análise, determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias, mas excluiu de sua abrangência a definição dos custos das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação do dinheiro na economia. Enfatizaram os Ministros que, quanto a esse aspecto, cuida-se de política pública monetária a cargo do Poder Executivo, através de sua *longa manus* – o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional –, até mesmo para fixar os juros.

Notável, portanto, a reserva explicitada no julgamento para manter incólume a política econômica e financeira própria que cuida tanto dos juros como dos ativos e passivos das instituições financeiras, situação que deve ter tratamento próprio dos órgãos técnicos governamentais.

Tal decisão encontra-se em sintonia com a firmada na ADI 4/DF que, em última análise, conferiu validade ao Parecer da Consultoria da República, segundo o qual o artigo 192, § 3º, da CF não era autoaplicável, eis que ausente lei complementar que regulasse a matéria – de forma que a norma constitucional dependia da eficácia de norma complementar, resultado final da interpretação, baseada também no argumento econômico.

Esse decorre justamente da política pública monetária e financeira, cuja repercussão deveria ser detidamente regrada pelos órgãos técnicos para basilar a futura lei complementar e futura legislação infralegal, bem como a incompatibilidade com a política das taxas flutuantes em vigor.

Legítima, portanto, a oitiva do argumento econômico para melhor dosar a decisão judicial, tal como a política pública, sem perder de foco outros valores tão importantes quanto o argumento econômico, a serem devidamente ponderados – o que não implica subjugo da decisão judicial às forças de mercado, mas sua ponderação.

Outro importante julgamento da Suprema Corte foi o reconhecimento da inconstitucionalidade da desaposentação (RE 661.256/SC) – espécie não divisada na Lei de Benefícios Previdenciária, mas criada de argumen-

tos de nova e secundária aposentadoria, após a primeira, em decorrência de outro trabalho após a concessão do benefício.

Nas lúcidas palavras do Ministro Fux, *admitir a desaposentação significa na verdade admitir uma aposentadoria em duas etapas. Seria ao fim e ao cabo, a Previdência Social financiando a própria majoração dos proventos, com evidente dano ao equilíbrio financeiro do regime da Previdência Social.* Por fim, o STF fixou tese nos seguintes termos: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".

Como é sabido, a contínua contribuição previdenciária sobre o trabalho após a aposentadoria é mero reflexo tributário, fiel ao princípio contributivo, e, admitir outra aposentadoria com novos paradigmas de cálculo representaria financiamento de uma aposentadoria proporcional (a primeira) e "renúncia" a um ato juridicamente perfeito em regime de direito público, cujos reflexos econômicos poderiam alijar a perspectiva atuarial da Previdência, já que conferiria a gerações futuras o arremedo de uma conta criada sem perspectivas atuariais.

Por derradeiro, pertinente ainda mencionar o julgamento do STF (ADI 4.357/DF) que reconheceu a inconstitucionalidade dos preceitos da EC nº 62/2009 que institucionalizava leilões de deságio ao pagamento dos precatórios judiciais, então chamado de Regime Especial de Pagamento de Precatórios, voltado para minimizar as dívidas estatais. Sob a ótica econômica, pode-se expressar que esse julgamento fulminou o *default* econômico das obrigações estatais, situação que implicava desrespeito aos valores do Estado de Direito – ao menos tal como expressa nos preceitos da EC nº 62/2009 tidos como inconstitucionais.

A Corte Suprema considerou que o Regime Especial de Pagamento de Precatórios implicaria no retardo de pagamento por tempo superior à expectativa média do brasileiro, o que retira por completo a confiança na jurisdição e na sua efetividade.

Como se vê, a abertura aos valores metajurídicos explicitados pela LINDB, em reiterados preceitos (arts. 21 a 29 da Lei nº 13.655/2018), amplia a conexão à moralidade política e econômica, mediante a necessária visão interdisciplinar dos ensinamentos da Economia. Prega-se, assim, que a atividade judicial de conferir aplicação prática ao Direito na solução de litígios só será legítima quando levar em consideração a realidade econômica subjacente ao contrato/conflito.

7. Conclusões

Há um entrelaçamento social e dialético entre Direito e Economia. Ambos são ferramentas de estudo para melhor compreender a sociedade e o homem do séc. XXI.

A compreensão do argumento econômico só é viável através da interdisciplinaridade.

A implementação de medidas jurídicas deve levar em consideração a realidade econômica subjacente a essa medida justamente para otimizar sua aplicação prática e seus efeitos a longo prazo – até mesmo para corrigir imperfeições econômicas no mercado.

A análise da realidade econômica para aplicação ou interpretação das normas jurídicas serve ao jurista como visão política social ao racionalizar a reação do mercado – situação que não implica subserviência das decisões judiciais às forças de mercado, mas sua compreensão/interação.

O argumento econômico ilumina o jurista com uma nova descrição do problema, ao se sobrelevar a discussão – do ato jurídico e sua concepção deontológica – para uma análise descritiva/explicativa da realidade dos agentes do mercado.

O critério da eficiência é de relativa utilidade para resolver polêmicas jurídicas no âmbito empresarial concorrencial e contratual, em sintonia com os demais critérios jurídico-filosóficos, quando há sintonia conclusiva argumentativa entre esses – i.e., eficientismo e função social do contrato.

As lições econômicas são úteis ao Direito e para o Estado, quer para aprimorar políticas públicas normativamente, quer para amparar melhor interpretação ao sistema.

A neo-hermenêutica reforça a abordagem interpretativa para ponderar valores econômicos, sociais e políticos às decisões judiciais, de forma que o argumento econômico enriquece a visão do jurista para melhor aferir o alcance e sentido das normas jurídicas. O legislador acentuou essa assertiva ao positivar a novel Lei de Introdução ao Direito Brasileiro ao exigir do aplicador da norma a aferição de suas consequências e alternativas, através de valores metajurídicos.

Referências

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

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Capitalismo parasitário*: e outros temas contemporâneos. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutiva contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. *In*: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coords.). *Intervenção do Estado no domínio econômico*: temas atuais. São Paulo: Lex, 2006.

CHANG, H. J. *23 things they don´t tell you about capitalism*. New York: Bloomsburry Press, 2010.

CUEVAS, Ricardo Villas Boas (Coord.). *Seminário teoria da decisão judicial*. Brasília, 23, 24 e 25 de 2014.

DANTAS, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. São Paulo: Madras, 2004. v. 1.

ESTEVES, Heloísa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia*. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2009.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

FIGUEIROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,* Belo Horizonte: Fórum, n. 4, p. 77-102, out./dez. 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes/ Bragança Paulista: EDUSF, 2005.

GITMAN, *Princípios de administração financeira*. Trad. Allan Vidigal Hastings. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP. 2001.

HART, Oliver. An economist's perspective on the theory of the firm. *Columbia Law Review*, v. 89, 1989, p. 1757-1774.

_____ . An economist's view of fiduciary duty. *University of Toronto Law Journal*, v. 43, 1993, p. 299-313.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial, Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, FGV, p. 13-41, nov. 2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Trad. Monica de Baulle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ . *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Repercussão das decisões judiciais na economia. *In*: Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura. *O desenvolvimento em tempos de crise:* aspectos jurídicos, econômicos e sociais. Rio de Janeiro: COPEDEM, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____ . *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: nov. 2016.

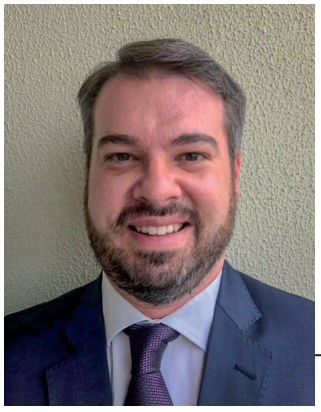
_____ . O que é pesquisa em direito e economia: estudo n. 22. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-58, mar. 2008.

SHAVELL, S. Economic analysis of the general structure of the law. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Discussion Paper n. 408, fev. 2003.

SOUZA, Artur César de. Análise econômica das decisões judiciais. STF ADIn 4/DF e ADIn 2591/DF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009.

Revista do TRF3 - Ano XX - n. 140 - Jan./Mar. 2019

Existem limitações materiais à liberdade de reunião pacífica?



Frederico Poles Borgonovi
Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBDP. Autor de artigos publicados nas áreas de Direito Constitucional, Ciência Política e Direito Processual. Analista Judiciário Oficial de Gabinete na 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo apresenta as principais características e contornos do direito fundamental à liberdade de reunião no Direito Constitucional brasileiro, questionando a existência de limites materiais ao exercício desse direito. Aborda o histórico dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Analisa os conceitos de liberdade e as teorias sobre as restrições a direitos fundamentais para propor uma sistemática que aproxime a liberdade de reunião do exercício pleno de uma democracia com manifestações plurais de pensamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Liberdades públicas. Liberdade de reunião. Manifestação de pensamento. Democracia. Direito Constitucional.

ABSTRACT: This article presents the main characteristics and contours of the fundamental right to freedom of assembly in the Brazilian constitutional law questioning the existence of material limits to the exercise of this right. It deals with the history of the judicial precedents of the Federal Supreme Court on the subject. It analyzes the concepts of freedom and the theories about the restrictions to fundamental rights to propose a system that approximates the freedom of assembly of the full exercise of a democracy with plural manifestations of thought.

KEYWORDS: Fundamental rights. Public freedoms. Freedom of assembly. Freedom of speech. Democracy. Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito de reunião na Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Os conceitos de liberdade e as formas de limitação a direitos fundamentais. 4. Do direito-meio aos limites da liberdade de reunião. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Historicamente, a liberdade de reunião é um direito relacionado à manifestação de pensamento e ao direito de participação política, elemento que permite o fortalecimento democrático.

Associado a uma ideia de liberdade negativa, exercida no espaço público independentemente de qualquer atuação do Estado, pode ser considerado um direito-meio ao exercício da liberdade positiva, política.

Mas o direito fundamental à liberdade de reunião pode ser exercido sem qualquer restrição além dos limites formais postos pelo constituinte? Existe algum limite material à liberdade de reunião pacífica relacionado à própria finalidade dessa reunião?

Para buscar responder a essas questões, faz-se necessário discorrer sobre a natureza jurídica dessa liberdade, para uma análise da sua amplitude e de seus eventuais limites em um Estado Democrático de Direito.

2. O direito de reunião na Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A primeira manifestação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de reunião ocorreu em 1919, no julgamento do histórico HC 4781/BA, *Habeas Corpus* coletivo impetrado por Ruy Barbosa como forma de garantia de direito à reunião em comício político em favor do Senador Epitácio Pessoa na cidade de Salvador, que havia sido proibido pelo chefe de polícia local.

No histórico julgamento de relatoria do Ministro Edmundo Lins, foram traçadas as primeiras linhas gerais da liberdade de reunião pacífica como exercício de direito corolário ao de manifestação de pensamento:

> Considerando que a Constituição Federal expressamente preceitua que "a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública." (Art. 72, § 8º);
> Considerando que em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina." (Art. supra citado, § 12).
> Considerando que "não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos." (Cod. Penal, art. 123), exatamente o fim para que é impetrado o presente *habeas corpus*;
> Considerando, finalmente, que à polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar *meetings* ou comícios; porque, "para o uso dessa faculdade (a supra transcrita) não é necessária prévia licença da autoridade policial, que só poderá proibir a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, "limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas". (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, supra transcrito).[1]

Algumas décadas depois, em 1955, foi levado a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o RE 26350/DF,[2] que tratava de restrição à liberdade de reunião em associação militar, trazendo à discussão a necessidade de a reunião amparada pelo direito ser pacífica e desarmada.

Como destacado por Roberto Dias e

1 STF, HC 4781/BA, Relator Ministro Edmundo Lins, j. 05.04.1919. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC4781.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

2 STF, RE 26350/DF, Relator Ministro Mário Guimarães, j. 05.05.1955. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=127407>. Acesso em: 13 jun. 2018.

Lucas de Laurentiis, traçando a evolução histórica da jurisprudência sobre o tema:

> Constatado o foco de indisciplina e insubordinação em certa associação de militares, as autoridades superiores poderiam retirar a autorização de funcionamento concedida, determinando a extinção da associação, sem recorrer à autoridade civil. Na ocasião, a Suprema Corte brasileira entendeu que, se a entidade "Casa do Sargento da Bahia" era ponto de reunião onde se praticava infração às leis militares, não seria ilegal a ordem do comandante que determinou o fechamento do clube. Para preservação da disciplina não se podia admitir, nem mesmo, críticas exageradas ou desagradáveis às autoridades militares, por inferiores hierárquicos, que poderia comprometer a própria defesa nacional. Tratou-se, nesse caso, de preservação da hierarquia e da disciplina militar em detrimento do direito de reunião.[3]

Sob a égide da Constituição Federal de 1967, já após a Emenda Constitucional que a desvirtuou em 1969, foi levado a julgamento do Supremo Tribunal Federal o RE 97278/MA,[4] que tratava da discussão sobre a possibilidade de limitação geográfica do direito de reunião com base no argumento da necessidade de manutenção da ordem pública, ou no impedimento de reunião de "caráter subversivo", conceitos próximos de perseguição política que orientavam a repressão à época, sem o acréscimo de conteúdo à liberdade de reunião pela própria opção por não entrar no mérito e rejeitar o recurso, mas dando margem à possibilidade de repressão política de uma manifestação com base nos citados conceitos jurídicos indeterminados.[5]

Com a redemocratização política, a Constituição Federal de 1988 passou a consagrar o direito à liberdade de reunião no artigo 5º, XVI, que assegura o direito de "reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente", resguardando o exercício amplo desse direito, exigindo apenas um requisito de ordem formal consistente no aviso prévio à autoridade competente.

Mas, nos capítulos que tratam da exceção constitucional, referente aos estados de defesa e de sítio, a Constituição prevê expressamente a restrição/suspensão do direito à reunião, permitindo, em uma análise mais sistemática do texto constitucional, questionar a razão da preocupação específica com a suspensão desse direito, bem como qual a sua natureza jurídica, o que será objeto de reflexão, mais adiante, no presente trabalho.

A análise do requisito formal da autorização administrativa descrita no citado artigo 5º, XVI, foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2007, no julgamento da ADI 1969-4, que questionava o Decreto nº 20.098/1999, editado pelo Governo do Distrito Federal, que proibia a realização de manifestações em determinados pontos de Brasília, como a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios.

> (...) Na verdade, o Decreto Distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a

3 DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, set./dez. 2014, p. 652.

4 STF, RE 93278/MA, Relator Ministro Cordeiro Guerra, j. 10.12.1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=190688>. Acesso em: 13 jun. 2018.

5 "A referida decisão revela que o STF, a *contrario sensu*, admitiria a intervenção estatal na liberdade de reunião para proteger a 'ordem pública', a 'segurança do Estado' e, também, para impedir manifestações de 'caráter subversivo', conceitos jurídicos indeterminados muito estimados por regimes autoritários como aquele vigente na ocasião." DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, set./dez. 2014, p. 654.

> liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, "local aberto ao público", que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro. Proibir a utilização "de carros, aparelhos e objetos sonoros", nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria, por completo, a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos.[6]

A análise mais aprofundada dos requisitos necessários para o exercício da liberdade de reunião, na vigência da Constituição Federal de 1988, ocorreu no julgamento da ADPF 187/DF, na qual se buscou o reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 287 do Código Penal, que tipifica a prática de apologia a crime, quando aplicado como forma de restrição do direito de reunião e manifestação pública de pensamento.

No voto condutor, da lavra do decano Ministro Celso de Mello, após uma exposição histórica sobre a jurisprudência da Corte e mencionando dois dos julgados acima citados, foi reafirmada a compreensão do direito de reunião como um direito-meio que possibilita o exercício de outros direitos como a manifestação de pensamento e o direito de petição, sendo traçados os elementos para o seu exercício.

> O Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, deixou claramente consignado que o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, qualificando-se, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo. É por isso que esta Suprema Corte sempre teve a nítida percepção de que há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros realizados em espaços públicos, as suas ideias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.[7]

Nesse caso, ao sustentar que a chamada "marcha da maconha" seria uma forma legítima de dar voz a uma posição dissonante com a política de repressão às drogas responsável por um número massivo de encarceramentos na esfera penal, quer pela livre manifestação de pensamento, quer pela necessidade de se assegurar voz política às minorias, e ainda permitir a relevante discussão sobre as próprias opções legislativas criminais recaírem

6 STF, ADI 1969-4/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28.06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 15 jun. 2018.

7 STF, ADPF 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15.06.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 15 jun. 2018.

sobre determinados bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal firmou importante precedente quanto à extensão material da liberdade de reunião, fixando os seguintes elementos de ordem formal para o seu exercício, que se extraem do próprio julgado, em consonância com o disposto no artigo 5º, XVI, da Constituição:

a) elemento pessoal: pluralidade de participantes (possuem legitimação ativa ao exercício do direito de reunião os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes);

b) elemento temporal: a reunião é necessariamente transitória, sendo, portanto, descontínua e não permanente, podendo efetuar-se de dia ou de noite;

c) elemento intencional: a reunião tem um sentido teleológico, finalisticamente orientado; objetiva um fim, que é comum aos que dela participam;

d) elemento espacial: o direito de reunião se projeta sobre uma área territorialmente delimitada; a reunião, conforme o lugar em que se realiza, pode ser pública (vias, ruas e logradouros públicos) ou interna (residências particulares);

e) elemento formal: a reunião pressupõe organização e direção, ainda que precárias.



Em que pese a correlação que foi traçada com a liberdade de manifestação de pensamento e o direito de petição, para a compreensão da natureza da liberdade de reunião e visualização dos seus contornos, é necessário separar num primeiro momento os direitos fundamentais que se permitem exercer por meio da reunião do direito propriamente de reunião.

A natureza e a aplicabilidade desse direito ou liberdade envolveria, numa primeira análise, que remonta ao neoconstitucionalismo, a compreensão dos conceitos de regras e princípios constitucionais. Entretanto, não se limita a essa classificação, já que não permitiria a compreensão das formas de restrição do direito, nem da extensão de seu conteúdo. Assim, essa análise deve recair sobre a natureza da própria liberdade que envolve esse direito de reunião, bem como sobre as formas como se permite ao legislador constituinte delimitar a extensão dos direitos fundamentais.

3. Os conceitos de liberdade e as formas de limitação a direitos fundamentais

Quando analisados os direitos fundamentais de liberdade, as chamadas liberdades públicas, que passaram a integrar o direito a partir dos desdobramentos da Revolução Francesa de 1789, deve-se compreender que, em seu nascimento, os direitos humanos seriam oponíveis ao Estado e anteriores à própria Constituição, pois esta seria fruto do exercício de um poder constituinte soberano.

Nesse momento histórico, a filosofia política, com forte influência do contratualismo dos séculos XVI e XVII, desenvolveu uma ideia de direitos fundamentais associada à ausência de influência estatal, numa esfera de liberdade negativa.

> O momento do nascimento da ideia de uma liberdade negativa do sujeito coincide com o período das guerras civis re-

> ligiosas dos séculos XVI e XVII. Embora os encarniçados confrontos já olhassem para a reflexividade da liberdade, isto é, para a ideia de que os sujeitos só podem querer o que tomarem por correto reflexivamente, foi um ato visionário de Hobbes conduzir as partes em conflito para a via de uma ideia apenas negativa de autodeterminação individual: "Liberdade ou independência", enuncia uma célebre passagem do Leviatã, "significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento"). Em seu nível mais elementar, a "liberdade" para Hobbes é a ausência de resistências externas, que poderiam obstruir os movimentos possíveis aos corpos naturais; por essa razão, obstáculos internos que, no caso de corpos simples, poderiam ter sua origem na composição de sua matéria, não deveriam ser considerados restrições à liberdade, já que pertencem às disposições individuais; portanto, poder-se-ia dizer que são autogerados.[8]

Entender qual liberdade está compreendida no direito de reunião, ou na liberdade de reunião, é importante para traçar os seus contornos e limites, e objetivamente tentar definir quem pode impor esses limites, se o legislador constituinte, o Estado, ou o Tribunal Constitucional.

Com a evolução dos modelos de Estado, sobretudo a partir da Revolução Industrial, a liberdade negativa passou a não oferecer o suporte material necessário às pessoas, acentuando-se uma situação de desigualdade fomentada pelo liberalismo econômico e a falta de um padrão mínimo de direitos trabalhistas e, posteriormente, da restrição aos direitos políticos que foram sendo conquistados, ainda que de forma parcial, às custas de muita luta ao longo dos séculos XIX e XX.

Conceituar um direito fundamental como uma liberdade, no entanto, não define propriamente o seu campo de aplicação, pois as filosofias política e jurídica contemplam mais de um nível de liberdade, que se identificam de certa forma com a evolução histórica dos direitos humanos ou na era dos direitos preconizada por Bobbio, mas não se esgota nessa definição.

Como destaca Hannah Arendt:

> Aqui, a dificuldade é que a revolução, tal como a conhecemos na era moderna, sempre esteve relacionada com a libertação e com a liberdade. E, como a libertação, cujos frutos são a ausência de restrição e a posse do "poder de locomoção", é, de fato uma condição de liberdade – ninguém jamais poderia chegar a um lugar onde impera a liberdade se não pudesse se locomover sem restrição –, frequentemente fica muito difícil dizer onde termina o simples desejo de libertação, de estar livre da opressão, e onde começa o desejo de liberdade como modo de vida político.[9]

Hannah Arendt, analisando o papel da violência estatal em um conceito próximo ao da biopolítica, trabalha uma ideia de liberdade com dois significados: num momento anterior, a liberdade se relaciona à libertação do próprio corpo em frente ao Estado; já num segundo momento, a liberdade que se busca exercer se relaciona à liberdade política, a participação no âmbito público, a cidadania, uma liberdade que depende de uma libertação anterior para existir nos planos político e jurídico.

Isaiah Berlin desenvolve os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva em sentido similar ao exposto por Hannah Arendt, mas excluindo o componente estatal, trabalhando com o oposto à intromissão estatal, pois a liberdade negativa não vem do Estado, mas sim do indivíduo, que não precisaria se libertar do Estado, mas apenas manter-se livre. Num segundo momento, a

8 HONNETH, Alex. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 43.

9 ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 61.

liberdade positiva se relaciona a uma participação política na esfera pública.

> Liberdade nesse sentido não está ligada, ao menos do ponto de vista lógico, com a democracia ou autogoverno. Em geral, o autogoverno pode fornecer uma melhor garantia da preservação das liberdades civis que os outros regimes e tem sido defendido desse modo por libertários. Mas não há nenhuma ligação necessária entre a liberdade individual e a regra democrática. A resposta à pergunta "Quem me governa?" é logicamente distinta da que seria dada à pergunta "Até que ponto o governo interfere na minha vida?" É nessa diferença que reside afinal o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade negativa e positiva. Pois o sentido "positivo" de liberdade vem à luz se não tentamos responder à pergunta "O que tenho a liberdade de fazer ou ser?" mas à pergunta "Por quem sou governado?" ou "Quem deve dizer o que devo ou não devo ser ou fazer?" A ligação entre democracia e liberdade individual é muito mais tênue do que parecia a muitos advogados de ambas. O desejo de ser governado por mim mesmo, ou pelo menos participar do processo que controla minha vida, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para a ação e talvez historicamente mais antigo. Mas não é o desejo da mesma coisa. Tão diferente é, na verdade, que acabou por gerar o grande confronto de ideologias que domina nosso mundo. Pois é isso, a concepção "positiva" de liberdade, não a libertação de, mas a libertação para – levar uma forma prescrita de vida –, que os adeptos da noção "negativa" consideram, em certas ocasiões, nada mais do que um disfarce capcioso para uma tirania brutal.[10]

A liberdade negativa decorre desse desejo de autogoverno, autonomia em relação ao Estado, quanto maior a ausência do aparelho estatal, maior essa liberdade. Ao passo que a liberdade positiva importa em uma liberdade para participar da esfera pública, atrelada a conceitos de cidadania e participação política.

A noção de liberdade, contudo, ainda não permite compreender a extensão da liberdade de reunião como direito fundamental, pois ao mesmo tempo em que pressupõe a liberdade negativa de ausência do Estado, implica em um movimento de participação política que fortalece o ideal democrático.

A possibilidade de limitação dessa liberdade, portanto, envolve o estudo da extensão e das restrições a direitos fundamentais reconhecidos no âmbito constitucional. Nesse sentido, ainda que as Constituições tenham consagrado em seu texto os direitos fundamentais, em muitos casos, como na Constituição Federal de 1988, dotando esses direitos de especial proteção contra o legislador constituinte reformador ou derivado, os contornos desses direitos não são propriamente imutáveis, cabendo, contudo, a preservação permanente de seu núcleo.

Em estudo dedicado às formas de restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição Portuguesa, destaca Jorge Reis Novais a primeira forma de limitação, a chamada limitação externa ao direito fundamental:

> Da natureza pré e supra-estatal da liberdade e da idealizada separação Estado/sociedade decorre o chamado princípio de "distribuição" ou "repartição" (*Verteilungsprinzip*) teorizado por Schmitt, segundo o qual a liberdade individual é assumida como um dado anterior ao Estado e, como tal, é em princípio ilimitada, enquanto que a faculdade de o Estado a invadir é em princípio limitada. Reconhece-se a possibilidade de o Estado colocar limites jurídicos e intervir na anterior liberdade natural, mas nos moldes próprios de um modelo de regra e excepção, ou seja, com carácter de

10 BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 236.

> excepcionalidade e só desde que o faça em quantidade mensurável e de acordo com procedimentos pré-estabelecidos.[11]

A distinção colocada pelo jurista português é importante para compreender os limites ao exercício de um direito fundamental como a liberdade de reunião, quer pela extensão do conceito de liberdade, quer pela extensão da própria reunião.

Nesse sentido, Novais traz a distinção entre a doutrina da limitação externa aos direitos fundamentais, baseada na obra de Carl Schmitt, que interpretava determinada forma de aplicação dos dispositivos previstos na Constituição de Weimar, de 1919, no período que antecede a II Guerra Mundial. Defendia Schmitt[12] que os direitos fundamentais liberais eram anteriores não apenas à Constituição, mas à criação do próprio Estado, e por essa razão independeriam de previsão no texto constitucional para fazer parte dos direitos subjetivos de cada pessoa, ao contrário, a sua previsão no texto constitucional seria uma forma de legítima limitação pelo Estado em situações de exceção.

A teoria da exceção schmittiana[13] era a pedra fundamental de toda a sua construção teórica sobre a Constituição e o Estado, trazendo – na abertura da obra *Teologia Política* – uma passagem que resume a posição hegemônica do Poder Executivo no contexto político posto pelo constituinte: "Soberano é quem decide sobre o estado de exceção"[14].

4. Do direito-meio aos limites da liberdade de reunião

Quando a liberdade de reunião assume a sua feição negativa como um direito garantido constitucionalmente exercido na ausência estatal, se aproxima não apenas da concepção schmittiana de exceção, mas também do delineamento imposto pelo constituinte de 1988.

Os requisitos formais como a necessidade de a reunião ser pacífica, sem armas, em local aberto ao público, desde que não frustre reunião marcada anteriormente, colocados pelo texto constitucional no artigo 5, XVI, delimitam a forma de exercício do direito, mas não invadem a esfera material do direito, pois mesmo a necessidade de prévia comunicação à autoridade competente[15] expressamente não se confunde com uma autorização, não cabendo

11 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 292-293.

12 "Todos los derechos fundamentales autênticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan "con arreglo a las leyes"; su contenido no resulta de la Ley, sino que la ingerencia legal aparece como excepción, y, por certo, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada em términos generales. Es proprio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción.". SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 4. reimp. Madrid: Alianza Textos, 2003, p. 171.

13 Embora não seja o objeto do presente artigo, a exceção para Schmitt seria uma zona de anomia, um vazio normativo reconhecido pelo próprio direito, em que a escolha jurídica seria a não aplicação da norma geral constitucional, mas a apropriação desse poder normativo pelo soberano, o chefe do Poder Executivo. A construção de uma doutrina que permite a restrição normativa aos direitos fundamentais em um estado de exceção, portanto, carrega a atribuição de um decisionismo político como elemento chave do próprio estado de direito que não se baseia propriamente nos direitos fundamentais, mas sim no Poder Estatal.

14 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

15 Sobre o tema da obrigatoriedade da autorização prévia, um pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes interrompeu o julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no RE 806339. Relator do processo, o ministro Marco Aurélio votou pelo desprovimento do RE, afirmando que a reunião em local aberto ao público deve ser comunicada previamente à autoridade competente e, no caso, isso não ocorreu. "A locomoção é um direito dos cidadãos em geral. Sem aviso e com a finalidade de haver repercussão maior, obstaculizando-se o trânsito, a reunião ocorreu, inviabilizando passagem na rodovia BR 101. O objetivo visado não foi simplesmente o de proceder-se a reunião de integrantes do segmento profissional, mas sim brecar o tráfego em rodovia de grande movimento. Surgiu situação jurídica à margem da ordem constitucional, no que ocupada a rodovia sem prévio aviso à autoridade competente, impedindo-se o fluxo de veículos, valendo notar que o transporte rodoviário de carga é a base da circulação da riqueza nacional. Bem decidiram o juízo federal e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região". *Notícias do Supremo Tribunal Federal*, 05.04.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374551>. Acesso em: 20 jun. 2018.

à Administração Pública restringir o direito à reunião, mas apenas salvaguardar a organização do espaço público, das ruas do entorno, controle de tráfego, destaque de policiamento para garantir a integridade dos manifestantes.

Nesse sentido, a Constituição Federal ao mesmo tempo em que assegura a liberdade de reunião como um direito fundamental, que na classificação do Supremo Tribunal Federal seria um direito-meio ao exercício de direitos fundamentais de manifestação de pensamento e participação política, funciona como um limitador externo ao exercício do direito mediante sua regulamentação formal oriunda do poder constituinte originário.

Esse mesmo constituinte excepcionou o exercício desse direito, restringindo-o materialmente, nas hipóteses de exceção constitucionalmente previstas de estado de defesa e estado de sítio. O decreto que instituir o estado de defesa pode limitar a liberdade de reunião, nos termos do artigo 136, § 1º, I, "a" assim como o artigo 139, IV permite a suspensão da liberdade de reunião com a decretação do estado de sítio.

Ou seja, em um estado de normalidade constitucional, a liberdade de reunião é um direito fundamental protegido pelo constituinte, mas quando o espaço político afeta as bases do estado de direito, a constituição aciona uma espécie de mecanismo de autodefesa que suspende direitos fundamentais como a liberdade de as pessoas se reunirem para manifestarem o seu direito às liberdades políticas.

Como destacado por Giorgio Agamben:

> Do ponto de vista técnico, o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, sobre a qual já se insistiu bastante, quanto o isolamento da "força de lei" em relação à lei. Ele define um "estado de lei" em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem "força") e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua "força". No caso extremo, pois, a "força de lei" flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei).[16]

A compreensão de que a limitação do direito fundamental à liberdade de reunião é externa, como lecionado por Schmitt, não decorre do plano teórico, mas sim da previsão constitucional do direito, que não possui a natureza jurídica de um princípio que se valora no caso concreto, de um direito que se autodelimita pelos outros direitos fundamentais, mas de um direito de libertação política usando a terminologia de Hannah Arendt ou com mais precisão técnica, uma vez que a libertação política já aconteceu e com ela fez surgir um poder constituinte, a liberdade de reunião possui natureza de liberdade negativa.

O exercício material da liberdade de reunião não se restringe pelo Estado em situação de normalidade constitucional, mas apenas nas hipóteses de exceção constitucional, que pela sua natureza material delimitada pelo constituinte, permite o controle político pelo Congresso Nacional, e constitucional pelo Judiciário.

Como leciona José Reis Novais:

> No centro de toda a construção enquanto modelo orientado para o controlo das restrições está a relevância que a dogmática de limites da teoria externa atribui ao sistema constitucional diferenciado de reservas de direitos fundamentais, ou seja, às distintas autorizações de intervenção no âmbito de protecção dos direitos fundamentais apostas às respectivas normas constitucionais de garantia. São estas reservas ou limites

16 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 61.

> que conferem racionalidade à distinção entre âmbito de protecção e âmbito de garantia efectivo de um direito fundamental e, sobretudo, fundamentam a própria legitimidade das intervenções restritivas em bens constitucionais jusfundamentalmente protegidos.[17]

A compreensão de que a liberdade negativa de reunião não se limita por outros direitos fundamentais, pelo subjetivismo do intérprete ou pela vontade estatal, passa pela conclusão de que suas exceções só podem ser colocadas pelo poder constituinte, até mesmo pela sua natureza importante de assegurar o exercício do poder constituinte em fases de transição constitucional democrática, ou mesmo em casos de revolução política, a reunião é o elemento primeiro do constituinte.

A natureza de direito-meio ao mesmo tempo em que permite identificar o viés negativo da liberdade de reunião para garantir o exercício da liberdade política mediante a proteção do direito que deriva da reunião – manifestação de pensamento, participação política, exercício democrático das liberdades positivas, forma de ampliar a voz das minorias e de permitir pluralismo político no espaço democrático – , não pode permitir que haja uma restrição material, de conteúdo, ao exercício do direito à reunião. Essa restrição, quando houver ou se houver, deve se ater ao direito posterior, à liberdade de expressão que se efetiva por intermédio da reunião, o que permitiria a restrição aos discursos de ódio ou intolerância[18].

> Assim, numa democracia, o consenso da maioria deve conviver com o respeito aos direitos das minorias. Não há democracia sem que se assegure o direito de livre manifestação do pensamento,



> exercido de forma individual ou coletiva, e o direito de ouvir a opinião dos outros, sem um filtro autoritário imposto pelo Estado ou pela maioria das pessoas que formam a comunidade em que vivemos. A liberdade de reunião está inserida nesse contexto. Intimamente ligada à liberdade de expressão, ela dá forças às ideias de minorias que, reunidas, podem se fazer ouvir com mais intensidade e, quem sabe, alcançar uma vitória democrática ou, até mesmo, se tornar maioria, sem que seja necessário derramamento de sangue.[19]

A democracia se sustenta pela proteção da inviolabilidade de liberdades como a de reunião do âmbito de atuação do Estado, e

17 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 306.

18 Sobre o tema vide FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

19 DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, set./dez. 2014,p. 650.

até mesmo por meio do enfraquecimento do âmbito de aplicação de direitos fundamentais mediante subjetivismos interpretativos, por essa razão, suas hipóteses de limitação são aquelas dadas pelo poder constituinte originário, como forma de propiciar um estado democrático de direito plural e fiel ao seu ideal de pluralismo político.

5. Conclusão

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à liberdade de reunião no artigo 5º, XVI, que assegura o direito de "reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente". Percebe-se, portanto, que o exercício desse direito é amplo, sendo exigido apenas um requisito de ordem formal, consistente no aviso prévio à autoridade competente.

Mas, nos capítulos que tratam da exceção constitucional relativa aos estados de defesa e de sítio, a Constituição prevê expressamente a restrição/suspensão do direito à reunião, o que permite, em uma análise mais sistemática do texto constitucional, questionar a razão da preocupação específica com a suspensão desse direito, e qual a sua natureza jurídica.

No constitucionalismo mais moderno, as discussões sobre os direitos fundamentais estão relacionadas às possíveis diferenciações entre regras e princípios, bem como formas de interpretação e ponderação que permitam uma maior otimização desses direitos em eventual colisão com outros direitos.

Todavia, conforme a citada lição de Jorge Reis Novais[20], existem outras duas teorias sobre direitos fundamentais aplicáveis ao âmbito da discussão sobre as restrições a esses direitos, a teoria externa e a teoria interna.

Pela teoria externa, que remonta à doutrina de Carl Schmitt durante a Constituição de Weimar, os direitos fundamentais seriam apenas formalmente constitucionais porque anteriores à criação do Estado e da própria Constituição. Pela teoria interna, por sua vez, os direitos fundamentais se limitam pelo seu próprio conteúdo.

Essa distinção, aplicada a um direito como o de reunião, permitiria trabalhar com alguns efeitos, pois ainda que toda a filosofia jurídica do pós-guerra questione a teoria de Schmitt, compreender que a reunião é anterior ao Estado retira a liberdade de reunião de um âmbito de direito positivo, mas a leva para um âmbito político-jurídico, o que a tornaria em um direito ilimitado, mas justificadamente limitável em casos de exceção, como o legislador constituinte fez constar nos capítulos que tratam do estado de defesa e estado de sítio.

No entanto, essa mesma categoria jurídica permitiria reconhecer que a liberdade de reunião não se limita por outros direitos fundamentais, retirando esse direito do subjetivismo das teorias discursivas que consagram a proporcionalidade e a ponderação como princípios informadores da aplicação do direito.

Seguindo por essa mesma linha de pensamento, seria possível compreender o direito de reunião, designado pelo Ministro Celso de Mello um "direito-meio", como um instrumento materialmente ilimitado de propagação da manifestação de pensamento e do exercício de direitos políticos, liberdades negativas e positivas.

Assim, no Estado Democrático de Direito, a única restrição à liberdade de reunião se refere à mera formalidade de comunicação prévia à autoridade, e à inexistência de outra

20 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

reunião ou manifestação no mesmo horário e local, questões mais relacionadas à segurança pública e à garantia da integridade dos manifestantes, o que permite uma maior proteção dos direitos instrumentalizados pela própria reunião, como restou consignado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 187, que tratava da chamada "marcha da maconha".

A liberdade de reunião, portanto, funciona como importante ferramenta de asseguramento do direito fundamental à manifestação de pensamento, potencializador do pluralismo do discurso das minorias como forma de exercício mais pleno de uma democracia, a qual não pode ser confundida com o governo da maioria, tampouco com o exercício do discurso político de governo na esfera pública.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 649-669, set./dez. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HONNETH, Alex. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

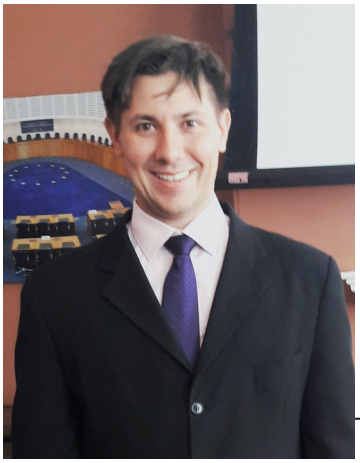
NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____ . *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 4. reimp. Madrid: Alianza Textos, 2003.

Breves considerações sobre as servidões prediais no Código Civil de 2002

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (UNIARA). 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, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Celso Maran de Oliveira



Pesquisador jurídico ambiental e urbanístico. Professor do Departamento de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos (DCAm/UFSCar). Possui Doutorado em Ciências da Engenharia Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), Mestrado em Direito da Integração pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Especialização em Proteção de Menores pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orientador dos cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-graduação em Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos (PPGCAm/UFSCar). Atualmente é pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Novos Direitos, cadastrado no CNPq e certificado pela UFSCar. Principais áreas de atuação: Direito Ambiental, Direito Urbanístico, Direito da Integração Regional, Auditoria Ambiental, Políticas Públicas. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ-2 - CNPq/CA - Ciências Ambientais).

RESUMO: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o regime jurídico das servidões prediais no Código Civil de 2002. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como a definição das servidões, a sua natureza jurídica, classificação, características, utilização e extinção. O estudo deixa claro ao leitor que o Código Civil de 2002 reforçou a ideia de cooperação existente na servidão, particularmente pelas previsões relativas à ampliação compulsória e à remoção da servidão. Assim, a atribuição da utilidade de um imóvel em favor de outro, buscando o melhor aproveitamento de ambos, atende a razões de ordem sociológica, cujas origens se encontram na Constituição Federal, que define a exigência do atendimento da função social da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE: Servidões prediais. Servidões pessoais. Direito de propriedade. Função social da propriedade. Direito privado.

ABSTRACT: The present article makes a brief study on the legal regime of predial servitudes in the Civil Code of 2002. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographical research. The most relevant issues are analyzed, such as the definition of servitudes, their legal nature, classification, characteristics, use and extinction. The study makes clear to the reader that the Civil Code of 2002 reinforced the idea of cooperation in servitude, particularly with regard to the provisions on compulsory expansion and removal of servitude. Thus, the attribution of the usefulness of one property in favor of another, seeking the best use of both, attends to sociological reasons, whose origins are found in the Federal Constitution, which defines the requirement of attending to the social function of the property.

KEYWORDS: Predial servitudes. Personal servitudes. Property. Social function of property. Private law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito. 2. Natureza jurídica. 3. Condições de existência. 4. Características. 5. Classificação das servidões. 6. Modos de constituição. 7. Exercício das servidões. 8. Obras necessárias à conservação e ao uso das servidões. 9. Ampliação compulsória da extensão da servidão. 10. Remoção da servidão. 11. Extinção da servidão. 12. Ações relativas à servidão.

Introdução

A ideia de servidão é bastante antiga e já era admitida pelo direito romano, que a reconheceu no interesse da agricultura, provavelmente após a divisão das terras entre os membros das *gentes*[1]. Na atualidade, a servidão não deixou de ter grande importância, apresentando ampla variedade de emprego, o que está associado à elevada complexidade imobiliária[2].

A servidão decorre do fato de que nem sempre um prédio apresenta todas as condições exigidas por seu proprietário. Muitas vezes a utilização permanente de vantagens de prédio alheio pode ser necessária ou útil, o que faz com que determinados prédios, que sofrem restrições, completem as necessidades de utilização do chamado prédio dominante[3]. O prédio que suporta a servidão é chamado serviente, enquanto aquele prédio em favor do qual ela é constituída é denominado dominante.

Trata-se então de um ônus imposto

1 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2, p. 394.

2 MÜNCH, Joël. Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 – 1029). In: MARTINEK, Michael (Org.). *Juris PraxisKomentar BGB*. Saarbrücken: Juris, 2007, v. 3, p. 643.

3 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. II, p. 5-6.

não a uma pessoa, mas sim a um prédio. O fundamento da servidão é tornar o prédio dominante mais útil, mais agradável ou mais condizente com sua destinação natural, o que normalmente vai trazer alguma desvantagem para o prédio serviente[4]. Não há que se falar na existência de um vínculo pessoal, que desapareceria com a transferência da propriedade do prédio dominante[5].

1. Conceito

A servidão predial, ou simplesmente servidão, é definida como o direito real sobre coisa imóvel, "constituído em favor de um prédio (o dominante), sobre outro prédio pertencente a dono diverso (o serviente)"[6]. Conforme esclarece o artigo 1.378 do Código Civil, a mencionada definição pode ser complementada pela ideia de que a servidão proporciona utilidade para o prédio dominante e grava o prédio serviente. Constitui-se, como regra, mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente inscrição no cartório de registro de imóveis do local do prédio onerado[7].

Em se tratando de um direito real, a servidão adere à coisa e a acompanha em todas as transferências, pelo que está indissoluvelmente ligada ao direito de propriedade do prédio dominante em desfavor do proprietário do prédio serviente.

A independência da servidão em relação à pessoa dos proprietários dos prédios já era expressa por Ulpiano, que asseverava: *servitutem non hominem debere, sed rem*[8]. A despeito disso, a servidão só existe quando os titulares dos prédios serviente e dominante são pessoas diversas[9].

Outro ponto importante em relação à servidão é que para sua existência não é imprescindível a contiguidade entre os prédios dominante e serviente. Entretanto, normalmente os prédios são próximos[10], uma vez que a proximidade facilita o aproveitamento em favor do prédio dominante, mas a distância não é uma *conditio sine qua non*. Realmente, ainda que os prédios não sejam contínuos, é possível a existência de servidão que beneficie o prédio dominante, o que pode ocorrer, por exemplo, na servidão de aqueduto, em que o proprietário de um prédio tem o direito real de passar água por muitos outros, dos quais só um deles lhe é contíguo[11].

2. Natureza jurídica

A servidão tem natureza jurídica de direito real sobre coisa alheia de gozo ou fruição. É um direito exercido sobre uma coisa imóvel pertencente a outrem, uma vez que não se admite servidão sobre coisa própria. Nisso a servidão se distingue da propriedade, que é um direito real sobre coisa própria. É real pelo fato de estabelecer um poder jurídico direto e imediato sobre a coisa, poder este que não depende da intermediação do proprietário do prédio serviente[12].

Tratando-se de um direito real limitado, ao seu titular são garantidas as prerrogativas daí decorrentes, contando com oponibilidade *erga omnes*. Ademais, seu titular tem ainda a seu favor o *ius persequendi*, bem como dispõe de ação real.

4 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 299.
5 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 250.
6 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas: Russell, 2003, p. 309.
7 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1903-1904.
8 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 296.
9 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 58.
10 CORNU, Gérard. *Droit civil:* Introduction. Les personnes. Les biens. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2003, p. 586.
11 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 278.
12 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

Na doutrina estrangeira é comum a utilização da expressão "servidão legal" para definir os direitos de vizinhança[13]. Ocorre que essa terminologia não é adequada e ainda é evitada pelos estudiosos brasileiros, não obstante ser utilizada por alguns julgados (REsp 935.474/RJ). É que os direitos de vizinhança não se confundem com as servidões[14], possuindo, como já foi anteriormente esclarecido, natureza jurídica diversa (REsp 207.738/SP).

Ademais, a servidão não se confunde com o usufruto, também chamada pelos romanos de servidão pessoal. É que o usufruto consiste na cessão de uso e gozo de um imóvel em favor de determinada pessoa, enquanto na servidão o benefício é estabelecido em favor do proprietário de outro prédio[15].

3. Condições de existência

O conceito de servidão apresenta determinados elementos que necessariamente o integram[16]. Assim sendo, é imprescindível a existência de prédios que pertençam a proprietários diferentes, bem como uma relação de serviço ou utilidade entre os prédios[17].

a) Os prédios devem pertencer a donos diferentes

A servidão é um direito real constituído unicamente sobre imóveis alheios, não podendo gravar bens móveis[18]. É uma restrição imposta a um prédio em favor de outro, no entanto, deve ficar claro que a relação jurídica não se forma entre os imóveis, mas sim entre os seus proprietários. Desse modo, a servidão não pode recair sobre prédio do próprio titular (REsp 117.308/MG), o que seria inútil (*servitus fundo utilis esse debet*)[19]. Por uma questão de lógica é necessário que os donos dos prédios dominante e serviente sejam diferentes[20], visto que ninguém pode ter servidão sobre seu próprio prédio (*nulli res sua servit*)[21].

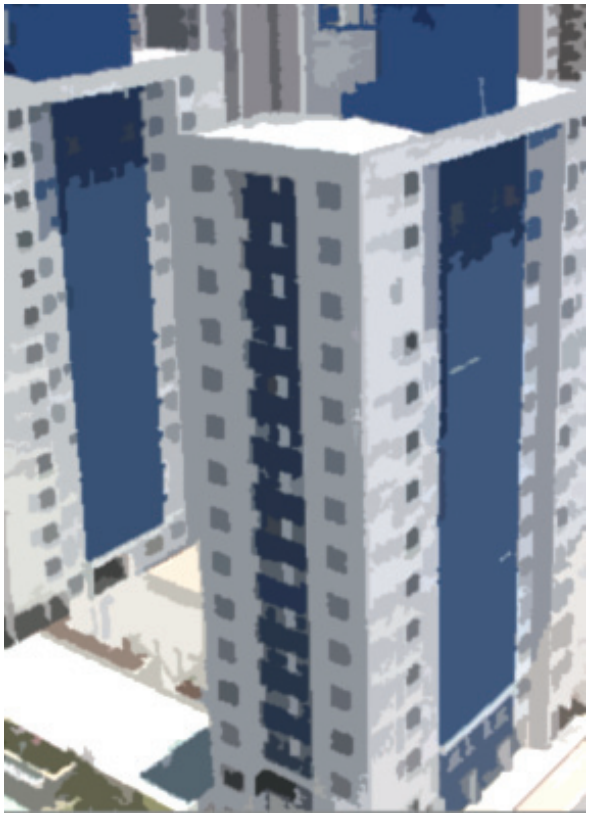
b) A servidão onera um prédio em favor de outro prédio

Existe um ônus que sempre acompanha o prédio serviente e se estabelece em favor do prédio dominante. A servidão não é estabelecida em favor de uma pessoa, mas sim em benefício de um prédio. Todavia, é certo que não se trata de uma relação jurídica estabelecida entre dois prédios, como muitas vezes imprecisamente é sugerido pela doutrina, uma vez que os prédios logicamente não entabulam relações jurídicas[22].

Em realidade, a servidão vincula os donos dos prédios dominante e serviente, não importando quem sejam eles. Essa vinculação não foge ao que é comum aos direitos reais. Assim, a partir do momento em que a servidão é criada, ela se transmite a quem quer que seja o proprietário do prédio dominante ou do prédio serviente[23].

A servidão se une aos prédios, acompanhando-os em caso de alienação (*ambulat cum domino*). Trata-se de um direito real que cria obrigações ambulatórias (*propter rem*), que vinculam o dono do prédio serviente, seja ele quem for[24]. Considerando a insepara-

13 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 63.
14 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.
15 BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 415-416.
16 REBOUL-MAUPIN, Nadège. *Droit des biens*. Paris: Dalloz, 2016, p. 540.
17 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.
18 WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 511.
19 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4, p. 456.
20 CORNU, Gérard. *Droit civil:* Introduction. Les personnes. Les biens. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2003, p. 585.
21 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 393.
22 WENDY, Lilian Nora Gurfinkel de. *Derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, v. II, p. 1050.
23 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 279.
24 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4, p. 363.



bilidade e o caráter acessório da servidão, é evidente que ela não é suscetível de hipoteca isoladamente, pois não pode ser executada em separado[25].

c) Deve existir um ônus ou encargo

A servidão não impõe obrigação de fazer ao proprietário do prédio serviente (*servitus in faciendo non consistit*)[26]. O proprietário do prédio serviente deve apenas se abster (*non facere*), como no caso da servidão de não construir, ou ele deve sofrer ou tolerar (*pati*), não se opondo a que o proprietário do prédio dominante possa desfrutar de vantagem sobre o seu imóvel, o que sucede na servidão de passagem[27].

Realmente, o proprietário do prédio serviente deve suportar as limitações que constituem o próprio conteúdo da servidão, pois, através desta, perde ele algum dos seus direitos dominicais. O dono do prédio serviente fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante[28].

4. Características

a) Indivisibilidade

As servidões prediais são indivisíveis, constituindo um todo único. Isso significa que elas subsistem no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das porções do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro (art. 1.386 do CC).

A indivisibilidade da servidão significa que a eventual divisão do prédio não vai afetá-la, o que já era reconhecido pelos romanos (*servitutes dividi non possunt*)[29]. Ainda que o imóvel sobre o qual incida venha a ser fracionado, a servidão não comporta divisão, pois ela é una por expressa determinação legal[30].

Com isso, se o prédio serviente for dividido, o ônus vai ser mantido em seu conjunto, tanto ativa como passivamente. É dizer: na hipótese de divisão do prédio dominante, tem-se que a utilidade subsistirá em favor de cada unidade[31]. A servidão deve ser mantida ainda que o proprietário do imóvel dominante se torne condômino do serviente e vice-versa. Em caso de defesa da servidão por um dos

25 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. II, p. 14.
26 BERGEL, Jean-Louis; BRUSCHI, Marc; CIMAMONTI, Sylvie. *Traité de droit civil:* Les biens. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010, p. 416.
27 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253-254.
28 REBOUL-MAUPIN, Nadège. *Droit des biens*. Paris: Dalloz, 2016, p. 542-543.
29 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.
30 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 91.
31 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4, p. 363.

consortes do prédio dominante, a ação aproveita a todos[32].

Por conseguinte, a servidão se exerce ou se perde por inteiro, vigorando a favor ou a cargo de todos, na hipótese de divisão dos prédios dominante ou serviente[33]. Todavia, excepcionalmente a servidão poderá ser extinta em face de alguns dos quinhões, se por sua natureza, ou por seu destino, não puder a eles aproveitar[34].

b) Perpetuidade

A servidão é perpétua, o que deve ser entendido no sentido de que sua duração é indefinida, que se constitui sempre por tempo indeterminado e nunca por prazo certo. Não há que se falar em resgate da servidão sem a anuência do proprietário do prédio dominante. Ela continuará onerando os sucessivos proprietários do prédio serviente. Assim sendo, sua tendência é durar indefinidamente, a menos que ocorra uma causa de extinção daquelas compreendidas na lei[35].

c) Acessoriedade

A servidão é um direito acessório indissociável do prédio dominante[36]. Por se tratar de um acessório inseparável, não pode ser concebida independentemente da existência do prédio dominante ao qual está ligada[37]. Ela é transmitida diretamente com o prédio dominante. Assim sendo, o desdobramento da propriedade se dá em favor e contra os prédios[38], dependendo, logicamente, da existência desses prédios.

d) Inalienabilidade

A servidão é estabelecida em favor de um prédio em detrimento de outro, aumentando as utilidades do primeiro e diminuindo as do segundo. Em função do condicionamento da servidão a uma necessidade do prédio dominante, não se pode conceber a sua transferência a outro prédio[39].

A servidão é então inalienável, o que significa que esse direito não pode associar outra pessoa ao seu exercício e nem sobre ele pode ser constituído novo direito real. Não se pode de uma servidão constituir outra, ou seja, uma "servidão sobre servidão" (*servitus servitutis esse non potest*). Também não há direito à ampliação da servidão a outros prédios[40]. Por ser inalienável, não se admite a transferência da servidão separadamente do prédio, defluindo disso que também não é possível conceder separadamente a servidão em hipoteca[41].

Todavia, a despeito de ser insuscetível de alienação, é certo que a servidão se transmite por sucessão *causa mortis* ou *inter vivos*, visto que acompanha o prédio nas suas alterações subjetivas.

5. Classificação das servidões

A doutrina aponta a existência de vários critérios de classificação das servidões. Inicialmente, é importante destacar que é tradicional a bipartição das servidões em prediais e pessoais, critério que remonta ao direito romano[42]. Ocorre que tal concepção não faz o menor sentido, pois atualmente as servidões são somente prediais. As chamadas servidões pessoais (usufruto, uso e habitação) constituem hodiernamente direitos reais so-

32 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4, p. 460.
33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 238.
34 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158-159.
35 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. II, p. 23-25.
36 REBOUL-MAUPIN, Nadège. *Droit des biens*. Paris: Dalloz, 2016, p. 546.
37 CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 1956, v. 3, p. 223.
38 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 672.
39 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 397.
40 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4, p. 457.
41 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 516.
42 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.

bre coisa alheia[43].

Dentre os critérios de classificação, considerando o seu modo de exercício, as servidões podem ser contínuas ou descontínuas, bem como aparentes ou não aparentes. Essas duas classificações têm grande importância prática e teórica, visto que guardam relação com as normas atinentes à constituição e extinção das servidões[44], permitindo-se, ainda, a sua combinação. Menor importância tem a distinção entre as servidões positivas e negativas. Como reminiscência histórica ainda há a diferenciação entre servidões rústicas e urbanas[45].

a) Distinção entre servidões contínuas e descontínuas

A servidão é contínua quando o seu exercício independente de atuação humana, dispensa a intervenção do homem, sendo esse o critério fundamental para a distinção[46]. Logicamente ela pode ser exercida de forma ininterrupta, mas não é o seu exercício contínuo, como foi esclarecido, que a caracteriza como uma servidão contínua[47].

Entre as servidões contínuas podemos destacar a servidão de aqueduto (*aquae-ductus*), a servidão de vista (*prospectu*), a servidão de não construir (*non aedificandi*) e a servidão de passagem de energia elétrica. Assim, a servidão é contínua desde o instante que seu exercício não supõe uma renovação de atos sucessivos por parte daquele que vai se beneficiar dela: a água escoa naturalmente pelo aqueduto, a energia elétrica passa pelos cabos e a luz passa naturalmente pela janela[48].

Descontínua é a servidão cujo exercício supõe a intervenção do homem, isto é, necessita de fato atual do homem para ser exercida (*besoin du fait actuel de l'homme*), decorrendo daí sua descontinuidade[49]. Pode-se citar a servidão de passagem e a de tirar água em prédio alheio (*aquae haustus*), que permite a retirada de água de nascente, de poço ou de outra fonte de água existente no prédio serviente[50]. Desse modo, as servidões que dependerem de intervenção constante e atual do homem são, necessariamente, descontínuas[51].

Outrossim, é de se notar que o critério de distinção entre as servidões contínuas e descontínuas leva em conta a intervenção da atividade humana para o exercício e não para o estabelecimento da servidão. É que existem servidões que supõem a realização de uma obra, como a servidão de aqueduto, enquanto outras não exigem nenhuma construção, o que acontece na servidão de não edificar. Assim sendo, a intervenção humana que serve para a distinção entre as servidões contínuas e descontínuas está relacionada com o seu exercício atual e não com as atividades humanas realizadas na chamada fase preparatória da servidão[52]. No caso da servidão de aqueduto, uma vez construída a canalização, a água escoara naturalmente, sem a necessidade da intervenção de qualquer ato humano, tratando-se de uma servidão contínua[53].

b) Distinção entre servidões aparentes e não aparentes

Servidão aparente é aquela que se apre-

43 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4, p. 364.
44 LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les biens, droits réels principaux. 5. ed. Paris: Economica, 2006, t. 2, p. 508.
45 WENDY, Lilian Nora Gurfinkel de. *Derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, v. II, p. 1061.
46 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2, p. 422.
47 MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*: les biens. 2. ed. Paris: Sirey, 1980, p. 201.
48 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 237.
49 LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les biens, droits réels principaux. 5. ed. Paris: Economica, 2006, t. 2, p. 508 e 510.
50 CHINÈ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Roma: Nel diritto, 2016, p. 639.
51 MÉMETEAU, Gérard. *Droit des biens*. 11. ed. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 233-234.
52 DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1988, v. III, p. 418.
53 LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les biens, droits réels principaux. 5. ed. Paris: Economica, 2006, t. 2, p. 509.

senta por obras exteriores visíveis, que se destinam e são indispensáveis ao seu exercício[54]. Pode-se citar, entre as servidões aparentes, a servidão de passagem por estrada pavimentada e a servidão de aqueduto.

Não aparente é a servidão que não requer a existência de obra externa perceptível, que não se revela por sinais exteriores, como é o caso das servidões negativas. Pelo fato de não serem aparentes, a jurisprudência tem entendido que essas servidões somente podem existir quando devidamente registradas[55]. São, ainda, insuscetíveis de usucapião, pois em relação a elas não pode haver posse ostensiva[56]. Exemplo clássico de servidão não aparente é a de não construir acima de certa altura (*altius non tollendi*)[57]. Nessa categoria também se inclui a servidão de caminho (*servitus itineris*), que permite simplesmente transitar por prédio alheio, mas essa servidão será não aparente desde que não existam obras visíveis.

Vale notar que o caráter aparente ou não de uma servidão não está ligado a sua natureza, visto que uma servidão de passagem pode ser aparente ou não aparente, o que vai depender unicamente da existência de algum tipo de manifestação exterior, como uma ponte, um portão ou um caminho pavimentado[58]. E mais, essa manifestação deve ser necessariamente exterior, pois se sua existência não for revelada exteriormente, não existirá nenhuma aparência[59].

c) Continuidade, descontinuidade, aparência e não aparência



A combinação dessas duas classificações tem considerável importância, pelo que as servidões podem ser repartidas em quatro categorias: a) servidões contínuas e aparentes: *e.g.* servidão de aqueduto e esgoto; b) servidões contínuas e não aparentes: *e.g.* servidão de não edificar e servidão de vista; c) servidões descontínuas e aparentes: *e.g.* servidão de passagem por caminho visível; d) servidões descontínuas e não aparentes: *e.g.* servidão de passagem por caminho não visível[60].

O Código Civil faz expressa menção às servidões contínuas e descontínuas, bem como à servidão não aparente, pelo que esses conceitos são necessários para a correta aplicação de algumas normas, como o art. 1.213, que trata da proteção possessória, negando os interditos às servidões contínuas, não aparentes, bem como às descontínuas, a menos que seus títulos provenham do possuidor do prédio serviente ou de seus antecessores.

54 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2, p. 422.

55 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1904.

56 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 256.

57 CHINÈ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Roma: Nel diritto, 2016, p. 639.

58 MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*: les biens. 2. ed. Paris: Sirey, 1980, p. 201.

59 LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les biens, droits réels principaux. 5. ed. Paris: Economica, 2006, t. 2, p. 510.

60 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 282.

Outro ponto importante dessas classificações está no fato de que as servidões aparentes e contínuas podem ser objeto de posse, enquanto que as descontínuas ou não aparentes não podem. Com isso, a servidão aparente pode ser adquirida pela usucapião, o mesmo não ocorrendo com a servidão não aparente, cuja posse somente pode derivar de um negócio jurídico (contrato ou testamento), que é constitutivo da sua existência[61].

E a explicação para isso está no próprio conceito de posse. Ora, se a posse é a exteriorização do domínio, tal exteriorização só se pode manifestar, no que concerne às servidões, quando estas são aparentes e contínuas. Dessa forma, se a servidão não for aparente e for descontínua, não há que se falar na exteriorização de poderes inerentes ao domínio e, consequentemente, em posse. Por isso, a usucapião das servidões se circunscreve às servidões aparentes e contínuas, sendo que o legislador foi expresso ao determinar que as servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no Registro de Imóveis (art. 1.378)[62].

d) Distinção entre servidões positivas e negativas

As servidões, no que toca ao comportamento das partes, podem ser classificadas em positivas (ou afirmativas) e negativas. As primeiras obrigam o titular do prédio serviente a tolerar atos realizados pelo dono do prédio dominante[63], como ocorre na servidão de passagem e de aqueduto. Já as negativas demandam uma abstenção por parte do dono do prédio serviente, o que sucede, por exemplo, na servidão de não levantar uma construção superior a determinada altura (*altius non tollendi*)[64] e na servidão de não abrir janela. Em todo caso, não obstante a menção dessa classificação, em realidade ela apresenta pouca importância prática[65].

e) Distinção entre servidões rústicas e urbanas

Outra classificação é aquela que analisa a natureza dos prédios, distinguindo entre as servidões rústicas (*e.g.* servidão de retirada de água do poço) e as servidões urbanas (*e.g.* servidão de escoamento de água por calha ou goteira). Tal critério de classificação leva em conta simplesmente a localização das servidões em áreas rurais, fora do perímetro urbano (*e.g.* tirar água do prédio vizinho), ou em áreas urbanas, nos limites das cidades (*e.g.* não construir prédio além de certa altura)[66]. No direito romano essa classificação tinha relevância, não contando atualmente com nenhum interesse prático[67].

6. Modos de constituição

A propriedade é presumida pela lei como plena, de maneira que a regra é não estar sujeita a limitações ou restrições. Com isso, a servidão não se presume, sendo que sua existência deve decorrer de algum dos modos de constituição, que estão previstos na legislação (arts. 1.378 e 1.379 do CC).

A forma mais comum de constituição de uma servidão é a partir de um ato *inter vivos*, mediante declaração de vontade expressa dos proprietários (art. 1.378 do CC), que pode originar um contrato a título oneroso, que é a forma mais corriqueira[68], ou a título gratuito, caso em que nenhuma remuneração

61 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 66.
62 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 283.
63 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1904.
64 DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1988, v. III, p. 418.
65 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 237.
66 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4, p. 364.
67 MÉMETEAU, Gérard. *Droit des biens*. 11. ed. Bruxelles: Bruylant, 2017, p. 233.
68 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 285.

será devida. Na hipótese da servidão superar 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país, o contrato que prevê sua instituição deve adotar necessariamente a forma pública (art. 108 do CC)[69]. Ainda será necessária a outorga conjugal se o concedente for casado (art. 1.647, II, do CC).

Em todo caso, vale ainda lembrar que não é o negócio jurídico que vai efetivamente constituir a servidão. Os contratos produzem efeitos apenas obrigacionais, sendo necessário, para a criação de um direito real, a inscrição no cartório de registro de imóveis (art. 167, I, 6, da Lei nº 6.015/1973)[70]. Realizado o registro da servidão, tratando-se de um direito real, ela vai ultrapassar a pessoa atual dos contratantes, vinculando seus sucessores, quaisquer que sejam eles. Antes do registro, por outro lado, não existe uma servidão, mas apenas um negócio jurídico de direito obrigacional, um mero direito pessoal.

A servidão também pode ser constituída por negócio jurídico unilateral *causa mortis*, o que é feito por testamento, bem como pela subsequente inscrição no cartório de registro de imóveis. Nesse caso, o proprietário, ao testar um prédio, impõe ao beneficiário o encargo de uma servidão, estabelecida em favor de outro prédio[71].

A servidão pode decorrer do seu exercício incontestado, contínuo e aparente, por dez anos, nos termos do artigo 1.242 do Código Civil, o que autorizará o interessado a registrá-la em seu nome no cartório de registro de imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumada a usucapião.

Nessa linha, conforme exige o artigo 1.379 do Código Civil, a ocorrência da usucapião demanda que a servidão seja aparente, que a posse seja contínua e incontestada, com justo título e boa-fé, bem como que decorra o prazo de 10 anos. Se o possuidor não tiver título, o prazo será de 20 anos (art. 1.379, parágrafo único, do CC)[72]. Ademais, em todos os casos, é necessário o registro da sentença que declarou a aquisição da servidão pela usucapião[73].

A despeito da exigência de servidão aparente pelo Código Civil, a jurisprudência tem abrandado a legislação, admitindo que as servidões de passagem podem ser objeto de posse e, consequentemente, de usucapião. Para tanto, apesar dessas servidões serem descontínuas e não aparentes, mister se faz que se apresentem ostensivas e materializadas em obras externas, tais como pontes, trechos pavimentados e outros sinais visíveis[74].

Tal posicionamento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula nº 415, dispondo: "Servidão de trânsito, não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória". Assim sendo, se os atos possessórios sobre a servidão forem evidentes, revelando-se por sinais externos incontestáveis, bem como se não houver oposição do proprietário do prédio serviente, será outorgada proteção ao possuidor da servidão, garantindo-se tanto a defesa pelos interditos

69 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 679.

70 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 302.

71 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 62.

72 O prazo da usucapião extraordinária das servidões é objeto do enunciado 251 das Jornadas de Direito Civil: "O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil". Em relação a esse enunciado, além do questionamento atinente à utilização da palavra usucapião no gênero masculino, é de se notar que nada autoriza o intérprete ou mesmo o juiz a enxergar um prazo de 15 anos quando a lei é clara ao indicar o prazo de 20 anos. Trata-se de interpretação *contra legem*, não estando o Poder Judiciário autorizado a fazer as vezes do Poder Legislativo.

73 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 303.

74 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 240.

como a aquisição pela usucapião[75]. Em todo caso, quer se trate de servidão aparente ou de servidão não aparente, o seu registro é imprescindível, haja vista o mandamento do artigo 168, I, "f", da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

Outro modo de constituição das servidões decorre das ações de divisão, pois pode ser necessário o estabelecimento de servidões que possibilitem a utilização dos vários lotes em que foi repartido o imóvel. Para tanto, a legislação determina que, no plano de divisão, sejam instituídas as servidões que forem indispensáveis em favor de uns quinhões sobre outros. Homologada a divisão e devidamente registrada, fica constituída uma servidão, que teve sua origem em sentença judicial[76].

Finalmente, a servidão pode ser constituída por destinação do proprietário. Para tanto, é necessário que uma pessoa seja proprietária de dois prédios contíguos, estabelecendo serventia em favor de um prédio sobre outro. Enquanto os dois prédios pertencerem ao mesmo dono, não há que se falar em servidão, pois esta requer a existência de proprietários diversos[77]. Todavia, é possível que a serventia se transforme em servidão, o que ocorrerá "se os prédios vierem a pertencer a diferentes donos, seja em consequência de sucessão hereditária na qual vem a caber a herdeiros ou legatários diferentes"[78]. Dessa maneira, a servidão vai nascer no momento em que os prédios passam a pertencer a proprietários diferentes, pelo que deixa de existir uma mera serventia do anterior e único proprietário[79].

75 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 287.
76 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.
77 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 282.
78 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 302.
79 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 60-61.

A destinação do proprietário tem sido acolhida pela jurisprudência como um dos modos de constituição das servidões. Contudo, os tribunais têm exigido que o ato de alienação de ambos os imóveis não exclua expressamente essa situação. Outro requisito fundamental é que a servidão seja aparente, visto que a solução jurisprudencial objetiva a proteção da boa-fé do adquirente do prédio dominante, o qual, ao adquirir o imóvel, tem justa expectativa quanto à transformação das serventias instituídas pelo proprietário anterior em servidões. E, justamente em função da mencionada expectativa, as serventias não aparentes não se transformam em servidões por destinação do proprietário, uma vez que o adquirente não contava com elas no momento da aquisição do imóvel[80].

7. Exercício das servidões

A servidão deve ser exercida nos estritos limites das necessidades do prédio dominante, uma vez que se trata de um ônus ao direito de propriedade do prédio serviente, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente (art. 1.385 do CC).

Para a delimitação desse conteúdo é muito importante a análise do título constitutivo da servidão. O titular do prédio dominante não pode exceder os limites estabelecidos pelo referido título constitutivo, levando-se em conta o critério da necessidade de seu prédio[81]. Na hipótese de aquisição por usucapião, o conteúdo será determinado pela extensão da posse.

Também não se admite a prática de abuso de direito, o que ocorrerá se o exercício da servidão excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do CC), a despeito de tal prática não exceder

80 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 289.
81 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 518.

os limites do título constitutivo da servidão. Aliás, o exercício abusivo da servidão representaria uma "indesejável ingerência na propriedade alheia, embaraçando, por conseguinte, a sua função social"[82].

Assim sendo, como regra o dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão (art. 1.383 do CC). Por outro lado, por se tratar de um ônus imposto ao prédio serviente, a servidão não pode ser ampliada mediante interpretação extensiva. Para que haja o exercício da servidão de forma moderada, a interpretação da servidão deve ser restritiva[83], pois somente assim não haverá choque com a regra que estabelece que a servidão não se presume. O dono do prédio dominante deve, por isso, abster-se de todo tipo de ato que concorra para o agravamento do encargo[84].

Realmente, a servidão, sendo uma restrição ao direito de propriedade, não se presume. A propriedade é que se presume plena[85]. A servidão só será admitida quando provier de uma fonte que a lei reconhece. Com isso, deve ficar claro que: a) o domínio presume-se pleno, de sorte que a pessoa que alega a servidão deve provar a maneira legal como a obteve; b) as servidões legalmente existentes devem ser interpretadas restritivamente (*stricti iuris*), pois a interpretação extensiva envolveria admissão de que o excesso surgiu de presunção do intérprete[86], o que colide com a regra em análise.

Nesse contexto, limitando-se a servidão ao que foi estabelecido no título constitutivo, não é possível sua extensão para outras finalidades. Em outras palavras, constituída para certo fim, com expressa previsão dos limites de fruição pelo proprietário do prédio dominante, a servidão não pode ser ampliada para outra finalidade (art. 1.385, § 1º, do CC)[87].

Entretanto, o Código Civil estabelece que a servidão de maior inclui a de menor ônus, regra essa que está expressa para a servidão de trânsito (art. 1.385, § 2º, do CC), sendo aplicável, quando possível, às demais servidões. A referida norma dispõe que "nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa", ou seja, se uma servidão de trânsito foi instituída para a passagem de automóveis, sua interpretação permitirá a passagem de pedestres, pois tal passagem representa menor ônus. Em contrapartida, se a passagem permitida é apenas de pedestres, não se pode ampliar a servidão para a passagem de veículos.

8. Obras necessárias à conservação e ao uso das servidões

Não surge para o proprietário do prédio serviente, em princípio, nenhuma obrigação positiva, pois a servidão não consiste em fazer algo, mas simplesmente em se abster ou suportar, não devendo praticar atos que prejudiquem o titular do prédio dominante[88].

Como decorrência disso, para o exercício regular da servidão, cabe ao titular do prédio dominante a realização das obras e reparações necessárias à conservação e ao uso da servidão (*e.g.* fazer aterro, construir ponte, derrubar árvore etc.), podendo inclusive, para tanto, ingressar no prédio serviente. No caso

82 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 86.
83 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 684.
84 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 304.
85 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.
86 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 396.
87 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 684.
88 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 240.

da servidão pertencer a mais de um prédio, as despesas serão rateadas entre os respectivos donos (art. 1.380 do CC)[89].

As obras necessárias à conservação e ao uso da servidão incumbem, então, ao dono do prédio dominante e a suas expensas deverão ser feitas. Todavia, a disposição legal não é cogente, permitindo-se a estipulação em contrário das partes, o que deve constar expressamente do título (art. 1.381 do CC).

Quando a obrigação de realização das obras necessárias à conservação e ao uso incumbirem ao dono do prédio serviente, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade em favor do proprietário do prédio dominante (art. 1.382 do CC)[90].

9. Ampliação compulsória da extensão da servidão

O artigo 1.385, § 3º, do Código Civil, em evidente preocupação com a funcionalização da servidão, apresenta uma regra bastante peculiar, que possibilita ao dono do prédio dominante, mediante indenização, exigir a ampliação da servidão, mesmo contra a vontade do proprietário do prédio serviente, se o reclamarem as necessidades de cultura ou da indústria daquele[91].

A norma vai permitir, destoando da sistemática do código, um aumento da servidão contra a vontade do dono do prédio serviente, para facilitar a exploração do prédio dominante. Trata-se de uma espécie de expropriação voltada para o particular, mas que objetiva atender a razões superiores de cunho socioeconômico[92]. Todavia, a norma é clara ao determinar o pagamento de indenização por conta do excesso decorrente da referida ampliação.

Destarte, o que se pretende é evitar que a necessidade de ampliação da servidão, exigida por um aumento da produção, "esbarre com a recusa injustificada do proprietário do prédio serviente, possivelmente escorado no espírito de emulação ou em uma razão de menor interesse social" [93].

10. Remoção da servidão

O proprietário do prédio serviente pode remover o encargo de um local para outro, desde que o faça à sua custa e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante. Inovando na temática, o Código Civil de 2002 prevê que ao dono do prédio dominante também é possível a remoção da servidão à sua custa, desde que haja considerável incremento da utilidade e a nova localização não prejudicar o prédio serviente (art. 1.384 do CC)[94].

A solução baseia-se na ideia de natureza econômica, de permitir uma maior utilização do imóvel, evitando que se torne inaproveitável ou tenha sua utilidade diminuída. A disposição pode ser melhor compreendida quando se pensa em uma servidão de passagem de fios elétricos. Ora, nada "impede que o dono do prédio serviente altere o trajeto dos postes de sustentação, sem que isso prejudique o benefício experimentado pelo dominante"[95].

Para a remoção da servidão, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser igualmente necessário obter-se a anuência do principal interessado, isto é, o dono do prédio

89 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.
90 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 517.
91 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 682.
92 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 88.
93 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 291.
94 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 5, p. 477.
95 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 82.

dominante[96]. Tal consentimento, porém, pode ser suprido judicialmente, caso a negativa seja fruto de mero capricho e em nada prejudicar. Por outro lado, a faculdade de remoção também não deve ser exercida simplesmente por capricho.

11. Extinção da servidão

A servidão é constituída pela sua inscrição no cartório de registro de imóveis e vai ser extinta, ordinariamente, pelo cancelamento de tal registro[97]. O cancelamento pode decorrer de declaração de vontade das partes, de declaração unilateral, de decisão judicial ou de desapropriação. Assim sendo, uma vez que a servidão se constitui pelo registro, sua extinção somente vai ocorrer após a averbação do cancelamento[98], salvo nas desapropriações (art. 1.387 do CC).

Estando o prédio dominante hipotecado e constando da escritura a existência de servidão, será também preciso para o cancelamento o consentimento do credor hipotecário (art. 1.387, parágrafo único, do CC)[99].

A celebração de negócio jurídico entre os titulares dos prédios dominante e serviente, chamado na legislação de resgate (art. 1.388, III, do CC), certamente importará na extinção da servidão, uma vez que as partes estão de acordo sobre a pertinência de tal extinção. Para a liberação do ônus, o titular do prédio serviente se compromete a pagar determinada quantia ao proprietário do prédio dominante[100]. A extinção demanda então a anuência do dono do prédio dominante, uma vez que o resgate, em matéria de servidão, não é compulsório[101]. Desse modo, para que haja a extinção, a declaração das partes deve respeitar o disposto no artigo 108 do Código Civil, sendo imprescindível a lavratura de escritura pública se o valor da servidão ultrapassar 30 salários mínimos, bem como deve ser averbada no cartório de registro de imóveis.

O artigo 1.388 do Código Civil ainda concede ao dono do prédio serviente o direito, pelos meios judicias, ao cancelamento do registro da servidão, embora o dono do prédio dominante impugne o ato, quando o titular houver renunciado à servidão, ou seja, o dono do prédio dominante abriu mão do benefício instituído em seu favor, renunciando-o expressamente. O ato de renúncia é unilateral e expresso, mas a doutrina também tem admitido a forma tácita[102], inferida do comportamento do dono do prédio dominante (art. 1.388, I, do CC).

Outrossim, a extinção da servidão ocorrerá quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão (art. 1.388, II, do CC). A servidão inútil não deve existir[103]. Esse seria o caso da abertura de uma estrada pública acessível ao prédio dominante. Apesar da previsão legal, essa regra é criticada. Trata-se de um evidente erro técnico, pois a cessação da utilidade não é uma causa de extinção pertinente às servidões, cuidando-se de disposição voltada para os direitos de vizinhança[104]. Em todo caso, a disposição tem sido aceita na jurisprudência, sobrevindo a extinção da servidão em decorrência da perda da sua razão de existir[105].

96 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1907.
97 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 292.
98 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 285.
99 MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao código civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2, p. 165.
100 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 688.
101 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 519.
102 DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, v. III, p. 98.
103 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. II, p. 14-15.
104 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257.
105 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 293.

Também se extingue a servidão pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa[106]. Nesse caso, opera-se a confusão, pois a existência de pluralidade de prédios pertencentes a proprietários diversos é pressuposto para a existência da servidão (art. 1.389, I, do CC), o que desaparece quando passam a um só domínio (*nemini res sua servit*)[107].

O não uso, durante dez anos contínuos, é outra situação que leva à extinção da servidão. Trata-se de uma das formas mais tradicionais de extinção das servidões, contando com ampla aceitação nos códigos estrangeiros. A doutrina atribui ao prazo o caráter de prescrição extintiva, comportando suspensão e interrupção do seu fluxo. Ademais, para a contagem do prazo considera-se, nas servidões negativas, o exercício pelo serviente daquilo que deveria se abster, enquanto que para as servidões positivas, equivale a deixar de fazer aquilo a que era obrigado[108].

Por fim, existe a extinção da servidão pelo perecimento do objeto ou ainda pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresso.

12. Ações relativas à servidão

O titular da servidão pode defender seu direito por meio de ações possessórias ou petitórias.

A servidão é um direito real suscetível de posse, a qual é chamada por alguns autores, considerando a nomenclatura do direito romano, de quase posse[109]. Todavia, a despeito da existência dessa distinção no âmbito da doutrina, a legislação brasileira não prevê a figura da quase posse, cuidando apenas em posse.

Existindo posse, as ações possessórias protegem a posse das servidões da mesma forma que outros direitos reais. O proprietário do prédio dominante pode fazer uso dos interditos possessórios (reintegração, manutenção ou proibitório). Deve-se notar, entretanto, que a tutela possessória é garantida às servidões aparentes e contínuas, não se admitindo sua utilização se a servidão não for aparente[110]. Em relação à servidão aparente e descontínua, existe discussão acerca da existência de posse, o que tem sido aceito pela jurisprudência no que toca à servidão de trânsito se houver sinais evidentes de sua existência, como a existência de um portão[111].

Todavia, além dos interditos, existem duas ações petitórias para o reconhecimento da existência ou da inexistência da servidão, são elas: a ação confessória e a ação negatória[112].

A ação confessória (*actio confessoria* ou *vindicatio servitutis*) procura alcançar o reconhecimento judicial da existência de uma servidão negada ou contestada[113]. É proposta quando o reconhecimento da servidão for contestado ou resistido pelo proprietário do prédio serviente ou por terceiros. Nessa ação é necessário provar que a servidão está sendo negada ou contestada[114]. Se for procedente, o réu é condenado a cessar a lesão, prestando caução de não reproduzi-la, e a pagar as perdas e danos que houver causado.

106 DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1988, v. III, p. 430.
107 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV, p. 242.
108 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 285-286.
109 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2, p. 396.
110 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2, p. 414.
111 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257.
112 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII, p. 102.
113 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 294.
114 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5, p. 690.

A ação negatória (*actio negatoria*), por seu turno, permite ao dono do prédio serviente obter uma sentença proclamando a inexistência da servidão ou de direito à sua ampliação. Trata-se de ação na qual será pedida uma declaração no sentido de que o direito à servidão não existe[115]. É ajuizada contra aquele que, sem título, pretende ter servidão sobre o imóvel, ou, então, almeja ampliar direitos já existentes. Como se presume o livre exercício do direito de propriedade, o autor está dispensado de demonstrar que sua propriedade é livre, uma vez que esta é a presunção estabelecida pelo Código[116].

115 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 284.

116 WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258.

Referências bibliográficas

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BERGEL, Jean-Louis; BRUSCHI, Marc; CIMAMONTI, Sylvie. *Traité de droit civil:* Les biens. 2. ed. Paris: LGDJ, 2010.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 1956, v. 3.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Servidões prediais *non aedificandi* e *prospectus* — não-uso da servidão e prescrição da ação tutelar — da interrupção do não-uso e da prescrição — ação confessória apresentada sob o *nomen iuris* de possessória. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 207, p. 42-56, jan. 1995.

CHINÈ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Roma: Nel diritto, 2016.

CORNU, Gérard. *Droit civil:* Introduction. Les personnes. Les biens. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1988, v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código civil comentado*: direito das coisas, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador: artigos 1.369 a 1.418. São Paulo: Atlas, v. XIII.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 5.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910, v. II.

LARROUMET, Christian. *Droit civil*. Les biens, droits réels principaux. 5. ed. Paris: Economica, 2006, t. 2.

MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*: les biens. 2. ed. Paris: Sirey, 1980.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Biens. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1994, t. II, v. 2.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MÉMETEAU, Gérard. *Droit des biens*. 11. ed. Bruxelles: Bruylant, 2017.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao código civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

MÜNCH, Joël. Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 – 1029). In: MARTINEK, Michael (Org.). *Juris PraxisKomentar BGB*. Saarbrücken: Juris, 2007, v. 3.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ . *Manual de direito civil*: coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Campinas: Russell, 2003.

REBOUL-MAUPIN, Nadège. *Droit des biens*. Paris: Dalloz, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WENDY, Lilian Nora Gurfinkel de. *Derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, v. II.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.

Revista do TRF3 - Ano XX - n. 140 - Jan./Mar. 2019

O tempo da modernidade e o tempo da reflexão



Roberto Beijato Junior

Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor titular da Escola Paulista de Direito (EPD) Coordenador do curso de Graduação em Direito na EPD. Autor e coautor de diversos artigos e obras nos campos da Filosofia e do Direito. Agraciado com bolsa de estudos para o Doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério da Educação do Brasil. Advogado sócio do escritório Azevedo Gonzaga & Beijato Advogados.

SUMÁRIO: I - Introdução. II - A crise do pensamento moderno. III - A corrupção mercadológica. IV - O tempo. V - Considerações finais. Referencial teórico específico.

I - Introdução

Lembro-me, certa vez, de uma professora da qual fui aluno quando da graduação em Direito afirmar que "não se faziam mais juristas como antigamente". Na época, estava no segundo ano do curso de graduação e, com o passar dos anos, a afirmação da professora não teria como se mostrar mais precisa.

No entanto, indo além do Direito, é possível visualizarmos uma "crise" epistemológica e, por conseguinte, do próprio conhecimento, não apenas no Direito mas, em especial, nas ciências humanas como um todo. A notícia de uma tal crise não é novidade. Heidegger, já em 1923, informara-nos acerca da situação então prevalente e da constante carência de sentido dos exames desenvolvidos a respeito de referida crise.[1] Passados quase cem anos da informação trazida por Heidegger, fato é que tal crise encontra-se longe de ser superada – ou mesmo de ser constatada em virtude do império do comodismo acadêmico – e, a

1 Hoje: o estado da ciência e da universidade tornou-se ainda mais questionável. E o que acontece? Nada. Escrevem-se brochuras sobre a crise das ciências, sobre a tarefa da ciência. Conta-se de uma pessoa para outra, isto é, diz-se como e pelo que se ouve de que as ciências se acabaram. Hoje em dia há, inclusive, uma literatura própria sobre a questão de como deveria ser. Além disso, porém, nada acontece". (HEIDEGGER, Martin. *Ontologia*: hermenêutica da faticidade. Trad. Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 40-41)

bem da verdade, ao longo do tempo se naturalizou, sendo hoje vista como o próprio "modelo dado".

Há, inquestionavelmente, uma superficialidade de sentido na maioria dos debates acadêmicos levados a intento, mormente no campo jurídico, nos quais para se dizer o óbvio, faz-se parecer que se está a dizer algo muito mais profundo do que o mero óbvio, em autênticas atuações teatrais destinadas a um público que acredita na atuação como se correspondesse à realidade. Não é a toa que, em especial no campo do Direito, se dê tanto valor, atualmente, às mais variadas formas de estelionato acadêmico que são simplesmente veiculadas e apreendidas como conhecimento, quando na verdade não passam de uma reprodução técnica medíocre.

O que presenciamos no Direito, neste início de século XXI, mostra-se como uma tendência enfatizada na atualidade em diversos outros campos das relações humanas. Desse modo, o foco do presente artigo será o de demonstrar a incompatibilidade entre o tempo da modernidade e o necessário tempo da reflexão, como um dos fatores que conduzem à crise moderna do conhecimento filosófico. Especialmente, as menções se farão com relação ao estudo do Direito e seu *status* acadêmico, sem olvidar, no entanto, menções de caráter geral.

Os motivos de tal tendência, ou melhor, as hipóteses para tal tendência, são diversas. Ao deparar-me com a contemplação da afirmação sobre a inexistência atual de juristas como os de outrora, penso que o problema crucial não é somente a suposta inexistência – num sentido geral – de juristas como os de antigamente, mas o fato primordial a ser levado em consideração é, ao contrário, o fato de, na modernidade, simplesmente não se pensar como antigamente.

Pretendemos abordar esta questão de forma direta nos próximos itens, expondo pensamentos próprios, uma vez que também na atualidade se mostra uma ênfase gritante ao mero estudo historiográfico da filosofia. Ao contrário, o efetivo exercício da filosofia depende da reflexão e do desenvolvimento próprio, personalíssimo do sujeito que filosofa. Preferimos, assim, abordar diretamente os problemas com os quais nos deparamos do que meramente descrever algo posto. Corremos, por claro, o risco de fazer uma "má" filosofia, mas ainda assim, muito mais útil que a restrição às descrições, uma vez que uma filosofia própria servirá sempre, ao menos, de estímulo ao desenvolvimento de outras reflexões filosóficas próprias.[2]

II - A crise do pensamento moderno

O estudo do Direito, em especial no Brasil, evidencia uma crise epistemológica que não lhe é exclusiva, mas que em si se torna bastante nítida. A Ciência Jurídica se encontra, por certo, entre os fenômenos cruciais para compreensão das relações humanas e sociais. A sua essência ontológica[3] demonstra se tratar de fenômeno bastante amplo, e que vai, por certo, muito além dos estritos âmbitos

2 Neste ponto, é necessária a colocação de Willis Santiago Guerra Filho: "Dentro da concepção que se está tentando esboçar aqui sobre o que seja a filosofia importa distinguir dela uma espécie de 'ciência da filosofia', uma 'metafilosofia', que é uma disciplina que se ocupa de estudar não os problemas filosóficos diretamente, mas antes as soluções que a eles têm sido apresentadas na história da filosofia, ou por um filósofo, ou por uma Escola específica. Isso é o que mais se pratica atualmente sob o pretexto de fazer filosofia, sendo cada vez mais raro encontrar quem se disponha a produzir filosofia 'de primeiro grau', quem tenha a coragem de exercitar sua liberdade de fazer isso. Ora, elaborar uma 'má' filosofia é muito melhor do que nenhuma, pois já representa pelo menos uma provocação a que se faça uma outra, melhor. Entretanto, em vez disso, os 'amantes da sabedoria' preferem contribuir para aumentar o entendimento do modo como determinado filósofo compreende a realidade, o que termina não contribuir muito mais para a nossa própria compreensão da realidade, mas antes para se desviar disso." (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07-08)

3 Sobre a questão da essência ontológica do direito, conferir: BEIJATO JUNIOR, Roberto. *O despertar do sono dogmático positivista a partir do senso comum teórico de Warat*. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 51-97.

normativos usualmente estudados e estimulados nas faculdades de Direito.

O Direito, antes de tudo, inexoravelmente se trata de um instrumento político. Um instrumento do poder para a organização social. Temos um fenômeno bastante fecundo aos estudos filosóficos e que sem estes é reduzido à mera técnica. Não obstante, as faculdades de Direito no Brasil formam o tecnocrata medíocre, apto a tão somente reproduzir os conceitos postos, isto é, o arcabouço dado, tal como um gramofone, porém totalmente inapto a meditar, minimamente, sobre toda a variedade de conceitos do qual é destinatário. Os concursos públicos e exames da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) revelam, de igual modo, uma busca pelo tecnocrata medíocre.

Um tal cenário já revela por si só uma crise epistemológica. Ora, se estamos diante de um fenômeno no qual em sua essência ontológica encontra-se, por certo, uma larga variedade de elementos axiológicos, políticos, econômicos, sociais, etc., a consequência lógica seria a de que sua abordagem epistemológica considerasse tais fatores como parte da essência do objeto abordado. Ao contrário, tudo aquilo que é mais relevante ao Direito – valores, sujeitos, política, etc. – é simplesmente ignorado em detrimento de um estudo técnico acerca dos conceitos jurídico-normativos, isto é, uma instância do conhecimento já dado, em que meramente se reproduz este arcabouço posto.

A técnica nos revela como fazer as coisas. O Direito é um curso extremamente técnico. Nele aprendemos os conceitos veiculados pelas normas jurídicas, aprendemos como redigir uma petição processual, qual o direito material aplicável e a ser veiculado pela instrumentalização processual, a quem dirigir referido pedido, etc., ou seja, aprendemos como operacionalizar o instrumental jurídico nos casos concretos com que nos depararmos na vida prática.

Uma tal faceta técnica do estudo do Direito é cabível à dogmática jurídica. O próprio nome (dogmática) já revela sua estrutura técnica. O termo advém da palavra dogma. Ora, o que são dogmas se não verdades apriorísticas? Isto é, dogmas são verdades inquestionáveis, insertas em determinado campo e que, antes mesmo de qualquer experiência, já se as tem como "verdadeiras", resultando daí seu caráter apriorístico.

O termo "dogma" deriva do grego "δοκεν" (dokein) que designa "doutrinar", "impor". Daí vemos que a própria instância dogmática do Direito é a instância composta pelas verdades apriorísticas do Direito, ou seja, aquilo que não se põe à prova e se assume como verdadeiro, doutrinariamente.

Ao pensarmos, por exemplo, num dogma religioso: questiona-se ou cumpre-se? Simplesmente se cumpre o dogma religioso de forma impositiva, sem referência a questionamentos. O dogma jurídico, por sua vez, que é meramente operacionalizado, sem qualquer referência reflexiva, faz com que o Direito não seja nada além de uma "religião do Estado", onde os destinatários da norma a reproduzirão sem questionar.

O Direito, enquanto fenômeno híbrido que é – vez que em sua essência reside um vasto conjunto axiológico – não pode ser abordado pela via da doutrinação (dokein) exclusivamente, pois, se assim for – e infelizmente, como assim ocorre atualmente –, restará reduzido a uma religião do Estado, o qual camuflará seus intentos políticos sob as aparências da lógica formal.

Na gênese de toda produção jurídico-normativa temos o próprio poder e a política. Por isso acima se estabelecera que o Direito constitui um instrumento da política. Neste ponto, destacamos que a elaboração normativa, a partir de sua gênese política, é nada mais do que uma imposição axiológica. Ora, a norma jurídica possui o valor em sua essência. Ao eleger determinado valor e normatizá-lo, o legislador apenas faz uma escolha dentre outros valores possíveis e os privilegia sob o

atributo da coercibilidade típica do Direito. No entanto, o Direito, ao receber referidos valores, simplesmente os aborda a partir de uma pretensão à "pureza" inconsciente no raciocínio jurídico moderno e que reduz a abordagem do Direito aos estritos campos da lógica formal.

Um tal movimento já era enunciado pelo professor Miguel Reale ao traçar as bases de sua teoria tridimensional do Direito.[4] Consoante o autor em questão, a abordagem completa do fenômeno jurídico se dá pela apreensão do Direito enquanto "fato, valor e norma", sendo que entre eles há uma relação dialética de implicação e polaridade. O fator do poder fica implícito em tal construção. Isto é, a todo fato se relacionam não apenas um, mas um conjunto de valores. Um destes valores é eleito e erigido à categoria de norma jurídica, passando, portanto, a receber os atributos da coercibilidade e da atributividade. Neste momento, fica evidente que é o poder o fator determinante para a eleição do valor que será, ao final, escolhido dentre os demais incidentes sobre a base fática e que, portanto, será normatizado.[5]

O que temos, na essência é que os valores regularmente normatizados não passam, em sua origem, de um senso comum no bojo da sociedade, o que evidencia a importante constatação de Warat ao afirmar que o objeto de estudo da dogmática jurídica não passa de uma doxa politicamente privilegiada.[6] Tal é uma das afirmações fundamentais do autor em questão para que possamos compreender a sua noção de senso comum teórico dos juristas.

A partir do advento do positivismo jurídico e do seu simplismo – que acaba por ser muito sedutor aos acadêmicos mais acomodados, bem como de vasta utilidade ao poder –, vemos que o Direito passa a ser abordado de uma forma medíocre, restrita às formas da lógica formal e nas quais simplesmente se ignora e se ocultam os reais fatores determinantes para a decisão jurídica.

Um dos caracteres básicos de qualquer ciência é, justamente, a transparência quanto a todas as variáveis sobre o resultado. O positivismo, ao fechar os olhos à vastidão da essência híbrida do Direito, tão somente acaba por, através das formas, mascarar a real essência dos motivos determinantes por trás da decisão jurídica. Em que pese, portanto, que o positivismo jurídico – em especial pelo modelo da teoria pura do direito de Kelsen – pretenda traçar limites objetivos de cientificidade para o campo do Direito, o que produz, em última instância, é um modelo anticientífico de abordagem do fenômeno jurídico.

Tal fato, entretanto, não é o problema a ser enunciado neste momento. Quando da elaboração da teoria pura do Direito – que teve sua primeira edição lançada em 1932, não obstante as bases fundamentais da mesma já estivessem descritas desde 1911, por ocasião da tese de livre docência de Kelsen, intitulada *Hauptprobleme der Staatrechtslehre* –, havia um cenário bastante propício ao desenvolvimento de uma teoria que se pretendesse pura para o Direito. Os motivos determinantes de tal cenário passam pelo não reconhecimento, até então, de um campo reservadamente cien-

4 Deve-se ter em mente, neste ponto, que a novidade da tese de Reale não é a existência de três dimensões para abordagem do fenômeno jurídico, isto é, uma dimensão fática, uma dimensão axiológica e uma dimensão normativa. Tal divisão já existia em seu tempo e era bastante apregoada por autores alemães, como por exemplo Gustav Radbruch, em sua Rechtsphilosophie. A distinção, e propriamente a novidade na tese de Reale se dá na relação existente entre cada uma destas dimensões do fenômeno jurídico. Enquanto Radbruch afirmava que a análise de cada uma destas instâncias se daria de forma separada, Reale dirá que há uma constante relação dialética de implicação e polaridade entre cada uma das dimensões, sendo que ao final de cada relação dialética se completará o que o autor chama de nomogênese jurídica. Tal é a novidade da tese tridimensional de Reale.

5 Conferir: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 479-585.

6 Conferir: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. Do mesmo autor, conferir também a obra: *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Rio Grande do Sul: Síntese, 1979.

tífico para o Direito, de modo que o Direito era encartado como capítulo das ciências sociais.

Tal cenário, aliado ao modelo predominante de ciência até então – que era o modelo descritivo e empírico das ciências naturais –, fez com que existisse um contexto bastante propício ao desenvolvimento de uma metodologia de pretensão purista para o campo do Direito. [7]

É possível concluir, pelo cenário existente à época – em que o Direito se encontrava num limiar entre a ciência e a metafísica –, que caso Kelsen não houvesse desenvolvido uma teoria pura do Direito, outro autor conceberia algo em sentido similar. A doutrina de Kelsen teve sua valia e sua justificativa ao tempo de sua edição e desenvolvimento. Contudo, o que causa espanto é que, passados quase 100 anos do incremento das ideias básicas que nortearam a primeira edição da teoria pura do Direito, o estudo acadêmico ainda esteja preso sob suas amarras e, pior, de forma inconsciente.

É neste ponto que podemos visualizar no Direito, o reflexo de uma modernidade fundada nos pensamentos superficiais e imediatistas, os quais se restringem ao simplismo medíocre em virtude da sensação de conforto propiciada pela ilusão de controle dos resultados.

O tempo em que vivemos é o tempo da velocidade, o tempo dos imediatismos e da frustração. Os homens de nosso tempo são os homens que vivem pela aparência e, sua essência corresponde a uma não essência, a um vazio.

Os períodos reflexivos são cada vez mais escassos, sendo que as pessoas, no geral, fogem do contato consigo mesmas. Há sempre um fator de desvio sobre as instâncias cognitivas reflexivas, sempre algo que desvia o sujeito de seu vazio fundamental.

Não é a toa que o século XXI venha se amoldando ao mundo distópico antevisto por Huxley já em 1932.[8] Vemos o aprofundamento deste admirável mundo novo, onde a aparência é encarada como essência e, esta, por sua vez, é sufocada pelo tecnicismo e a dependência humana sobre a aparente segurança gerada pelo mesmo.

A literatura distópica, através de obras como *1984* de George Orwell, *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, e *Fahrenheit 451* de Ray Bradbury, demonstra como a sociedade do século XXI é, por si só, distópica. Diversos caracteres destas obras, escritas, em sua maioria na primeira metade do século XX (a

7 Neste ponto cabe apenas destacar que usualmente se aponta a vinculação de Kelsen ao modelo do positivismo lógico do Círculo de Viena, como um dos fatores determinantes para o desenvolvimento de sua teoria pura. Tal apontamento, no entanto, é equivocado. Havia como ponto de contato entre o modelo epistemológico adotado por Kelsen e aquele do Círculo de Viena o repúdio de ambos ao conhecimento de índole metafísica. Contudo, o próprio Kelsen fazia questão de ressaltar sua não adesão ao método do positivismo lógico. No mais, ao se abordar a norma fundamental kelseniana na teoria pura, se identifica, claramente, sua natureza transcendental, de modo que a qualificamos como um pressuposto lógico transcendental de matriz kantiana. Um tal desenvolvimento seria inadmissível aos olhos do positivismo lógico do Círculo de Viena, que reservava o conhecimento transcendental e não empírico somente aos objetos ideais típicos da lógica e da matemática. Por fim, vejamos trecho de carta escrita pelo próprio Kelsen, na qual esclarece sua relação com o Círculo de Viena: "Em resposta à sua carta de 31 de março, gostaria de informá-lo que eu não pertencia ao assim chamado 'Círculo de Viena', no sentido mais rigoroso da expressão. Eu mantive contatos pessoais com o Círculo, através de minhas relações com o Prof. Schlick, com o Dr. Otto Neurath, com o Prof. Phillip Frank e com o Prof. Victor Kraft. O que me ligou à filosofia desse Círculo – sem ter sido influenciado por ele – foi sua investida antimetafísica. Desde o começo eu rejeitei a filosofia moral desse Círculo – como formulada por Schlick em 'Questões de ética'. Entretanto, os trabalhos de Phillip Frank e Hans Reichenbach sobre causalidade influenciaram minha opinião sobre esse assunto. O periódico 'Erkenntnis' publicou meu ensaio 'Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip' em seu 8º volume e um ensaio intitulado 'Causalidade e Retribuição' em seu 9º volume." Trecho da carta extraído de: BAPTISTA, Fernando Pavan. *O tratactus e a teoria pura do direito*: uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004, p. 34-35.

8 Trata-se aqui de menção a obra "Admirável mundo novo", uma das principais do autor Aldous Huxley e que descreve o cenário de uma Londres distópica que em muito reflete a sociedade atual e suas tendências.

exceção de *Fahrenheit 451* que fora publicado pela primeira vez em 1953), evidenciam que seus autores, mais do que uma obra literária, captavam, na verdade, tendências que vieram a se confirmar na atualidade e, outras que caminham para sua confirmação em breve.

O momento que vivemos é o da doutrina da felicidade – sendo esta confundida com o constante estado de euforia – em que o sujeito faz de tudo para não ingressar em estágios de contemplação e reflexão, cingindo-se a alternar diversos métodos de desvio do vazio fundamental. O tempo da solidão reflexiva é abominado quase como que uma doença em nossos tempos.

Ao refletirmos sobre a literatura distópica mencionada, basta vermos, por exemplo, em *Fahrenheit 451*, um dos meios utilizados pelo Poder local para fazer com que nenhuma pessoa refletisse, impedindo o desenvolvimento do pensamento crítico humano. Tal meio era simplesmente a onipresença da televisão. Isto é, em cada ambiente que as pessoas entrassem havia sempre televisores bombardeando as pessoas de informações e, desviando-as de si mesmas, ou seja, desviando-as da apreensão do vazio propulsor da reflexão.

A obra em questão fora escrita em 1953, mas torna-se indubitável sua concretização em nossos tempos a partir dos *smartphones* que se tornaram uma extensão do corpo das pessoas. Não importa onde a pessoa esteja, ela está sempre conectada aos outros, sempre com constantes desvios, sempre sendo bombardeada por informações. Nunca está sozinho este homem do século XXI, este homem que abomina a solidão e a si mesmo.

O advento dos *smartphones* nada mais é do que a onipresença da televisão antevista em 1953 por Bradbury. As redes sociais, por sua vez, nada mais são do que ambientes nos quais os sujeitos podem viver o mundo virtual das aparências, já que a essência da modernidade é, justamente, a negação da própria



essência. Assim, nas redes sociais se possui a imagem que se queira que os demais vejam, se fala sobre o que se quiser falar, mas raramente se lê o que os outros têm a dizer, uma vez que o objetivo precípuo das redes sociais, em sua primariedade, é justamente, servir como elemento de desvio do vazio humano e de impedimento à instância reflexiva.

Vivemos uma refutação a qualquer esforço cognitivo. O próprio pensamento, por si só, mostra-se como algo por demais desconfortável para a larga maioria das pessoas na atualidade – e nisso inclui, por óbvio e, mais grave, o meio acadêmico – de modo que os pensamentos acríticos e meramente reprodutivos imperam. A instância crítica do pensar é o elemento que pode produzir alterações, seja no próprio sujeito, seja no próprio meio social. É evidente que a contemplação gerará desconfortos. Toda mudança gera desconfortos, uma vez que o sujeito sai do local conhecido e caminha para um local ainda "a ser".

A doutrina da constante felicidade da atualidade criou um ser humano fraco, medíocre e estúpido, que evita qualquer perturbação à sua constante euforia e às aparências virtuais que se tornaram mais reais que a própria realidade. Desse modo, vemos que o próprio pensar tornou-se uma atividade evitada pela contemporaneidade.

Não é a toa que os desvios do vazio se mostrem tão enfáticos em nossa época. Seja através de *smartphones*, de mecanismos virtuais de absorção psicológica, ou até mesmo por meios químicos. O consumo de álcool, bem como de drogas – lícitas e ilícitas – encontra-se em constante ascensão. São como remédios que conforme são consumidos ao longo do tempo tornam o sujeito resistente e, fazem com que cada vez seja necessária uma dose maior para produzir o mesmo efeito.

O que importa para a atualidade é a constante euforia, ainda que se viva à base de uma felicidade artificial, que em última instância elimina os impulsos da existência necessários ao aprimoramento do próprio homem.[9]

Outro fator também presente nas obras distópicas – neste caso nas três obras mencionadas – e que se amolda perfeitamente à atualidade é a refutação a qualquer tipo de atividade solitária, a qualquer momento de solidão, que permitiria o desenvolvimento do momento reflexivo. Em tais obras o poder organiza uma série de atividades coletivas que os sujeitos participam ativamente, não lhes restando qualquer tempo de solidão.

A solidão constitui um dos elementos imprescindíveis ao pensamento reflexivo. É na solidão que o sujeito encontra-se consigo mesmo e consegue desenvolver a contemplação filosófica, produzindo pensamentos críticos sobre as questões do mundo da vida. A solidão torna o sujeito mais forte, não dependente, confortável consigo.

No entanto, atualmente, todo tipo de angústia, de desconforto, é visto como algo não desejado e, a partir de um modelo que prega a constante felicidade, como algo patológico. Contudo, se esquece que é a partir da agitação das águas que o mar pode se tornar mais calmo e que aquele que não possui cicatrizes da vida é porque não viveu efetivamente, mas apenas sobreviveu. Temos uma legião de artificialmente felizes, cujos desvios do vazio fundamental servem tão somente para abafar o doentio modelo de vida apregoado pela sociedade moderna, na qual o sujeito carece de qualquer individualidade, conduzindo toda sua vida e sua existência a fins mercadológicos imediatos.

Daí porque possamos afirmar que o sujeito de nosso tempo é um sujeito absurdamente estúpido e fraco. Não por outro motivo é um sujeito bastante propenso ao consumismo e, portanto, bastante interessante ao modelo capitalista de produção. Ora, o próprio consumo nada mais é que mais um dos desvios do vazio fundamental, ao qual a publicidade liga a ideia de felicidade. Vende-se a ideia de que o consumo pode lhe trazer a felicidade, de modo que o sujeito destina toda sua existência e toda sua energia para a aquisição de bens, isto é, para algo apolítico.

A produção moderna de um sujeito débil já era antevista por Nieztsche desde o século XIX, e é bastante útil ao poder e aos detentores dos meios econômicos de produção massificada, vez que um sujeito medíocre e infeliz é um consumidor muito mais ávido do que o sujeito satisfeito.

A vontade de potência, aquele motor ativo da vida do homem espiritualmente nobre, esta vontade de conquistar, de exercer posturas ativas foi reduzida ao ativismo pelo dinheiro e nada além disso. Ativismo este que, em última instância, é revertido ao consumo constante. Evidencia-se aqui o niilismo incompleto preceituado por Nieztsche e seu aprofundamento na modernidade. Aquilo

9 Tal constatação é feita pelo psiquiatra norte-americano Ronald Dworkin (trata-se apenas de um homônimo do autor norte-americano de direito constitucional e "filosofia" do direito, cuja doutrina se tornou um constante modismo na era do falacioso "pós-positivismo" no Brasil) na seguinte obra: DWORKIN, Ronald W. *Felicidade artificial*: o lado negro da nova classe feliz. Trad. Paulo Anthero S. Barbosa. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. A ideia fundamental da obra é, justamente, analisar a questão da infelicidade humana a partir do crescente consumo de antidepressivos nos Estados Unidos da América desde a década de 1960, bem como analisar a forma como os conflitos existenciais que servem de aprimoramento do homem são simplesmente suprimidos pela química, mantendo o sujeito fraco e dependente.

que outrora se fazia em prol das divindades, passa a se fazer pelo Estado e pelo capital. Há apenas uma transposição de Deus para o Estado, um niilismo parcial e que reforça a transvaloração moral na qual o modelo estimulado, reproduzido e naturalizado é a moral de rebanho.

Os anseios da vontade de potência ativa – para diferir do que Nieztsche denomina de vontade de potência passiva, típica da moral de rebanho[10] – demandam a solidão para o pensamento, demandam, também, constante postura ativa naquilo que sua contemplação revela que deva ser buscado. Demanda, portanto, o "desconforto" do pensamento, a lapidação que gera o aprimoramento.

Ao contrário, para o nosso tempo, "bom" é o homem fraco das aparências, a ovelha de rebanho. O homem que expende toda sua energia com o trabalho em prol da aquisição e acumulação de cada vez mais bens. O homem que não vive, mas sobrevive, conformado a tudo aquilo que já é dado e naturalizado. Vivemos o tempo do não pensar.

Retomando a menção às sociedades distópicas – que muito se aproximam da nossa própria –, é de se relembrar que por trás do aparato de poder organizado em tais sociedades havia, por óbvio, um Direito. O Direito de tais sociedades distópicas seria um Direito que permitiria o desenvolvimento de estudos críticos ou, ao contrário, seria um Direito dogmatista – também como o nosso?

Por evidente que o não pensamento afasta o raciocínio crítico, de tal sorte que o direito resta dogmatizado, mecanizado, trabalhando através de fórmulas simplistas que dispensam o raciocínio crítico, reduzindo-o a uma instância de reprodução do "dado". Ora, e não é exatamente isso o que vivemos na atualidade e, exatamente isso que as faculdades de Direito propiciam no Brasil?

Basta analisarmos: quantos semestres da graduação em Direito têm em sua grade a matéria de Direito Civil? Praticamente todos. Em quantos semestres, por outro lado, se estuda Filosofia? Em regra, na maioria das faculdades, um único semestre, quando muito chegando esse período a dois semestres. Isso para não mencionar as faculdades em que o ensino se tornou tão esdrúxulo e mecanizado que as matérias propedêuticas e a filosofia são ministradas à distância. Justamente as únicas disciplinas totalmente inconciliáveis com o método à distância, justamente as únicas que demandam a intervenção crítica, a dialética, são renegadas à virtualização medíocre. Mas é claro, tais matérias não são cobradas largamente no exame da OAB, nem nos concursos públicos, onde a valorização se debruça sobre a reprodução de conhecimentos e não sobre a produção reflexiva.

O Direito estudado é extremamente simples: uma vastidão de conceitos prontos que são apreendidos e, após, reproduzidos. Um teatro no qual se faz parecer que se fala algo além do mero óbvio, para fins retóricos e para enaltecer a vaidade de quem é suficientemente medíocre para acreditar na encenação teatral. Não é a toa possa-se afirmar que "há verdades que não penetram em nenhum lugar melhor do que nas cabeças medíocres, porque são feitas na justa medida; há verdades que não têm atrativo e encanto senão para as inteligências medíocres".[11]

Um tal modelo serve de forma bastante útil à violência simbólica que predomina na atualidade e que por seu próprio caráter simbólico passa de modo despercebido, naturalizada. É um modelo útil tão somente ao poder. Por meio de tal modelo mascara-se todo o arcabouço ideológico por trás da produção normativa, apreendendo-o de modo puramente lógico.

Neste ponto, cabe relembrar que a ló-

10 Conferir: NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral*: uma polêmica. Trad. Paulo Cesar de Sousa. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, em especial os §§ 2, 7 e 8.

11 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do futuro. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2012, p. 177.

gica é um conhecimento que tem por características a atemporalidade e a acriticidade. Desse modo, a redução do Direito à lógica, não obstante forneça a ilusão de controle dos resultados, simplesmente mascara toda a vastidão que se encontra na essência do fenômeno jurídico. Por ser um conhecimento acrítico, resta bastante útil ao poder, que consegue facilmente veicular a mensagem de que as proposições normativas não constituem atos de vontade do detentor da autoridade no caso em questão, mas atos de conhecimento, donde não haveria outra possibilidade, por meio do que gera um forte efeito de conformação social, anestesiando os sujeitos destinatários da proposição em questão.

O Direito excessivamente medíocre que é valorizado hoje não é uma exclusividade sua, mas sim uma repercussão que sofre em virtude da crise do próprio pensamento moderno, isto é, do próprio não pensar moderno, que se tornou uma característica do homem do século XXI.

III - A corrupção mercadológica

Outro fator de propulsão ao cenário em que vivemos e que se aproveita do sujeito carente e medíocre da atualidade é o próprio mercado, por certo.

Como dissemos anteriormente, a modernidade e sua doutrina da felicidade produziu um homem fraco, infeliz e dependente dos mecanismos simplistas de desvio do vazio fundamental. O próprio pensamento é indesejado e encarado como um fator de desconforto, que elimina o estado anestésico de euforia constante propiciado pelos incessantes desvios do vazio imanente.

A atuação mercadológica sobre um indivíduo de tal espécie se torna muito mais profícua e lucrativa, vez que tal é o sujeito mais dependente do consumismo. Deve-se consumir quaisquer espécies de banalidades apenas pelo efeito imediatista de produção de euforia que tal aquisição proporciona.

O mercado incute mais facilmente no sujeito medíocre a crença de que ele necessita de algo – que na verdade não necessita – para adquirir (e também consumir) a felicidade. Para a ovelha de rebanho do século XXI, os produtos que podem fornecer tal estado anestésico devem proporcionar, por sua vez, o efeito imediato e desprovido de qualquer esforço cognitivo, vez que pensar, por si só, já é um esforço muito além do que as fracas ovelhas podem suportar.

Assim, vê-se, a partir da fabricação de um homem fraco, a criação nele de desejos igualmente medíocres, uma vez que o homem fraco não deseja aquilo que é nobre, que demanda o esforço ativo e cognitivo, mas sim aquilo que penetra em sua mente sem qualquer referência de cognoscibilidade.

Com base nisso, o mercado passa a produzir um leque de produtos destinados à ovelha de rebanho, ou seja, todo um arcabouço de produtos que podem ser imediatamente assimilados pelos cérebros das ovelhas, produzir-lhes uma curta euforia e, em breve, gerar-lhes a nova necessidade de consumir algo absolutamente prescindível. A partir de tal movimento, nota-se que a ovelha de rebanho – dependente dos fatores de desvio – já não mais possui sequer a capacidade para distinguir aquilo que é meramente medíocre e lhe é destinado a servir como desvio, e aquilo que necessita de um aprofundamento reflexivo. Tal fato se dá porque a própria constatação demandaria uma instância reflexiva que raramente se exerce na atualidade.

Desse modo, a produção de banalidades passa a tomar conta de todas as instâncias das relações humanas. Tal como o mercado fornece desvios imediatistas para os consumidores da felicidade artificial produzida pelo desvio, a lógica de mercado passa a adentrar todos os tipos de relações humanas, a saber, por exemplo: as relações de amizade e familiares, as relações – pretensamente – acadêmicas mantidas nas universidades e, pior, o

próprio papel das universidades neste mundo de ovelhas.

Tem-se, assim, um movimento de aplicação da lógica de mercado a todas as instâncias das relações humanas. Aquilo que não propicia um rápido e imediatista desvio do vazio imanente é rapidamente descartado e negligenciado, vez que sua compreensão é por demais desconfortável para o homem do século XXI.

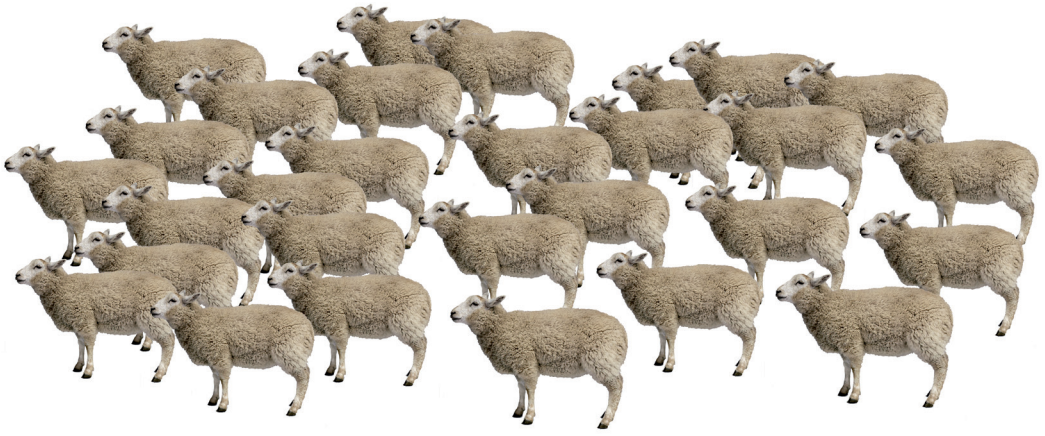
Consequentemente, a lógica de mercado não apenas fabrica desejos desnecessários – porém lucrativos – no homem fraco, como passa a corromper todas as instâncias para que se tornem "atrativas" a esse mesmo modelo de homem/ovelha.

É por isso que não apenas típicos produtos, mas o mercado corrompe também as artes, a música, e, por óbvio, a própria universidade.

Para constatar este cenário basta pensarmos, na atualidade, por exemplo, na espécie de música que se difunde. A música, como espécie de arte, busca a representação do belo. Este, na música, corresponde à harmonia entre as notas que compõem as frases musicais. Qual é, no entanto, o tipo de "música" que é propagado na atualidade? Digo não apenas, por óbvio, no cenário brasileiro, mas em especial na cultura de massa americanizada. Trata-se de músicas artificiais, sem alma, sem espírito, com letras que não remetem o ouvinte a qualquer instância cognitiva. As letras, por óbvio, precisam ser compreendidas sem o recurso do pensamento e, assim, são compostas por chavões que penetram a memória das ovelhas, são reproduzidas efusivamente por alguns meses e logo depois são deletadas das rádios e das memórias de todos, que passarão a ser ocupadas por um novo chavão estúpido.

A música difundida largamente no século XXI não se trata sequer de arte – pois longe se encontra de representar qualquer instância estética –, tratando-se só de um conglomerado de sons acompanhado de um letra carente de significado, mas que é facilmente vendível para as ovelhas.

É evidente que, na atualidade, se produz, também, música de qualidade. O ponto que buscamos evidenciar aqui, no entanto, é o espaço ocupado pela verdadeira música, que é absolutamente ignorada pela grande massa composta por homens ovelha, sendo reservada à obscuridade para um pequeno grupo de pessoas que ainda sente o desconforto de constatar o vácuo no qual estamos inseridos.



O que se evidencia, neste ponto, é apenas o fato de que a verdadeira música não encontra espaço num mercado destinado ao consumo das ovelhas. Isto porque a própria música – e as demais artes – sofreu pela corrupção mercadológica que se aponta neste item. Assim, em vez de a música ser direcionada à representação do belo, esta é desenvolvida para ser um simples conglomerado de sons facilmente vendível e, por óbvio, para que assim o seja, sem gerar qualquer esforço cognitivo.

A mesma corrupção mercadológica é vista no campo do conhecimento. Basta vermos o papel atual da maioria das universidades brasileiras. Neste ponto, vamos focar

os exemplos sobre a corrupção mercadológica no ensino e na produção do "conhecimento" jurídico, no qual, de fato, a questão se mostra extremamente visível.

A situação dos cursos de Direito no Brasil é alarmante. Currículos medíocres, excessivamente tecnocratas, nada além de um preparatório para o exame da OAB. O que importa para a larga maioria das universidades não é, nem de longe, a produção de conhecimento qualificado, ou mesmo a incitação à atividade de pensar, que por certo compõe – ou deveria compor – a base de qualquer ambiente voltado ao conhecimento.

Ao contrário, vemos que as faculdades de Direito no Brasil se tornaram apenas empresas. Como tais, se destinam tão somente ao lucro e mais nada. Buscam a "bonita" aparência de declararem que "x" % de seus alunos foram aprovados no último exame da OAB, ou que segundo o ranking "y" é a melhor universidade de referida localidade, etc., todo o mesmo "blá blá blá" publicitário de sempre, para atingir seu potencial mercado consumidor.

Impera o mais autêntico estelionato acadêmico. Vendem-se cursos de Direito em que a grande maioria dos docentes finge que ensina alguma coisa e os discentes, por sua vez, fingem que aprendem. Trata-se apenas de um grande teatro, no qual, infelizmente, há aqueles que acreditam na encenação e, posteriormente, se decepcionam.

Qual é o papel de uma Universidade?[12] Por certo a resposta não pode ser outra senão o de possibilitar um ambiente adequado e propício ao desenvolvimento do saber e conhecimento humanos. A universidade deve buscar o aprimoramento do pensamento humano com vistas, por conseguinte, ao aprimoramento da própria sociedade. Trata-se de um papel de extrema relevância, que, por sua vez, demanda – ou deveria demandar – idêntica responsabilidade por parte de tais instituições e por parte do próprio governo em sua função de supervisão sobre tais entidades.

Não é, por óbvio, o que se verifica no Brasil. As universidades sofrem descaradamente com a ora noticiada corrupção mercadológica. Por conseguinte, o papel social que deveriam exercer acaba, por vezes, se tornando um autêntico desserviço social. Analisemos um pouco referida corrupção no âmago do ensino jurídico, e que nos últimos anos vem se evidenciando e acentuando cada vez mais.

Apenas para já saltar aos olhos de início referida corrupção, cabe destacarmos que, atualmente, o Brasil, sozinho, possui mais faculdades de Direito que o resto do mundo inteiro! Enquanto o mundo inteiro possui cerca de 1.100 cursos superiores de Direito, somente o Brasil, isoladamente, atingiu em 2015 a marca de 1.308 cursos superiores de Direito em funcionamento.[13]

No ano de 1995, o Brasil contava com apenas 165 faculdades de Direito. Em 2001, esse número passou para 505 cursos. Em 2014, atingimos a marca de 1.284 cursos e, em 2015, chega-se ao número de 1.308 cursos funcionando regularmente no Brasil.[14]

Ora, se somarmos o número de faculdades de Direito existentes em todo o globo, chegaremos a um número próximo a 1.100 faculdades. O Brasil, isoladamente, consegue ultrapassar o absurdo número de 1.300 cursos. Os números são gritantes e dispensam largas digressões acerca da evidente corrupção de mercado sobre o ensino jurídico.

Num cenário absurdo como este, torna-se evidente que a gigantesca maioria das universidades existentes no Brasil nem de longe

12 Sobre o tema, conferir: POLIDORI, Marlis Morosini. O papel da universidade no contexto contemporâneo: os desafios da avaliação. *Revista Educação*, da Universidade Federal de Santa Maria, v. 28, n. 1, jan./jun. 2003, p. 33-47.

13 Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises/>. Acesso em: 06 mar. 2019.

14 Disponível em: <https://blogexamedeordem.com.br/chegamos-la-brasil-atinge-a-incrivel-marca-de-1-306-faculdades-de-direito/>. Acesso em: 06 mar. 2019.

possui algum compromisso com a formação do pensamento. O único compromisso de tais instituições é com o almejado – e bastante gordo – lucro.

A qualidade do ensino supera o esdrúxulo. Temos uma legião de tecnocratas que, após se formarem à base da tecnocracia, irão ensinar outra crescente legião de futuros tecnocratas as bases da "reprodução" do conhecimento.

Torna-se evidente que num cenário como o existente não há, pela maioria das universidades, compromisso com o próprio papel que deviam exercer. Torna-se curioso, ademais, até mesmo como a mecanização do ensino vem dilapidando a maior base de qualquer ambiente propício ao ensino, qual seja: a autonomia do docente. Claro que o mercado não elimina a autonomia docente de forma expressa. A lógica da modernidade trabalha com a violência simbólica. Assim, inserem-se "conteúdos programáticos" medíocres aliados a "avaliações integradas" para toda a instituição. Isto é, trata-se de uma forma simbólica de dirigir o ensino a partir de currículos programáticos tecnocratas e direcionados à mecanização do saber com o fim único de servir de parâmetro para os exames da OAB, concursos, etc.

Não é a toa que as faculdades de Direito atuais focam apenas numa instância reprodutiva e dogmática do saber e descartam, a todo instante, as disciplinas de cunho crítico e efetivamente necessárias à evolução social através da reflexão sobre o estado de coisas posto. Para enxergarmos referida situação, basta relembrarmos quantos semestres são lecionados de Direito Civil nos cursos de Direito e quantos são destinados ao estudo da Filosofia, Sociologia e demais matérias tidas como propedêuticas, mas que na verdade são essenciais.

O saber dogmático do Direito é essencialmente técnico e reprodutivo. Isto é, trata-se de uma larga gama de verdades apriorísticas – dogmas, portanto – que são apreendidas pelos sujeitos e, a partir daí, meramente reproduzidas. Trata-se, portanto, de uma instância meramente técnica. Sem a instância reflexiva, ou seja, sem a instância zetética, os dogmas serão reproduzidos de forma acrítica e bastante simplista, o que por óbvio somente será útil ao poder posto e à manutenção do estado de coisas.

A universidade, por excelência, é o ambiente destinado à crítica, à reflexão, à produção das propulsões e dos impulsos para apreensão ontológica do estado de coisas, necessários à mudança e à evolução social. Ao contrário, as universidades atuais, corrompidas pelo mercado, buscam apenas a majoração de seus lucros. Para tanto, norteiam todo seu currículo em consonância com exames tecnocratas que, ao final, caso logrem êxito em aprovar boa parte de seus alunos, terão uma publicidade positiva para atrair mais consumidores ou, quem sabe, um "selo de recomendação" de algum órgão.

Muito admira que o governo permita a proliferação de tantas faculdades, negligenciando a mínima seriedade do ensino. No entanto, as notícias atuais revelam que a política brasileira também longe se encontra de ser norteada por qualquer critério de seriedade, imperando sempre as conveniências e o poder do capital.

Outro ponto é visualizarmos a ênfase dada pelas próprias instituições aos estudos críticos, ainda que extraclasse. Como a vasta maioria é composta por "acadêmicos acomodados" e que se sentem confortáveis sob os estreitos limites da dogmática – que não lhes propicia o desconforto do pensamento –, mesmo os programas de iniciação científica das faculdades raramente contemplam algum projeto de cunho crítico, restringindo-se àqueles de reprodução dogmática, ou seja, restringindo-se à produção de "mais do mesmo". As faculdades de Direito e os próprios "juristas", portanto, têm encarado o fenômeno jurídico na condição de escravos da técnica, ou seja, vislumbram o horizonte jurídico so-

mente a partir da técnica e jamais a partir da instância reflexiva.

Lamentável é a corrupção mercadológica sobre as universidades brasileiras. No entanto, conforme se tem tentado sustentar, trata-se de uma corrupção que atinge a generalidade das relações humanas.

Outro exemplo que pode ser traçado para evidenciar esse ponto é o das próprias publicações jurídicas. As grandes editoras, que são também, por óbvio, empresas, buscam publicações de maior "interesse comercial", ou seja, publicações mais facilmente vendíveis. Diante de todo cenário descrito até então, qual o tipo de publicação, portanto, que é antevisto pelas grandes editoras e, que recebe maior repercussão e difusão? Por óbvio que são as obras de menor profundidade, que podem ser assimiladas com o menor esforço cognitivo possível.

Não é a toa que vemos que obras meramente descritivas como, por exemplo, manuais e cursos, obras para concursos públicos e exames da OAB vendem largamente e são reiteradamente publicadas por referidas empresas. As obras de índole filosófica e reflexiva, por sua vez, são deixadas de lado e publicadas por editoras de menor porte, muitas vezes tendo o próprio autor que financiar a publicação ou parte dela.

Para exemplificar referida situação, pensemos nas revolucionárias – para o pensamento jurídico e filosófico – obras do professor Luis Alberto Warat. Poucos são aqueles que, nas mais de 1300 faculdades de Direito existentes em solo brasileiro sequer ouviram falar do mesmo. Seus estudos ficam reservados àqueles que sentem o incômodo do vazio moderno e buscam algo além. É, portanto, reservada aos acadêmicos não acomodados, àqueles que sentem o incessante pulsar pelo conhecimento. Suas obras, por sua vez, não foram publicadas pelas grandes empresas (editoras) ávidas por lucros e displicentes quanto ao papel que deveriam fomentar, ou seja, o da difusão do conhecimento. Tais obras, por óbvio, não se encontram entre os *best-sellers* do direito, vez que exigiriam um aprofundamento reflexivo muito maior do que as ovelhas encontram-se dispostas a realizar.

Publica-se, por outro lado – agora sim pelas grandes editoras – obras tais como "Resumão OAB", "Como passar no concurso X", "Questões comentadas da banca examinadora Y", "Modelões de acordo com o Novo CPC", etc., em outras palavras, obras que se limitam a reproduzir debilmente a instância do que já é posto e, por certo, venderão milhares de cópias.

O mercado, destinado à criação de um homem débil que, por certo, é mais propenso a ser um ávido consumidor, termina por fazer com que se negligencie justamente aquilo que é personalíssimo em cada um de nós, ou seja, a nossa potência reflexiva e criadora.

Retomando os exemplos dados, pensemos nas tradicionais obras de Direito Civil. Se estudarmos um tema de Direito Civil, por exemplo, o tema de direitos reais pela obra da referenciada Maria Helena Diniz ou do Silvio Venosa, ao final, não atingiremos um resultado bastante próximo? A resposta é positiva. Isto porque os manuais de direito civil, enquanto estudos dogmáticos, destinam-se a reproduzir descrições apreendidas previamente. Abstrai-se em tais construções a figura do autor. Limitando-se à reprodução do posto, o que temos é que a dogmática não constitui um conhecimento individualizado. Ao contrário, trata-se de uma descrição reprodutível por muitos. Faltando ambos os autores mencionados, pode-se buscar um terceiro, um quarto ou um quinto manual de Direito Civil de autores diversos e, ainda assim, o resultado atingido será bastante próximo.

É na Filosofia que se encontrará a individualidade criativa do saber. É na Filosofia que as potencialidades do pensamento humano afloram de forma livre e independente. Ao estudarmos dois filósofos distintos, os resultados jamais serão os mesmos. Isto

porque a Filosofia constitui o conhecimento personalíssimo por excelência. Após o falecimento de um filósofo, é impossível a sua substituição. Ninguém jamais poderá produzir o que este filósofo produziria, encerrando-se sua obra. O filósofo é, essencialmente, insubstituível e, aqui, quando se fala em filósofo, se refere àqueles que produzem a Filosofia própria, de primeiro grau, e não aqueles que se restringem a descrever o pensamento filosófico de outro pensador, de forma historiográfica.

Poucos serão aqueles que desafiarão a ortodoxia moderna e, aqueles que o fizerem não receberão muita repercussão nos meios acadêmicos em geral. Dezenas são aqueles, no entanto, que não fornecem nada além de "mais do mesmo". Temos centenas de autores explicando os conceitos de jurisdição, condições e elementos da ação no Direito Processual; os conceitos de tributo, poder e competência no Direito Tributário; elementos do contrato de trabalho no Direito Trabalhista, etc., que reproduzem a matéria mecanicamente, sendo, portanto, absolutamente substituíveis, tais como uma peça qualquer numa máquina.

Alguns, no entanto, dedicaram suas vidas aos estudos filosóficos e críticos, sendo insubstituíveis. Aquilo que produziram em vida jamais poderá ser reproduzido por ninguém. A fonte de tais pensamentos é a intuição personalíssima do próprio sujeito, daí seu caráter insubstituível. Qualquer um pode reproduzir conceitos dogmáticos em certa uniformidade e, destacar eventuais discussões jurisprudenciais que existam na aplicação de referido conceito. As intuições necessárias à crítica, ao contrário, residem no âmago da subjetividade, sendo insubstituíveis por excelência.

Já dizia Orwell que "qualquer um que desafie a ortodoxia predominante se vê silenciado com uma eficácia surpreendente. Uma opinião genuinamente destoante quase nunca recebe a atenção devida, nem na imprensa popular, nem nos periódicos mais intelectualizados".[15]

Assim, a corrupção mercadológica atua no sentido de estimular a produção do homem de rebanho, que somente reproduz o que lhe é posto de forma acrítica. Aqueles que reproduzem de maneira medíocre são alçados ao brilhantismo e, assim, as ovelhas se espelham neste, acreditando que o verdadeiro conhecimento reside neste mundo de aparências produzido pelo mercado.

O verdadeiro conhecimento, reflexivo por excelência e, por conseguinte, bastante incômodo ao poder encontra-se bem longe dos holofotes do "sucesso", onde imperam as vaidades banais e o estelionato acadêmico.

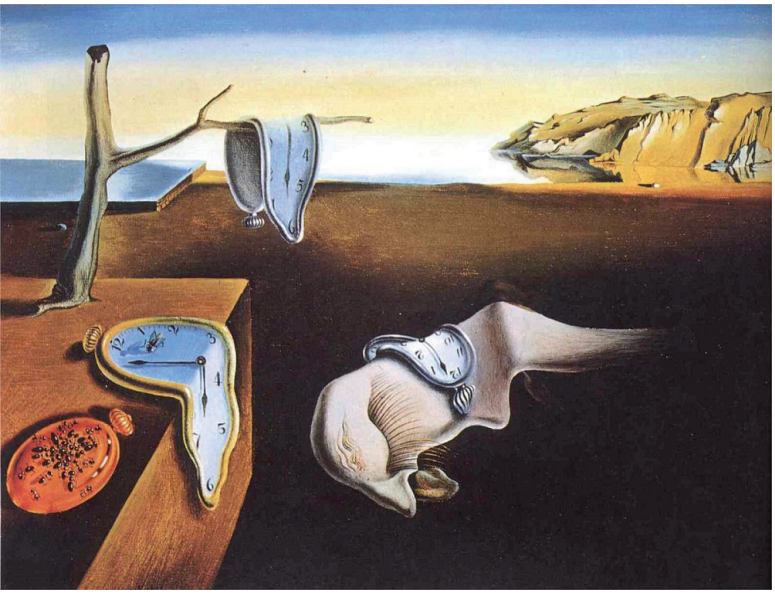
Desse modo, o que se pretende aqui, neste tópico, é justamente evidenciar como o mercado contribui para a produção de um homem débil – que lhe é, por sua vez, muito mais lucrativo – e como tal corrupção atinge a generalidade das relações humanas. O que o Direito e as faculdades de Direito sofrem pelo mercado nada mais é do que o reflexo de uma situação generalizada.

IV - O tempo

O tempo constitui o elemento necessário à construção das ideias e à desconstrução dos entes postos no mundo material. Recorrendo a Kant, o tempo seria colocado, ao lado do espaço, como uma das intuições gnoseológicas puras e de cunho apriorístico.[16]

15 George Orwell no prefácio intitulado "a liberdade de imprensa", escrito para a primeira edição inglesa da obra "A revolução dos bichos", datada de 1945.

16 Veja-se: "temos aqui uma das partes exigidas pela solução do problema geral da filosofia transcendental: como proposições sintéticas 'a priori' são possíveis – isto é, intuições puras 'a priori', espaço e tempo, nos quais, se no juízo 'a priori' quisermos sair do conceito dado, achamos o que pode ser encontrado 'a priori' não no conceito, mas na intuição adequada ao ser atado sinteticamente àquele. Por esta razão, esses juízos nunca chegam além de objetos dos sentidos e apenas podem valer para os objetos de uma experiência possível." (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ícone, 2011, p. 44). Ainda, para a distinção entre juízos analíticos e sintéticos, conferir



"A persistência da memória", Salvador Dalí, 1931

Nosso problema não é o problema posto por Kant, ou seja, o problema da possibilidade da experiência em geral. Nosso problema é de cunho mais "humano", assim poderíamos dizer.

A vida humana pode ser considerada um fenômeno existente no tempo. A nossa finitude existencial é um dado imanente e – felizmente – incontornável. Isso, invariavelmente, significa que àquilo que dedicamos nosso tempo estamos, também, dedicando nossa vida e, portanto, morrendo por aquilo.

O passar do tempo consome nossa existência e, por conseguinte, ao utilizarmos nosso tempo em prol de algo significa que, ainda que parcialmente, estamos morrendo por aquele algo.

Tal afirmação faz-nos refletir acerca dos objetos destinatários do tempo empregado pela larga maioria das pessoas em nosso tempo.

Em tal reflexão vemos que objetos absolutamente imediatistas imperam na modernidade. O tempo é empregado para tudo aquilo que favorece as aparências e se afasta da essência. Não é a toa que em um tempo como o atual as redes sociais façam tanto sucesso e consumam tanto o tempo – e a vida, portanto – das pessoas.

A vida humana, fenômeno existente no tempo e exaurida pelo mesmo, é consumida pelos prazeres do imediatismo cotidiano e pelos desvios produzidos pelo consumo desenfreado, pela busca incessante por padrões sociais que jamais se atingem – mas que reforçam a necessidade do constante consumo – e, como uma droga, tornam o sujeito dependente. Também como uma droga, deixam de fazer efeito, demandando cada vez mais e mais estímulos para que o desvio possa ser produzido e o vazio angustiante da existência possa não ser defrontado.

Certo é que o tempo que compõe a existência humana é consumido com os desvios. Do nascimento à morte do sujeito, o tempo passa de forma anestesiada, como efeito de uma incessante e já naturalizada violência simbólica que domina a atualidade.

---

as páginas 10-11 da mesma obra. Ainda, na mesma obra kantiana, acerca das intuições puras do tempo e espaço: "Queremos provar que as nossas intuições são apenas reproduções de fenômenos, que não percebemos as coisas como são em si mesmas, nem as suas relações são como apresentadas a nós e que, se tirássemos o nosso sujeito ou somente a formação subjetiva dos sentidos em geral, desapareceriam toda a constituição, todas as relações dos objetos no espaço e no tempo, e mesmo espaço e tempo, pois tudo isso, como fenômeno, não pode existir em si, porém apenas em nós.

Permanece-nos totalmente desconhecido o que há com os objetos em si e desligados dessa receptividade da nossa sensibilidade. Somente conhecemos deles o modo que temos de notá-los; modo que nos é especial e não tem de concernir necessariamente a todo ser, mas sim a todo homem.

É com esse modelo de percepção que temos a ver unicamente.

Tempo e espaço são as formas puras dessa percepção e, a sensação em geral, a sua matéria. Podemos conhecer aquelas apenas 'a priori', ou seja, antes da percepção verdadeira e por isso são chamadas intuição pura; a última, contudo, é aquilo que em nosso conhecimento a faz chamar-se conhecimento 'a posteriori', querendo dizer intuição empírica. Aquelas fazem parte da nossa sensibilidade de maneira absolutamente necessária, e seja de que tipo forem nossas sensações, estas podem ser bem variadas.

Mesmo se pudéssemos elevar essa nossa intuição ao grau supremo de clareza, não chegaríamos mais perto da natureza dos objetos em si: pois em todo caso apenas conheceríamos inteiramente nosso modelo de intuição, ou seja, nossa sensibilidade, e esta sempre sob as condições de tempo e espaço originariamente ligados ao sujeito." (p. 37-38)

Assim, a existência humana é renegada ao ponto da irrelevância, onde sofre maçante violência pela supressão dos intentos individuais através da imposição de padrões coletivos que somente à manutenção do poder interessam, vez que produzem um sujeito medíocre e acrítico, um sujeito que reforça os padrões dominantes sem se dar conta de que tais padrões não são seus, mas ao contrário, são fruto de uma imposição há muito naturalizada.

Tais padrões produzem o servo voluntário do modelo posto, ou seja, o sujeito débil o suficiente para não perceber a supressão de toda sua existência em prol de um sistema que em nada lhe beneficia, mas ao contrário apenas o explora e, mediante seu esforço, se mantém o benefício de um reduzido grupo.

Tal sujeito, não se dando conta da violência simbólica que lhe conduz a existência, não apenas deixa de combatê-la, mas passa a desejá-la, uma vez que a violência simbólica, diferente da violência explícita, se propagada e se naturaliza no meio social, tornando-a muito mais lesiva e dotada de uma potência de manutenção muito mais elevada, uma vez que passa despercebida, como se correspondesse à ordem natural das coisas.

Em tempos de violência explícita, as pessoas tinham ao menos a possibilidade da revolta, também manifestada por uma violência explícita e dirigida a um alvo específico. Ainda que numa luta absolutamente desigual, era possível o sujeito empregar um sentido prático para sua existência e para o tempo a que corresponde. Isto é, era possível viver por algo além de sua individualidade, um "bem maior" por assim dizer.

A atualidade, ao contrário, massacra o sujeito pela violência simbólica. Tal é tanto mais lesiva que a violência expressa, uma vez que passa despercebida no seio social, naturalizando-se e, após, passando até mesmo a ser desejada pelas vítimas da mesma. Chega-se ao ponto, portanto, em que a manutenção do poder passa a ser reforçada a partir da própria naturalização da violência, que produz o sujeito que deseja a manutenção daquela forma de mundo da vida. A violência simbólica, portanto, se perpetua e, com o tempo, se agrava.

O sujeito contemporâneo vive uma felicidade artificial, em constantes desvios dos anseios de sua existência. A doutrina da felicidade típica do momento em vivemos e a repulsa por qualquer tipo de desconforto à euforia constante que é confundida por felicidade instiga tal modelo de sujeito.

O desvelamento sobre a essência do nosso agir e dos fenômenos com os quais nos deparamos no mundo da vida reside tão somente na Filosofia. A Filosofia demanda a reflexão, demanda o tempo, demanda esforço cognitivo. Numa era como a atual, uma era de imediatismos, parece não haver lugar para o tempo do pensamento.

Constatamos, assim, claramente, uma dicotomia entre o tempo da modernidade e o tempo da reflexão. O tempo das coisas na modernidade é mais um fator de propulsão à excessiva mecanização do conhecimento e, em especial, do conhecimento que deveria ser de índole humana e, por consequência, que necessita do tempo do amadurecimento das ideias, o tempo próprio da reflexão.[17]

Curioso é ver como o homem do século XXI é um ser morto em própria vida. Retomando o que já falamos sobre a vida ser um fenômeno existente no tempo, fato é que devemos pensar, então, no que vem sendo despendido este tempo. O dia possui 24 horas e esse é um fato imanente. Imaginemos, assim, que vivamos 75 anos. Se dormirmos 8 horas por dia, destes 75 anos teremos passado 25 anos dormindo. Restam 50 anos em estado de vigília. Considerando, no Brasil, a jornada de

17 Não é de hoje, no entanto, que se aponta a dificuldade no tempo para o pensamento. No diálogo platônico de Fédon (ou da imortalidade da alma) vemos uma passagem na qual Sócrates enuncia a dificuldade do tempo para a filosofia em virtude de o corpo dirigir-se sempre aos desejos sensíveis e destes tornar-se dependente. Conferir: PLATÃO, Fédon. *Coleção os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

trabalho de 8 horas diárias, temos que mais um terço da vida é consumida pelo trabalho, que em regra será um trabalho mecanizado e, também, um desvio de qualquer reflexão. Sobram outros 25 anos apenas de vida em que não se está dormindo ou trabalhando. Destes 25 anos descontaremos o tempo gasto em atividades como comer, tomar banho, o tempo perdido no trânsito – que numa cidade como São Paulo atinge a média de 3 horas diárias, ou 30 dias no ano, para a maioria da população. Sobrará, a partir daí, um tempo menor ainda em que possamos estar efetivamente sozinhos em estado de reflexão. O que fazemos, no entanto, com este ínfimo tempo que nos resta em que nos é permitido construir um mínimo de individualidade? Simplesmente desperdiçamos este tempo – e, portanto, este resquício de vida – em banalidades desviantes como os *smartphones*, redes sociais, etc., conduzindo o pouco que restava à insignificância.

Há, assim, para o homem moderno, uma autêntica morte em vida, uma mera sobrevivência caracterizada pela alternância de fatores de desvio e tão somente. A conclusão que se chega é que, na modernidade, o próprio ato de pensar é uma raridade. E, ainda, uma raridade que o próprio mercado desestimula, fazendo com que não existam momentos de solidão contemplativa para o indivíduo.

V - Considerações finais

Buscamos enfatizar neste artigo a dicotomia existente entre o tempo da modernidade atual e o tempo necessário à reflexão e ao desenvolvimento profícuo do pensamento. Iniciamos com uma indagação formulada a partir da proposição que afirmava que "atualmente não existem juristas como antigamente" e, pudemos concluir que, não obstante a afirmação seja verdadeira, apenas retrata a parcialidade de um cenário muito mais generalizado.

A crise do pensamento moderno atinge a totalidade das relações humanas e o que verificamos no Direito se apresenta como um reflexo deste cenário geral.

Não é que não se produzam mais juristas como antigamente. O real problema, como vemos, é o fato de simplesmente não se pensar mais como em outras épocas. Temos um homem fraco e dependente dos desvios do vazio, totalmente, portanto, oposto à atividade de pensar. Não é a toa que o desenvolvimento tecnológico atual, em vez de aprimorar as qualidades intrínsecas do homem, tornou-o, na verdade, absolutamente dependente.

Presenciamos um cenário curioso no qual o homem não consegue dominar a tecnologia, mas ao contrário, é dominado pela mesma. Daí também a valorização dos atributos da própria máquina ao pensamento humano. Homem brilhante para o século XXI é aquele que se limita a reproduções mecânicas e tecnicistas, tal como uma máquina seria capaz de fazer. Por sua vez, a máquina mais avançada da atualidade é aquela que mais incorpora as variáveis do pensamento humano em suas atividades. Esta inversão ressalta bastante o caráter distópico do nosso mundo do século XXI.

Por fim, não esperamos conclusões que caráter absoluto com este artigo. Se, ao final da leitura, o leitor se sentir angustiado para com a realidade vivida, posso considerar-me extremamente satisfeito. Isto porque, como evidencia a filosofia heideggeriana, a angústia é o início de qualquer possibilidade de construção de uma vida autêntica. É na angústia que o sujeito contempla a carência de sentido de tudo aquilo que nos é dado como fatores de norteamento da vida. Após tal constatação, o sujeito sente tal angústia existencial. Após o estágio de negação pela angústia, cabe ao sujeito construir seus próprios valores, além daquilo que lhe é posto. Trata-se de um caminho de ida e retorno pela angústia, por meio do qual o sujeito terá a possibilidade de construir, em termos heideggerianos, uma vida autêntica.

A autenticidade existencial é, por óbvio, freada pelo não pensamento moderno, uma vez que a angústia já é, por si só, um estágio que demanda a reflexão. Por isso é que os desvios dominam a atualidade. Freiam-se justamente os impulsos existenciais geradores da angústia e que outorgariam a possibilidade de uma vida autêntica.

Ao contrário, continuamos produzindo uma legião de produtos de uma ordem mercadológica coletiva – seres inautênticos, portanto – que sequer se dão conta disso. Em virtude de tanto é que o objetivo deste artigo é, tão somente, o de ser um propulsor à angústia. A autenticidade cabe a cada um.

Referencial teórico específico

BAPTISTA, Fernando Pavan. *O tratactus e a teoria pura do direito*: uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

BEIJATO JUNIOR, Roberto. *O despertar do sono dogmático positivista a partir do senso comum teórico de Warat*. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

DWORKIN, Ronald W. *Felicidade artificial*: o lado negro da nova classe feliz. Trad. Paulo Anthero S. Barbosa. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

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

HEIDEGGER, Martin. *Ontologia*: hermenêutica da faticidade. Trad. Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____ . *Ser e tempo*. Trad. Fausto Castilho. Edição Bilíngue. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ícone, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do futuro. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Lafonte, 2012.

_____ . *Genealogia da moral*: uma polêmica. Trad. Paulo Cesar de Sousa. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____ . *Humano, demasiado humano*. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

PLATÃO. Fédon. *Coleção os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

POLIDORI, Marlis Morosini. O papel da universidade no contexto contemporâneo: os desafios da avaliação. *Revista Educação*, da Universidade Federal de Santa Maria, v. 28, n. 1, jan./jun. 2003, p. 33-47.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito* I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____ . *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Rio Grande do Sul: Síntese, 1979.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0904200-30.1986.4.03.6100

Apelante: BANDEIRANTE ENERGIA S/A
Apelado: MANOEL SIMÕES
Interessada: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2019

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. LIMITE DE 6% AO ANO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA MP Nº 1.577/1997. CONSTITUCIONALIDADE. JUROS MORATÓRIOS. PEDIDO DE REDUÇÃO A PATAMAR JÁ FIXADO EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. LIMITES PREVISTOS NO ART. 27, § 1º DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA MODIFICAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

1. No caso dos autos, a parte autora pretende a constituição de servidão administrativa sobre faixa de terra, de propriedade da parte ré, para a passagem de linhas de transmissão de energia elétrica. Não há qualquer insurgência no que toca à procedência do pedido e ao valor indenizatório fixado em sentença, limitando-se o presente recurso a discutir os índices de juros moratórios e compensatórios aplicáveis sobre a indenização e os honorários advocatícios sucumbenciais.

2. Em relação ao índice aplicável a título de juros compensatórios, esta E. Primeira Turma tem decidido que os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal, consoante entendimento consolidado na Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. Precedente desta Turma, julgado sob a técnica prevista no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015.

3. No entanto, recentemente o E. Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332/DF, decidiu pela constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% ao ano, sem modulação de efeitos.

4. Assim, merece reforma a sentença para que os juros compensatórios incidam sobre a indenização à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da data da efetiva ocupação do imóvel (03.11.1981) até 11/06/1997; a partir de 12/06/1997, com a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.577/1997, os juros compensatórios incidirão à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, até o efetivo pagamento.

5. Quanto à taxa dos juros moratórios, verifica-se não haver interesse recursal à apelante, uma vez que foram fixados em sentença em 6% ao ano, portanto dentro do limite previsto no art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941, tal como pleiteia a parte, não sendo possível conhecer do recurso neste ponto.

6. Sentença reformada de ofício para determinar a incidência de juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos do enunciado da Súmula nº 70 do C. Superior Tribunal de Justiça.
7. Inaplicáveis ao caso os limites previstos no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, tal como reduzidos pela Medida Provisória nº 2.027/00 e seguintes, eis que a relação jurídico-processual se estabeleceu em momento anterior à entrada em vigor da regra restritiva.
8. Apelação parcialmente conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer parcialmente e dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Eletropaulo - Eletricidade de São Paulo S/A, sucedida por *BANDEIRANTE ENERGIA S/A*, contra sentença proferida em ação de constituição de servidão administrativa movida por ela em face de *MANOEL SIMÕES*.

Narra a autora em sua inicial que, conforme o Decreto Federal nº 86.521, de 30 de outubro de 1981, foi declarada de utilidade pública, para fins de constituição de servidão administrativa, faixa de terra destinada à passagem das linhas de transmissão "L. T. ETT NORDESTE - QUADRADO VILA OLÍVIA 1- 2 - 3 e L. T. NORDESTE ETT MOGI 1 - 2 - 3", nela estando incluída, entre outras, área de 249,55 metros quadrados, sem benfeitorias, descrita em memorial que acompanha a peça vestibular, de propriedade do réu. A requerente ofereceu o valor de CZ$ 6.453,36 (seis mil, quatrocentos e cinquenta e três cruzados e trinta e seis centavos).

Deferida a imissão provisória na posse do imóvel, após efetuado o depósito prévio (fl. 20).

O réu impugnou o valor ofertado e nomeou assistente técnico (fl. 31).

Reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Federal e determinada a remessa dos autos à Justiça Estadual (fl. 78). Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, ao qual a E. Segunda Turma desta Corte deu provimento (fls. 82/86).

Laudo pericial às fls. 160/194.

A União se manifestou no feito, na qualidade de assistente simples, ratificando todos os atos praticados pela concessionária requerente (fl. 227).

A sentença foi publicada em 22/08/2005 e julgou procedente o pedido para o fim de indenizar o expropriado pelo ônus causado pela servidão administrativa imposta, devido à construção de linha de transmissão de energia elétrica, mediante pagamento da importância de R$ 20.388,00 (vinte mil, trezentos e oitenta e oito reais), valor válido para dezembro de 2003, acrescentando-se, ainda, juros moratórios, juros compensatórios e correção monetária, deduzindo-se do montante total apurado do valor da oferta, devidamente corrigida.

Determinou-se que os juros compensatórios, à taxa de 12% ao ano, incidirão, a partir da data da efetiva ocupação do imóvel (03.11.1981), sobre a diferença entre a oferta inicial e a indenização, devidamente corrigida. Juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, desde o trânsito em julgado desta sentença até o efetivo pagamento, incidentes sobre a oferta inicial e a indenização, devidamente corrigidas, incluindo-se os juros compensatórios, moratórios e correção monetária.

A parte autora foi condenada a pagar despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em 10% sobre a diferença entre a oferta inicial devidamente corrigida e a indenização, computados juros compensatórios, moratórios e correção monetária (fls. 230/233 e 236-verso).

Embargos de declaração opostos pela parte autora foram acolhidos para fazer constar da sentença que, diante da restrição total à utilização do imóvel pelo expropriado, se declara desapropriado o imóvel em favor da expropriante, incorporando-se ao seu patrimônio. Determinada expedição de carta de adjudicação em favor da expropriante e mandado translatício de domínio após o trânsito em julgado e o pagamento da indenização, para regularização junto ao Cartório de Registro de Imóveis da situação do bem (fls. 243/246-verso).

A parte autora apela para que a incidência de juros compensatórios e moratórios sejam limitados aos índices previstos nos artigos 15-A e 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941, bem como sejam limitados os honorários advocatícios em favor da defesa da parte contrária entre 0,5% e 5,0%, nos termos do art. 27, § 1º do referido diploma (fls. 250/256).

Contrarrazões pela parte requerida (fls. 260/261).

Subiram os autos.

Intimada, a União Federal manifestou ciência acerca da sentença (fl. 272).

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

No caso dos autos, a parte autora pretende a constituição de servidão administrativa sobre faixa de terra, de propriedade da parte ré, para a passagem de linhas de transmissão de energia elétrica.

O Juízo Sentenciante julgou procedente o pedido, determinando a indenização do expropriado mediante pagamento da importância de R$ 20.388,00 (vinte mil, trezentos e oitenta e oito reais), quantia prevista em laudo pericial e que contou com a concordância das partes.

Vê-se, portanto, que não há qualquer insurgência no que toca à procedência do pedido e ao valor indenizatório fixado em sentença, limitando-se o presente recurso a discutir os índices de juros moratórios e compensatórios aplicáveis sobre a indenização e os honorários advocatícios sucumbenciais.

Pois bem.

Consigno, por oportuno, que o Juízo Sentenciante fixou a incidência de juros compensatórios e juros moratórios sobre a indenização nos seguintes termos (fls. 233/234):

> (...) Ante o exposto, julgo procedente o pedido para o fim de indenizar a expropriada pelo ônus causado pela servidão administrativa imposta, devido a construção de linha de transmissão de energia elétrica, mediante o pagamento da importância de R$ 20.388,00 (vinte mil, trezentos e oitenta e oito reais), valor válido para dezembro de 2003, acrescendo-se, ainda,

os juros moratórios, juros compensatórios e correção monetária, deduzindo-se do montante total apurado o valor da oferta, devidamente corrigida.
Os juros compensatórios, à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, incidirão, a partir da data da efetiva ocupação do imóvel (03.11.1981 - fl. 13), sobre a diferença entre a oferta e a indenização, devidamente corrigida.
Juros moratórios, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, desde o trânsito em julgado desta sentença até o efetivo pagamento, incidentes sobre a diferença entre a oferta inicial e a indenização, nos termos da Súmula nº 102 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.
(...).

Acolhendo os embargos de declaração opostos pela parte autora, o Juízo declarou a desapropriação do imóvel em favor da expropriante, diante da restrição total a sua utilização pelo expropriado, como constou do relatório (fl. 245).

Quanto a isto, a parte autora se insurge sustentando ser aplicável o índice de 6% ao ano para juros compensatórios e juros moratórios, nos termos dos artigos 15-A e 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Transcrevo os dispositivos legais em comento:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, *incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos*. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)
§ 1º. Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)
§ 2º. Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)
§ 3º. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)
§ 4º. Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)
Art. 15-B. *Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios* destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, *e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano*, a partir de 1o de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Juros compensatórios

Com efeito, tenho que o valor da indenização deve comportar os juros compensatórios, dado que somente com esses encargos é que se pode entender a indenização como "justa", cumprindo o requisito estabelecido pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XXIV. Desconsiderar o cabimento dos juros compensatórios na espécie seria o mesmo que in-

denizar o expropriado de forma inadequada e inconstitucional. Com a constituição de servidão administrativa para passagem de linhas de transmissão de energia elétrica, que importou em restrição total à utilização do imóvel pelo expropriado, qualquer expectativa do requerido de obter lucro com o bem expropriado esvaiu-se, pelo que faz jus ao recebimento de uma compensação financeira que supra essa circunstância. A interpretação restritiva quanto ao cabimento dos juros compensatórios importaria, *in casu*, no sacrifício da imposição constitucional de se garantir prévia e justa indenização ao particular, o que não se admite.

Em relação ao índice aplicável, esta E. Primeira Turma tem decidido que os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal, consoante entendimento consolidado na Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, confira-se recente julgado sob a técnica prevista no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015:

> Os juros compensatórios, na desapropriação, são devidos sobre o valor da indenização (Súmula 114, STJ), nos percentuais estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 408: Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal).
> (TRF da 3ª Região, Apelação Cível nº 0003042-37.2001.4.03.6100/SP, Rel. p/ Acórdão Desembargador Federal Wilson Zauhy. Primeira Turma, e-DJF3: 14/05/2018).

Naturalmente, assim se decidiu porque, em 13/09/2001, foi publicada decisão do E. Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332/DF, na qual se deferiu em parte o pedido liminar "para suspender, no "caput" do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano", para dar ao final desse "caput" interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado em sentença".

Ocorre que, recentemente, o Pretório Excelso julgou o mérito daquela ação, decidindo pela constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% ao ano, sem modulação de efeitos, nos seguintes termos:

> O Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para: i) por maioria, e nos termos do voto do Relator, *reconhecer a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem*, declarando a inconstitucionalidade do vocábulo "até", e interpretar conforme a Constituição o *caput* do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo pelo ente público e o valor do bem fixado na sentença, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido, no ponto, em maior extensão; ii) por maioria, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux e Celso de Melo, reconhecer a constitucionalidade do § 1º e do § 2º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41; iii) por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, reconhecer a constitucionalidade do § 3º do artigo 15-A do Decreto-Lei 3.365/41; iv) por maioria, e nos termos do voto do Relator, declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, vencido o Ministro Marco Aurélio; v) por unanimidade, e nos

termos do voto do Relator, *reconhecer a constitucionalidade da estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios previstos no § 1º do artigo 27 o Decreto-Lei 3.365/41 e declarar a inconstitucionalidade da expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)*".
(STF, ADI 2332. Rel. Min. Roberto Barroso. Plenário, Julgamento em 17/05/2018, DJ: 28/05/2018).

Assim, merece reforma a sentença para que os juros compensatórios incidam sobre a indenização à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da data da efetiva ocupação do imóvel (03.11.1981) até 11/06/1997; a partir de 12/06/1997, com a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.577/1997, os juros compensatórios incidirão à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, até o efetivo pagamento.

Juros moratórios

Quanto à taxa dos juros moratórios, verifico não haver interesse recursal à apelante, uma vez que foram fixados em sentença em 6% ao ano, portanto dentro do limite previsto no art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941, tal como pleiteia a parte, não sendo possível conhecer do recurso neste ponto.

Não obstante, verifico não ser possível fixar a incidência de juros moratórios com base num suposto atraso no pagamento de precatório, já que a concessionária autora não se beneficia de tal preceito constitucional.

Sendo assim, reformo a sentença de ofício para determinar a incidência de juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos do enunciado da Súmula nº 70 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Dos honorários advocatícios

Quanto aos honorários advocatícios, há que se observar que a presente demanda foi ajuizada em 12/09/1986, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que previu, como regra geral, a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais "entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação" (art. 20, § 3º).

Durante o curso processual, sobreveio a Medida Provisória nº 2.027/00, que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/41 para estipular a fixação de honorários advocatícios entre os limites de 0,5% a 5% sobre a diferença entre o valor da indenização fixada e o da proposta antes apresentada pelo expropriante. Posteriormente, a previsão foi repetida pela Medida Provisória nº 2.183/01.

Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.
§ 1º. A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4o do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais). (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)

Como vimos, a novel regra acerca dos honorários advocatícios foi declarada constitucional

pelo E. Supremo Tribunal Federal. Não obstante, a Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que é impossível a aplicação retroativa da novel legislação para a redução de honorários advocatícios.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESAPROPRIAÇÃO.
> 1. Foi a Medida Provisória nº 2.027/00 que reduziu o percentual dos honorários advocatícios previstos no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41.
> 2. Impossibilidade de aplicação retroativa da novel legislação para a redução dos honorários advocatícios.
> 3. Ademais, não ocorreu o prequestionamento da Medida Provisória nº 1.577/97 e essa questão não foi suscitada no apelo raro, não sendo cabível a sua análise nesta via que busca destrancar esse recurso.
> 4. Agravo regimental improvido
> (STJ, AgRg no Ag nº 389.266/SP. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma, DJe: 08/03/2004).

E não poderia ser diferente, eis que, muito embora a condenação da parte em honorários advocatícios sucumbenciais seja consectário legal de sua derrota judicial, é certo que o valor a ser pago a este título constitui direito material dos patronos da parte vencedora, de sorte que se revela inaplicável a legislação superveniente que reduza esta quantia.

Desta forma, inaplicáveis ao caso os limites previstos no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, tal como reduzidos pela Medida Provisória nº 2.027/00 e seguintes, eis que a relação jurídico-processual se estabeleceu em momento anterior à entrada em vigor da regra restritiva.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente e dar parcial provimento à apelação para determinar que os juros compensatórios incidam sobre a indenização à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da data da efetiva ocupação do imóvel (03.11.1981) até 11/06/1997; a partir de 12/06/1997, com a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.577/1997, os juros compensatórios incidirão à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, até o efetivo pagamento, e reformar a sentença de ofício para determinar a incidência dos juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002029-24.2011.4.03.6109

Apelante: EGILDO PEREIRA DE SOUZA
Apeladas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E SANTO ANDRÉ GESTÃO EMPRESARIAL LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDEFERIMENTO INDEVIDO DE SEGURO-DESEMPREGO - EXISTÊNCIA DE DUPLICIDADE DE NÚMERO DE PIS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A CEF E A EMPRESA QUE REGISTROU FUNCIONÁRIO COM O MESMO NÚMERO - DEVER DE INDENIZAR PRESENTE - VERBA ALIMENTAR - DANOS MORAIS FIXADOS EM R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) - APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA.
1. O apelante alega ter requerido a concessão de seguro-desemprego, que não lhe foi deferido, tendo em vista que a corré "Santo André Empresarial Ltda." teria registrado um de seus empregados com o mesmo número de seu PIS. Sustenta que tal fato causou-lhe prejuízos, uma vez que deixou de receber verba alimentar por vários meses.
2. O conjunto probatório aponta para o quadro de ilegalidade.
3. O Ministério do Trabalho informa que houve, de fato, registro de duplicidade do PIS.
4. Houve erro tanto da empresa corré, quanto da Caixa Econômica Federal, cujo sistema possibilitou a inserção de dois trabalhadores diferentes com o mesmo número de PIS, pelo que verifica-se a responsabilidade solidária entre os réus, para responder pela indenização.
5. Presentes o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano, há o dever de indenizar. Cabe destacar que o autor deveria ter recebido a primeira parcela de seu seguro-desemprego, verba alimentar, em outubro de 2.010, e tendo em vista a situação, somente a recebeu em julho de 2.011, ou seja, com atraso de 9 (nove) meses. Precedentes desta Corte.
6. A respeito dos danos morais, segundo a jurisprudência, em se tratando de verba alimentar, os empecilhos para a regular obtenção são suficientes para ensejar reparação, ainda que não esteja minuciosamente provado o abalo psicológico.
7. Fixo o valor da indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante precedente desta Turma (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2064466 0001112-13.2013.4.03.6116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018).
8. Os juros de mora incidem a partir do evento danoso (Súmula n.º 54, do Superior Tribunal de Justiça).
9. A correção monetária deve ser calculada com base na Resolução n.º 267/CJF, sendo que, no caso dos danos morais, sua incidência é a partir do arbitramento (Súmula n.º 362, do STJ).
10. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 5º, da Lei Federal nº 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, quanto à atualização monetária. Portanto, a regra do artigo 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97, que vinculava o índice oficial da caderneta de poupança ao critério de cor-

reção monetária, não mais tem eficácia.
11. Deve-se observar, quanto à aplicação dos índices de correção monetária e juros de mora, os recentes julgamentos do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 870.947) e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em regime de repercussão geral (Resp n.º 1.495.146/MG).
12. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, a serem rateados entre os réus, nos termos do artigo 87, § 1.º, do CPC.
13. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária destinada a viabilizar a indenização, por danos morais, decorrentes de negativa indevida de recebimento de seguro-desemprego.

A r. sentença (fls. 180/182) julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2.º, do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa em decorrência do deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Nas razões de apelação, o autor, ora apelante, sustenta a procedência do pedido inicial. Requer a condenação dos réus ao pagamento da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) relativa à indenização por danos morais.

As contrarrazões de apelação da CEF foram apresentadas (fls. 192/193).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O pedido inicial é parcialmente procedente.

No caso concreto, o apelante alega ter requerido a concessão de seguro-desemprego, que não lhe foi deferido, tendo em vista que a corré *"Santo André Empresarial Ltda."* teria registrado um de seus empregados com o mesmo número de seu PIS.

Sustenta que tal fato causou-lhe prejuízos, uma vez que deixou de receber verba alimentar por vários meses.

O conjunto probatório aponta para o quadro de ilegalidade.

O Ministério do Trabalho (fls. 128/130) informa que houve, de fato, registro de duplicidade do PIS:

> (...)
> Consta o registro de duplicidade de PIS sob nº 125.05933.37-7 para Sra Doralina Maria da Silva, CPF nº 303.079.548-97, data de nascimento em 19/08/1978, declarado pelo empregador Santo André Gestão Empresarial Desportiva Ltda., CNPJ n.º 08.901.929/0001-01 em razão de vínculo empregatício pela admissão em 01/08/2008, como para o Sr. Egildo Pereira de Souza, CPF nº 250.803.558-09, declarado por diversos empregadores, conforme consulta efetuada em 29/10/2013 pela opção Consultar Trabalhador e Relação de Vínculos do Trabalhador - Sistema de Cadastro Geral de Empregados e Desempregados CAGED - Portal Trabalho e Emprego/MTE, cujos respectivos extratos impressos seguem em anexo;
> (...)

Assim, houve erro tanto da empresa corré, quanto da Caixa Econômica Federal, cujo sistema possibilitou a inserção de dois trabalhadores diferentes com o mesmo número de PIS, pelo que verifica-se a responsabilidade *solidária* entre os réus, para responder pela indenização.

Presentes o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano, há o dever de indenizar.

Cabe destacar que o apelante deveria ter recebido a primeira parcela de seu seguro-desemprego, verba alimentar, em outubro de 2.010, e tendo em vista a situação, somente a recebeu em julho de 2.011 (fls. 142), ou seja, com atraso de 9 (nove) meses.

A jurisprudência desta Corte:

> APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. CANCELAMENTO INDEVIDO DO NÚMERO DO PIS. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO SEGURO DESEMPREGO. DANO IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR, POR DANOS MORAIS. CARACTERIZADO. APELAÇÃO DA RÉ, NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato da autora ter ficado dois meses sem receber as parcelas do seguro desemprego, por cancelamento do número de PIS, de forma indevida, deve ser atribuída à ré, gerando o dever de indenizar por danos morais e materiais.
> 2. De plano há que se reconhecer que o fato danoso (cancelamento do número errado do PIS da autora) efetivamente ocorreu e que o cancelamento foi ato da CEF, que detém o acesso e o controle desse cadastro, tanto para inclusão como para exclusão, assim como inconteste é o fato de que em razão disso o seguro desemprego devido à autora foi suspenso, também indevidamente. Portanto, o ato danoso está diretamente relacionado (nexo causal) com a conduta do agente (CEF).
> 3. Na espécie, suspensão indevida do pagamento do seguro desemprego, é a típica hipótese de dano a ser considerado in re ipsa, sendo presumida a sua ocorrência, haja vista tratar-se de verba instituída, justamente, para garantir o sustento do segurado e de sua família, pelo período de três meses, o que se entendeu ser suficiente para que conseguisse nova colocação no mercado de trabalho. Precedentes do C. STJ.
> 4. A analise, a sistemática e a fundamentação posta na r. sentença estão perfeitamente adequadas, devendo ser mantido o valor fixado a título de indenização por danos morais, até porque, alinhado com o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto. Precedentes do C. STJ.
> 5. No que se refere aos honorários advocatícios, o que deve ser considerado para a determinação da sucumbência, não é o valor do pedido em relação ao fixado na decisão, mas sim a quantidade de pedidos acolhidos ou rejeitados.
> 6. Nega-se provimento à apelação da CEF, para manter a r. sentença, por seus próprios funda-

mentos.Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da CEF, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1497869 0004588-62.2004.4.03.6120, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/10/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEF POR PREJUÍZOS MORAIS ADVINDOS DA INDEVIDA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE TRÊS PARCELAS DO SEGURO DESEMPREGO (VERBA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA). DANO MORAL PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO, POIS A CONDUTA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PREJUDICOU A PERCEPÇÃO DE VERBA DE SUBSISTÊNCIA NA ÉPOCA ADEQUADA, TORNANDO MAIS PESADA A "CRUZ" QUE A AUTORA JÁ CARREGAVA. APELAÇÃO PROVIDA, COM A INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
1. Trata-se de ação de indenização proposta em 10/7/2013 por RITA DE CASSIA DA SILVA FREITAS em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com vistas à condenação desta ao pagamento de danos morais. Alega que tomou todas as providências para o recebimento de 5 (cinco) parcelas do seguro-desemprego; contudo, após o recebimento das 2 (duas) primeiras (em 16/11/12 e 17/12/12), tomou conhecimento de que o pagamento das demais estava bloqueado, sob o argumento de que ela estaria trabalhando em outra empresa, sendo que provavelmente teria que devolver o valor já recebido. Em consulta no PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador) de sua cidade, através de seu número de PIS, descobriu que constava como residente em Franca/SP e laborando na empresa Nacional Calçados Ltda., desta mesma cidade. Perseverando nas diligências, tomou conhecimento de que quando a empresa de Franca/SP solicitou à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL o número do PIS para sua nova funcionária, que é sua homônima, inclusive, com idêntica data de nascimento, o banco enviou, indevidamente, o número do PIS da autora, o que causou todo o transtorno narrado.
2. O acervo probatório não deixa dúvidas acerca da configuração dos danos morais sofridos pela autora, recém-casada e com várias prestações para honrar, no período em que foi privada das 3 (três) últimas parcelas relativas ao seguro-desemprego por conta da falha nos mecanismos de controle e conferência de dados da CEF. Achando-se a autora na compreensível e notória situação de desespero que acomete aqueles que são alijados do mercado de trabalho, ficando sem meios de sustento próprio e da família, na "cruz" por ela carregada empoleirou-se a incúria da CEF, a tornar mais pesado o fardo, privando-a de um benefício de subsistência graças à falha na burocracia interna da instituição bancária. Ultrapassa os limites do mero "aborrecimento" que a vida impõe a todos os cidadãos o fato de alguém restar suprimido de amparo assistencial que a Carta Magna assegura ao trabalhador desempregado, como meio de suprir - ainda que em ínfima parte - os encargos de subsistência. Nesse sentido: TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2019469 - 0005450-72.2013.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 07/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/06/2018; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2089395 - 0008284-52.2012.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/07/2017; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2089708 - 0009378-17.2011.4.03.6000, Rel. JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, julgado em 15/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017.
3. Considerando que se trata da privação de recursos de subsistência durante 3 (três) meses e da lesão à dignidade moral, às quais a autora foi compulsoriamente submetida pela incúria da ré, e em observância aos princípios da razoabilidade, moderação e proporcionalidade, o valor da indenização pelo dano moral deve ser fixado em R$ 5.000,00, suficiente para reprimir nova conduta da ré sem ensejar enriquecimento sem causa da autora. Precedentes nesta

> Corte com período de suspensão do seguro-desemprego até maior: TRF3, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL 0005450-72.2013.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, j. 07/06/2018, e-DJF3 15/06/2018; TRF3, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL 0004325-11.2009.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, j. 06/02/2018, e-DJF3 21/02/2018; TRF3, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL 0008284-52.2012.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, j. 07/06/2017, e-DJF3 04/07/2017.
> 4. Os juros moratórios incidirão a partir do evento danoso na esteira da Súmula 54/STJ, e a correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula 362/STJ), utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/CJF, e observado o recente julgamento, em 20/9/2017, do RE nº 870.947, pelo Pleno do STF (índice de correção da caderneta de poupança para atualização das condenações que não envolvam matérias tributárias, impostas aos entes da administração pública).
> 5. Vencida a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, resta invertido o ônus da sucumbência.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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
> (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2064466 0001112-13.2013.4.03.6116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A respeito dos *danos morais*, segundo a jurisprudência, em se tratando de verba alimentar, os empecilhos para a regular obtenção são suficientes para ensejar reparação, ainda que não esteja minuciosamente provado o abalo psicológico.

O arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça:

> (...)
> na fixação da indenização por *danos morais*, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos *danos morais* experimentados por aquele que fora lesado.
> (...)
> (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Fixo o valor da indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante precedente desta Turma (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2064466 0001112-13.2013.4.03.6116, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

Os juros de mora incidem a partir do evento danoso, a teor da Súmula n.º 54, do Superior Tribunal de Justiça.

A correção monetária deve ser calculada com base na Resolução n.º 267/CJF, sendo que, no caso dos danos morais, sua incidência é a partir do arbitramento (Súmula n.º 362, do STJ).

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 5º, da Lei Federal nº

11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, quanto à atualização monetária.

Portanto, a regra do artigo 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97, que vinculava o índice oficial da caderneta de poupança ao critério de correção monetária, não mais tem eficácia.

Deve-se observar, quanto à aplicação dos índices de correção monetária e juros de mora, os recentes julgamentos do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE n.º 870.947) e da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em regime de repercussão geral (Resp n.º 1.495.146/MG).

Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, a serem rateados entre os réus, nos termos do artigo 87, § 1.º, do CPC.

Por estes fundamentos, dou parcial provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003464-26.2012.4.03.6100

Apelantes: ALESSANDRA NOVAIS SANTOS E UNIÃO FEDERAL
Apeladas: AS MESMAS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. MILITAR. OFICIAL TEMPORÁRIO. INDENIZAÇÃO. CRIME DE DESERÇÃO. PRISÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. DANO MORAL: DESCABIDO. REMUNERAÇÃO. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA EM PARTE. APELO DA AUTORA DESPROVIDO.
1. Apelações interpostas pela UNIÃO e pela autora, Oficial do Quadro de Oficiais Veterinários Temporários do Exército Brasileiro, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais e materiais em decorrência de prisão indevida por deserção, bem como condenou cada parte a arcará com os honorários advocatícios de seu próprio patrono, no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.
2. Segundo a narrativa da inicial, a autora alega ter havido alega ter havido excesso e ilegalidade por parte do Comandante da 16ª Base Logística da Selva (Tefé/AM) ao lhe imputar o delito de deserção, exsurgindo, assim, direito a reparação por danos morais, em importância não inferior a 1.0000 salários mínimos, devido ao constrangimento a que foi submetida. A autora restou absolvida nos autos da ação penal militar suprarreferida por atipicidade da conduta, visto ter a mesma se apresentado durante o prazo de graça em Organização Militar na cidade de São Paulo. Esta decisão transitou em julgado para a acusação em 08/09/2010 (conforme consulta no sistema de acompanhamento processual em /www2.stm.jus.br).
3. Da cronologia dos acontecimentos, verifica-se que o Comando da 16º Ba Log SL apenas exigiu a apresentação da Tenente Alessandra à sua unidade de origem em razão da mudança de seu estado de saúde, que desde a sua transferência para São Paulo, após o acidente ocorrido (ataque de animal selvagem), que era de inaptidão temporária, alterou-se para aptidão com restrições, a partir de novembro de 2009, conforme parecer exarado por Junta Médica Militar do Hospital Militar de São Paulo (HMASP), o qual foi confirmado em grau recursal em 04.02.2010. Certo, também, que somente após a extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito no qual a autora havia obtido cautelar para que não lhe fosse exigida a apresentação à sua guarnição de origem e que o novo prazo para apresentação foi renovado, iniciando-se em 20.04.2010.
4. Decorrido o prazo sem a apresentação da autora perante o 16º Batalhão de Logística de Selva em Tefe/AM, prosseguiu-se com os autos da Instrução Provisória de Deserção, os quais deram entrada na Auditoria Militar da 12º Circunscrição Judiciária militar em 05.05.2010, com oferecimento de denúncia em 28.05.2010. Apresentando-se à sua Unidade de origem e com o processo de deserção em curso, no qual já havia decreto de prisão preventiva contra a Tenente Alessandra deferido em 03/08.2010, esta restou presa na mesma data, assim permanecendo até ser absolvida.

5. Com a sua não apresentação, naquele contexto, estavam presentes os indícios suficientes de materialidade e autoria a embasar a lavratura do termo de deserção e a instauração do Inquérito Provisório de Deserção, tanto assim que houve oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Militar. Note-se que até mesmo foi decretada a prisão preventiva da autora. Nada existia no momento da lavratura do termo de deserção e da prisão a caracterizar ilegalidade.
6. A imputação de responsabilidade, a ensejar reparação de cunho patrimonial, requer a presença de três pressupostos, vale dizer, a existência de uma conduta ilícita comissiva ou omissiva, a presença de um nexo entre a conduta e o dano, cabendo ao lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da ação ou omissão da pessoa imputada. No caso concreto, diante dos eventos acima descritos, não se pode imputar à Administração Militar a prática de conduta ilícita tendente a gerar dano de natureza moral ao autor. Lícita a atividade administrativa em investigar a ocorrência de um crime na presença de indícios suficientes do crime de deserção. A posterior absolvição sem a detecção de qualquer arbitrariedade ou excesso, não acarreta o dever de indenizar.
7. Inexistentes excessos na persecução penal e na prisão, conforme evidenciado no caso ora posto, não há que se falar em indenização por danos materiais. Por outro lado, verifica-se que não consumado o delito de deserção, não há que se falar em interrupção do serviço ativo, nos termos do art. 128 da Lei n. 6880/80. Logo, a autora não oficialmente declarada desertora tem o direito a percepção da remuneração dos meses correspondentes à duração do inquérito militar, nos exatos termos da sentença.
8. Atualização do débito. A partir de 01/07/2009, nos casos de condenação da Fazenda Pública oriunda de relação jurídica não-tributária, adota-se o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE 870.947, recurso em que se reconheceu repercussão geral, declarou a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que alude à fixação de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, porém, na parte em que disciplina a atualização monetária, reconheceu sua inconstitucionalidade por ser inadequada a capturar a variação de preços da economia, aplicando, portanto, o índice IPCA-E, previsto no Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal e que melhor reflete a inflação acumulada no período.
9. Apelação da União provida em parte. Recurso da autora 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, *dar parcial provimento* à apelação da UNIÃO, tão somente, para afastar a condenação por danos morais e *negar provimento* ao recurso da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pela UNIÃO e pela autora ALESSANDRA NOVAIS

SANTOS, Oficial do Quadro de Oficiais Veterinários Temporários do Exército Brasileiro, contra sentença de fls. 380/383 que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais e materiais em decorrência de prisão indevida por deserção, bem como condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, nos termos seguintes:

> (...) Ante as razões invocadas, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, calculados no montante de R$ 20.000,00, e aos pagamentos dos danos materiais correspondentes aos meses em que a autora não recebeu seus vencimentos em decorrência do inquérito militar a que respondeu, montante que deverá ser estabelecido na fase de liquidação. Os valores devem ser atualizados conforme os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal. Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seu próprio patrono, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Custas ex lege.P.R.I.(...)

Às fls. 387/393, a autora recorre, aduzindo:

a) ser irrisório o montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) fixados em danos morais, diante das práticas abusivas a que foi submetida;

b) devida a indenização por danos materiais diante dos valores desembolsados pela apelante em razão do processo a que a ré deu causa, o que inclui despesas com advogado, em observância ao princípio da restituição integral.

Em suas razões recursais (fls. 394/405), a UNIÃO aduz:

a) não caracterizado qualquer ato ilícito a ensejar reparação de danos;

b) a autora foi absolvida ao final da ação penal militar (0000070-09.2010.7.12.0012), porém foi mantida presa preventivamente, por 15 dias, em razão de decisão judicial;

c) a convocação da autora para se apresentar à sua Unidade de origem (Manaus) decorreu do parecer "Apta para o serviço do exército" em inspeção de saúde de 04.02.2010;

d) incabível a indenização por dano material referente a remuneração dos meses de maio, junho, julho e agosto de 2010 nos termos do art. 31, "d" da lei n. 4.375/64 e art. 128, §2º, da Lei n. 6.880/80;

e) subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da reparação dos danos morais invocando a proporcionalidade;

f) ser aplicável a TR como índice de correção monetária, nos termos do art.1º-F da Lei n. 9.494/97, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, ou, subsidiariamente, aplicação do IPCA-E apenas a partir de 25.03.2015, data da publicação da decisão do STF;

g) que a f ixação da verba honorária de acordo com ao art. 85 do NCPC, considerando, ainda, caso mantida a sentença que houve sucumbência mínima por parte da união, conforme art. 86 do NCPC.

Com contrarrazões (fls. 428/432 e fls. 433/440), subiram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

Direito intertemporal

Segundo as regras de direito intertemporal que disciplinam o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei no tempo, as inovações legislativas de caráter estritamente processual, como é a Lei n. 13.105/2015, devem ser aplicadas, de imediato, inclusive nos processos já em curso (art. 14).

Assim, aplica-se a lei nova aos processos pendentes, respeitados, naturalmente, os atos consumados e seus efeitos no regime do CPC de 1973.

Nesse sentido, restou editado o Enunciado Administrativo n. 2/STJ, de teor seguinte:

> 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.

Admissibilidade da apelação

Os recursos são próprios e tempestivos, razão pela qual dele conheço.

Recebo os recursos em seus regulares efeitos (art. 1012, *caput*, CPC).

Do mérito

Relata a autora na inicial que ingressou nas fileiras do Exército brasileiro nos quadros de Oficiais Temporários, especialidade Veterinária, em 28.02.2005, sendo designada para atuar junto a 16ª Base Logística de Selva, na cidade de Tefé/AM.

Em 23/05/2007, sofreu ataque de animal selvagem (onça), em incidente considerado como "em serviço", razão pela qual foi considerada "inapta temporariamente para o serviço do Exército", sendo encaminhada, em 07.08/2007, para tratamento médico em guarnição militar de São Paulo.

Em 29/04/2010, por determinação do Comandante da 16ª Brigada Logística de Selva, sua unidade de origem, foi-lhe imputado o delito de deserção e determinada a suspensão do pagamento de salários, cujo Termo de Deserção originou um procedimento de Instrução Provisória de Deserção - IPD.

Após ser notificada do referido Termo de Deserção, a autora apresentou-se em 08/06/2010 ao Comando Militar do Sudeste, onde vinha realizando tratamento médico, sendo submetida a inspeção de saúde que a considerou "Incapaz definitivamente para o serviço do Exército".

A promotoria Militar da 12º Circunscrição Judicária Militar do Amazonas exigiu a apresentação pessoal da autora à guarnição de origem para ser submetida a nova perícia.

Em 03.08.2010, ao se apresentar ao Hospital Militar de Manaus, inspecionada, recebeu o parecer "Apta para fins do serviço militar", sendo imediatamente recolhida ao cárcere e processada pelo crime deserção nos autos n. 000070-09.2010.7.12.0012.

Permaneceu presa de 03/08.2010 a 17.08.2010, quando foi absolvida pelo Conselho Especial de Justiça do Militar do crime de deserção (nos autos n. 000070-09.2010.7.12.0012).

Diante disso, alega ter havido abuso de autoridade por parte do Comandante da 16ª Base Logística da Selva ao lhe imputar por delito de deserção, uma vez que "tinha pleno conhecimento de sua regular apresentação no Comando da 2ª Região Militar em São Paulo", exsurgindo, assim, direito a reparação por danos morais, em importância não inferior a 1.0000 salários

mínimos, devido ao constrangimento a que foi submetida.

Pretende, ainda, ver-se ressarcida com despesas decorrentes da sua ida até a cidade de Manaus (R$ 800,00), com despesas com a ida de advogado até aquela cidade (R$ 1.250,74), com a contratação de advogado para sua defesa (R$ 25.000,000).

Por fim, pleiteou o recebimento dos valores referentes à compensação pecuniária, nos termos do art. 1º da Lei n. 7.963/89 e o pagamento da remuneração referente aos meses de maio a agosto de 2010.

Vejamos.

Para melhor compreensão dos eventos aqui descritos, valho-me do relatório constante na cópia da sentença dos autos da Ação Penal Militar n. 0000070-09.2010.7.12.0012, constante às fls. 29/39, que os relaciona em ordem cronológica de forma minudente:

> (...) A Ação Penal originou-se do Inquérito Provisório de Deserção n. 68/10, lavrado na Base Logística da Selva, pelo Comandante daquela OM, tenente Coronel Valmar da Silva Severiano, por meio do Termo de Deserção no dia 29 de abril de 2010.
> Verifica-se dos autos que a denunciada, no dia 22 de maio de 2007, sofreu um ataque de onça, sendo, naquela ocasião, evacuada para o Posto Médico da guarnição de Tefé.
> A militar em questão foi submetida a várias inspeções de saúde pela JISGU/Tefe (12 de junho de 2007; 09 de julho de 2007; 02 de agosto de 2007), tendo como parecer "incapaz temporariamente para o serviço do exército. necessita de 30 dias de afastamento total do serviço de instrução pra realizar tratamento".
> Em 13 de agosto de 2007, deslocou-se para a cidade de São Paulo a fim de realizar tratamento de saúde, no Hospital Militar da Guarnição de São Paulo.
> A partir do mês de outubro de 2007, a referida militar passou a ser inspecionada para fins de licença para tratamento de saúde pessoal, na cidade de São Paulo, recebendo sucessivamente o parecer incapaz para o serviço do exército.
> A militar em questão foi agregada ao Comando Militar da 12ª Região Militar, conforme publicado no DOU n. 166, Seção 2, de 28 de agosto de 2008.
> Em novembro de 2009, submetida a nova inspeção de saúde, foi a Oficiala considerada "apta para o serviço do exército, com restrições por 60 dias", tendo a mesma apresentado requerimento solicitando Inspeção de Saúde em Grau de Recurso ao Comando da 2ª Região Militar.
> Em grau de recurso obteve o mesmo parecer "Apta para o serviço do exército, com restrições por 60 dias".
> Por meio da Portaria n. 005-12 RM/EXC PES, de 03 de março de 2010, foi revertida a agregação da militar, a contar de 23 de novembro de 2009.
> Em 08 de março de 2010, por meio do fax n. 05-S1.1, da 16ª Base Logística de Selva, foi determinado pelo Comandante desta OM que a Tenente Alessandra se apresentasse naquela Organização Militar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.
> A militar impetrou Mandado de Segurança n. 2010.32.00.00155-1, em 13 de março de 2010, perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, pleiteando sua permanência em São Paulo para dar prosseguimento a seu tratamento de saúde.
> Foi concedido a militar, cautelarmente, o direito de permanecer em São Paulo, sendo interrompido o prazo anteriormente concedido pelo Comandante da 16ª Base Logística de Selva para que a mesma se apresentasse aquela OM.
> O referido Mandado de Segurança foi extinto sem julgamento do mérito por sentença datada de 23 de março de 2010. Desta decisão foram opostos Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados.
> Por meio do fax n. 009-S1.1, de 14 de abril de 2010, o Comando do 16º Ba Log SL renovou o prazo pra apresentação da referida Oficiala, iniciando-se em 20 de abril de 2010, a contagem dos dias de ausência da tenente Alessandra Novais Santos, lavrando-se o competente Termo

de Deserção aos 29 de abril de 2010.
Por meio do fax n. 012-S1.1, de 20 de abril de 2010, foi comunicado ao procurador da tenenete Alessandra sobre a necessidade que a mesma se apresentasse à 16 Base Logística da Selva.
Foram enviadas pelo Comandante daquela Organização Militar as diligências necessárias para que não se caracterizasse o crime de deserção.
Os autos da Instrução Provisória de Deserção aportaram nesta Secretaria em 05 de maio de 2010.
Instado a se manifestar, o Ministério Público Militar, por sua representante legal, requereu a expedição de ofício ao diretor do Hospital IFOR LTDa para que o mesmo informasse se a militar havia se submetida a procedimento cirúrgico naqueles nosocômio.
Foi informado, por meio da parte 03/2010-M, de 17 de maio de 2010, do Hospital Militar de Área de São Paulo, que a cirurgia da Tenente Alessandra não fora realizada, mas estava remarcada para o dia 27 de abril de 2010.
Instado a se manifestar o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em 28 de maio de 2010.
A defesa constituída da militar apresentou pedido de sobrestamento em razão de ter entrado com pedido de tutela recursal de urgência, em sede de Mandado de Segurança, para que pudesse ser submetida a procedimento cirúrgico em 11 de junho de 2010, tendo em vista o FUSEX não ter autorizado a cirurgia agendada para o dia de 27 de abril de 2010.
O douto Parquet representante das armas manifestou-se pelo indeferimento do pleito da defesa, por falta de amparo legal.
Por meio do Ofício n. 429-EI/4, de 08 de maio de 2010, o Subchefe do Estado maior do Comando Militar do Sudeste, informou que a 2ª Tenente Alessandra Novais Santos apresentou-se voluntariamente naquele comando, no dia 08 de junho de 2010, tendo sido submetida a nova inspeção de saúde para fins de justiça e disciplina pelo médico perito daquela OM, sendo considerada " incapaz definitivamente para o serviço do exército".
Em 14.06.2010, o Promotor de Justiça Militar manifestou-se nos presentes autos requerendo que o Comando Militar da Amazônia ratificasse ou não a inspeção de saúde realizada em São Paulo. Em caso de ratificação, licenciasse a referida militar e, em não havendo a ratificação, fosse realizadas as medidas administrativas competentes, agregando a Oficiala.
O Chefe do Estado maior do Comando Militar da Amazônia, por meio do Ofício n. 153- Asse Jur.10, de 24 de junho de 2010, informou que o Comando determinou a apresentação da referida militar para a realização de nova inspeção de saúde para que, após este procedimento, fosse possível a ratificação ou não da inspeção de saúde realizada em São Paulo.
Foi requerido pela defesa da militar que a mesma fosse dispensada da apresentação na sede do Comando Militar da Amazônia e que fosse inquirida em São Paulo por Carta precatória.
Instado a manifestar-se, o representante do Parquet Castrense opinou pelo indeferimento do requerimento.
As fls. 187/188, o Douto Promotor de Justiça Militar apresentou requerimento pela decretação da prisão preventiva da 2ª Tenente Alessandra Novais Santos, para garantia da instrução criminal, celeridade processual e segurança jurídica, para que o interrogatório da militar fosse realizado no for da infração militar.
Este Juízo, em decisão datada de 03.08.2010 deferiu o pleito ministerial, decretando a prisão preventiva de Alessandra Novais Santos, com fulcro nos artigos 254 e 255, alíneas "b" e "e" do Código de Processo Penal Militar.
A defesa da militar, em 04 de agosto de 2010,requereu sua transferência para o HMAN, para fins de cumprimento de prisão cautelar. O pleito defensivo foi deferido na mesma data.
A denuncia foi recebida por despacho datado de 04 de agosto de 2010, sendo o dia 26.08.2010 para qualificação e interrogatório da acusada. Foi determinado, ainda, a realização de avaliação médica da denunciada.
A Defesa constituída pela militar, apresentou, em 09 de agosto de 2010, petição requerendo a juntada de documento comprobatório de que a denunciada apresentou-se, em 28 de abril de 2010, em uma Unidade Militar na Cidade de São Paulo e, em 29 de abril de 2010, no Ministério

> Público Militar da mesma cidade. Requereu, ainda, a rejeição da denúncia e a imediata revogação da prisão preventiva da Tem. Alessandra, por não haver consumado o crime de deserção. Foi juntada aos autos, em 09 de agosto de 2010, à fl. 226, a cópia da Ata de Inspeção de saúde realizada na 2ª Tenente Alessandra Novais Santos, cujo parecer foi "apta para o serviço militar".
> Por meio de Ofício n. R-20/SIJ/679, de 12 de agosto de 20101, o Diretor do HAMN encaminhou a esta Secretaria Laudo Pericial realizado na denunciada, cuja avaliação foi divida em "parte ortopédica" e em "parte psiquiátrica". Na primeira parte foi a militar considerada "apta para o serviço ativo, com restrição a serviço armado, formaturas militares e educação física até a melhora álgica da bursite e tendinose do ombro esquerdo" e, no atinente à parte psiquiátrica, o parecer foi de que "no momento, não está apta para o serviço ativo. Tão logo se recupere da perturbação de sua saúde mental, estará apta apara o serviço militar. No entanto, sugiro que seja transferida para outra unidade, que não na região norte, de preferência onde tenha parentes e familiares". (...)

A autora restou absolvida nos autos da ação penal militar suprarreferida por atipicidade da conduta, visto ter a mesma se apresentado durante o prazo de graça em Organização Militar na cidade de São Paulo. Esta decisão transitou em julgado para a acusação em 08/09/2010 (conforme consulta no sistema de acompanhamento processual em /www2.stm.jus.br).

O alvará de soltura n. 56/10 foi expedido e cumprido em 17.08.2010 (fl. 40).

Consta ainda, conforme Ofício n. 568/Asse jur/2 - LOS, do Comando do Exército da 2º Região Militar, acostado às fls. 124/127, que após o Conselho de Sentença para o Exército da 12º CJM absolver a autora, "autorizou que a mesma retornasse para a guarnição de São Paulo para dar continuidade ao tratamento médico, requisitando a informação sobre qual OM, na citada guarnição, a mesma ficaria vinculada. Diante disso, foi formalizada a vinculação da autora ao HMASP."

Da cronologia dos acontecimentos, verifica-se que o Comando da 16º Ba Log SL apenas exigiu a apresentação da Tenente Alessandra à sua unidade de origem em razão da mudança de seu estado de saúde, que desde a sua transferência para São Paulo, após o acidente ocorrido (ataque de animal selvagem), que era de inaptidão temporária, alterou-se para aptidão com restrições a partir de novembro de 2009, conforme parecer exarado por Junta Médica Militar do Hospital Militar de São Paulo (HMASP), o qual foi confirmado em grau recursal em 04.02.2010.

Certo, também, que somente após a extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito no qual a autora havia obtido liminar para que não lhe fosse exigida a apresentação à sua guarnição de origem é que o novo prazo para apresentação foi renovado, iniciando-se em 20.04.2010.

Decorrido o prazo sem a apresentação da autora perante o 16º Batalhão de Logística de Selva em Tefe/AM, prosseguiu-se com os autos da Instrução Provisória de Deserção, os quais deram entrada na Auditoria Militar da 12º Circunscrição Judiciária militar em 05.05.2010, com oferecimento de denúncia em 28.05.2010.

Anoto, igualmente, que houve comunicação entre os Comandos de São Paulo e do Amazonas sobre a apresentação da Tenente Alessandra para inspeção de sáude, em 08.06.2010, quando obteve parecer "incapaz definitivamente para o serviço do exército".

Diante da divergência com os demais pareceres até então proferidos pela juntas médicas militares, o Comando Militar da Amazônia determinou que a Tenente Alessandra se apresentasse para ratificação ou não desta última inspeção de saúde realizada em São Paulo.

Apresentando-se à sua Unidade de origem e com o processo de deserção em curso, no qual *já havia decreto de prisão preventiva* contra a Tenente Alessandra, deferido em 03/08.2010, esta restou presa na mesma data, assim permanecendo até ser absolvida.

Diante disso, não vislumbro qualquer ato ilícito da Administração a ensejar a reparação por danos morais pretendida.

De fato, revertida a agregação da autora em razão da alteração de seu estado de saúde de inapta para apta com restrições, caberia a autora apresentar-se à guarnição que estava subordinada, como lhe foi exigido pelo Comando Militar da Amazônia.

Com a sua não apresentação, naquele contexto, estavam presentes os indícios suficientes de materialidade e autoria a embasar a lavratura do termo de deserção e a instauração do Inquérito Provisório de Deserção, tanto assim que houve oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Militar. Note-se que até mesmo foi decretada a prisão preventiva da autora.

Nada existia no momento da lavratura do termo de deserção e da prisão a caracterizar ilegalidade. Ao contrário, havia quando da prisão da Tenente ALESSANDRA decreto judicial neste sentido.

Na hipótese, durante a instrução da ação penal militar, a defesa da autora juntou comprovante de que a mesma havia comparecido a uma unidade militar no estado de São Paulo antes do transcurso do prazo de graça de oito dias, sendo que o Ministério Público Federal entendeu que tal fato, mesmo não se apresentando a autora à sua unidade de origem, no estado do Amazonas, descaracterizaria o delito de deserção.

Oportuna a transcrição do excerto da sentença penal (fl. 35):

> (...) Iniciados os debates o ministério público federal, após cumprimentar os presentes, relatou que, em um primeiro momento, de fato parecia estar configurado o crime de deserção, entretanto, no decorrer da instrução novos fatos surgiram e constatou-se a inexistência de dolo e ainda atipicidade do fato, uma vez que a apresentação da acusada ocorreu durante o período de graça, ou seja, antes do transcurso de oito dias de ausência desautorizada. Destacou, ainda que a acusada apresentava-se regularmente na 12º região Militar, em São Paulo. (...)
> Após a extinção do Mandado do mandado de segurança, sem julgamento do mérito e a rejeição dos embargos de declaração opostos o Comando da 16º base Logística de Selva renovou o prazo pra que a Tenente Alessandra se apresentasse, iniciando-se, em 20 de abril de 2010, a contagem dos dias de ausência.
> A Defesa fez juntar aos autos documento comprobatório (fls. 217/219) de que a militar apresentou-se, em 28 de abril de 2010, em uma Organização Militar na cidade de São Paulo e, em 29 de abril de 2010, no Ministério Público Militar da mesma cidade.
> Célio Lobão, ao tratar do crime de deserção descrito no art. 188, inciso II, do Código Penal Militar explica que "o núcleo do tipo é deixar de apresentar-se, depois de decorridos oito dias a contar da data em que cessou a ausência legalmente autorizada ou a apartir da declaração do estado de sítio, de defesa ou de guerra".
> E ainda, ao descrever o elemento subjetivo do crime de deserção diz que é caracterizada pela "vontade livre e consciente do militar de permanecer ausente, por parte superior a oito dias, após haver cessado o motivo do afastamento legalmente autorizado ou da declaração do estado de sítio, de defesa ou de guerra".
> De fato não há como vislumbrar a consumação do crime de deserção pela tenete Alessandra, tendo em vista a prova inequívoca de sua apresentação ao Comando Militar do Sudoeste, conforme faz prova o documento de fl. 219, dentro do prazo de graça. (...)

Neste contexto, entendo descabida a indenização a título de danos morais.

A imputação de responsabilidade, a ensejar reparação de cunho patrimonial, requer a presença de três pressupostos, vale dizer, a existência de uma conduta ilícita comissiva ou omissiva, a presença de um nexo entre a conduta e o dano, cabendo ao lesado demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da ação ou omissão da pessoa imputada.

No caso concreto, diante dos eventos acima descritos, não se pode imputar à Administração Militar a prática de conduta ilícita, abusiva ou excessiva tendente a gerar dano de natureza moral à autora.

Lícita a atividade administrativa em investigar a ocorrência de um crime na presença de indícios suficientes do crime de deserção. A posterior absolvição sem a detecção de qualquer arbitrariedade ou excesso, não acarreta o dever de indenizar.

Nesse sentido, transcrevo decisões das Cortes Regionais:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIME DE DESERÇÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1 - O exercício regular do direito de investigar a ocorrência de crime, quando há indícios suficientes, e de acusar o réu, através de adequada ação penal, é manifestação lícita da atividade administrativa, e de extremo relevo para o bem estar da coletividade. A simples absolvição, sem que configurado qualquer excesso no momento dos fatos, obviamente não gera ou pode gerar o dever de indenizar.
> 2 - Basta raciocinar e concluir que a assertiva acima é sólida e razoável. Não se há de admitir que o Estado vá indenizar a todos que, investigados criminalmente, e acusados através de denúncia, mais tarde venham a ser absolvidos. Não aceitar essa premissa inviabilizaria a importante atividade estatal, devido ao infinito custo a partir daí gerado, insuportável para a sociedade.
> 3 - No caso, o fato de ocorrer a posterior absolvição do militar anteriormente declarado desertor não enseja necessariamente direito à indenização. A reparação poderia ser viável se fosse caracterizada a ilegalidade da lavratura do termo de deserção, e nada neste sentido foi comprovado. Pretensão baseada na posterior constatação da inocência do acusado, o que não gera o dever de indenizar. Apelação provida.
> (TRF2. 0005918-05.2012.4.02.5001.Apelação. Órgão julgador: 6ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 09/12/2014. Data de disponibilização 11/12/2014. Relator GUILHERME COUTO DE CASTRO)

> RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO. DANO MORAL. DESERÇÃO. ABSOLVIÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL MILITAR. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE DA PRISÃO.
> 1. A sentença, acertadamente, negou a militar, à companheira e à filha, indenização de 100 milhões de reais por dano moral decorrente da prisão do primeiro autor, convencido de que, inobstante ter sido absolvido do crime de deserção, seus superiores hierárquicos agiram no estrito cumprimento do dever legal.
> 2. Expirado o prazo de licença para tratamento da própria saúde em 5/10/2011, o praça deixou de comparecer a diversas avaliações agendadas na Junta Regular de Saúde (JRS), para aferir a manutenção do afastamento, e frustradas todas as tentativas de contato, a Administração declarou a sua deserção, e ao apresentar-se voluntariamente à Base, foi preso, em fevereiro/2012.
> 3. Libertado após cerca de um mês de prisão, por duas vezes compareceu à JRS sem o parecer da Clínica Especializada da Marinha, indispensável à sua avaliação, só apresentado mais de 45 dias da data determinada para seu regresso, quando lhe foi concedida Licença para Tratamento da Própria Saúde retroativa a 6/10/2011, data do retorno, em que o militar não compareceu ao serviço, com término em 27/9/2012.
> 4. A responsabilidade objetiva, art. 37, § 6º, da Constituição, não dispensa a prova do dano e

do nexo causal, e só se configura quando os atos da parte ré têm força para alterar aspectos importantes da normalidade psicofísica da parte autora, infringindo-lhe aflição ou padecimento ínsitos nos chamados direitos da personalidade. Os atos da Administração reputados ilegais decorrem de lei, respeitam o princípio da legalidade, inexistindo ato ilícito.
5. Fosse pouco, o decreto judicial de prisão não se confunde com o erro judiciário, art. 5º, LXXV, da Constituição, ainda que o réu, ao fim da ação penal, venha a ser absolvido. Precedente do STF.
6. Apelação desprovida.
(TRF2. 0004463-90.2012.4.02.5102. Classe: APELAÇÃO CÍVEL Órgão julgador: 6ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 18/08/2014. Data de disponibilização 25/08/2014. Relator NIZETE LOBATO CARMO)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MILITAR- PRISÃO POR DESERÇÃO-INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO.
I. Objetiva o autor, com a presente ação, a condenação da ré a indenizá-lo em danos morais no valor de 300 (trezentos) salários mínimos, decorrentes de sua prisão ilegal, referente ao crime de deserção que lhe foi imputado.
II. Sustenta, em síntese, que teria sido indevidamente preso por deserção, quando a rigor teria deixado de se apresentar ao serviço em virtude de ter sido diagnosticado, em abril de 2004, problema de hérnia do qual tinha conhecimento seu comando imediato; que seu afastamento estaria lastreado em dispensa médica; que ao se dirigir ao Batalhão a fim de verificar o motivo da suspensão de seu pagamento, foi detido e preso por dois dias, sendo considerado desertor e desligado do serviço militar; que, muito embora, em processo posterior de deserção, tenha sido extinta a punibilidade por motivo de licenciamento, levando à sua reintegração ao serviço ativo, o fato de estar respondendo a tal processo acarretou o cancelamento de sua inscrição para o curso de soldado especialista, feita em agosto de 2004.
III. Inicialmente, cabe destacar que a prescrição quanto ao pedido de danos morais regula-se pelo Decreto nº 20.910/32. Dessa forma, o autor dispõe do prazo de cinco anos para promover ação de reparação de danos morais contra a União Federal. No caso, a suposta prisão ilegal do autor, referente ao crime de deserção, ocorreu no ano de 2004. Ora, uma vez que a ação foi ajuizada em junho de 2007, não há que se falar em prescrição.
IV. Quanto ao mérito, verifica-se que a sentença acolheu a tese de responsabilidade objetiva da União, condenando-a a pagar à parte autora, a indenização por dano moral no montante de R$ 7.000,00 (sete mil reais).
V. Não se aplica à hipótese a teoria do risco administrativo, em razão do vínculo estatutário existente entre o militar e a União. Pressuposto da aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição, basta ler o seu texto, é que os danos sejam causados a terceiros. Mas, ainda que se superasse esse ponto, não há qualquer prova de conduta ilícita por parte da União. A instauração de procedimento administrativo, com o propósito de apurar possível crime de deserção, constitui um exercício regular da Administração Militar, não havendo que se falar em indenização por danos morais ao apelante.
VI. Apelação e remessa necessária conhecidas e providas.
(0016730-73.2007.4.02.5101. TRF2 Classe: APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIA. Órgão julgador: 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 04/05/2011. Data de disponibilização 09/05/2011. Relator JOSÉ ANTONIO NEIVA)

Não se vislumbra, portanto, a implementação das condições necessárias à responsabilidade por dano moral.

Portanto, sendo indevida a indenização, merece reforma a sentença no ponto que determinou o pagamento do valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Quanto aos *danos materiais* entendo que a sentença deva ser mantida, porém por fundamento diverso.

Inexistentes excessos na persecução penal e na prisão, conforme evidenciado no caso ora posto, não há que se falar em indenização por danos materiais.

Por outro lado, verifica-se que não consumado o delito de deserção, não há que se falar em interrupção do serviço ativo, nos termos do art. 128 da Lei n. 6.880/80.

Logo, entendo que a autora não oficialmente declarada desertora tem o direito a percepção da remuneração dos meses correspondentes à duração do inquérito militar, nos exatos termos da sentença.

Quantos aos demais alegados danos materiais, do mesmo modo, não assiste razão à autora.

Como bem registrou o MM Juiz de primeira instância: "em razão de sua licença do serviço militar por razões médicas, mantendo-se em região militar que não era sua vinculação inicial, a autora teria naturalmente gastos com transporte e estadia sempre que fosse necessário o cumprimento de alguma obrigação perante o órgão de origem. Em relação aos serviços advocatícios, a distribuição do ônus sucumbenciais no processo já estabelece a remuneração decorrente da atuação de advogado no processo, sendo que as tratativas extraprocessuais da autora e seu patrono não podem ser estabelecidas como parâmetro de indenização por danos materiais, até pelo fato de serem produzidas unilateralmente."

Outrossim, deve ser mantida a sentença quanto ao indeferimento da compensação pecuniária prevista no artigo 1º da Lei n. 7.963/89, pelo seu não enquadramento na hipótese do art. 1º da Lei n. 7.963/89.

Desta feita, afasto a indenização por danos morais e mantenho, por fundamento diverso, a condenação da UNIÃO ao pagamento da remuneração correspondente aos meses que a autora não recebeu seus vencimentos em decorrência do inquérito militar a que respondeu, montante que deverá ser estabelecido em fase de liquidação.

Correção monetária e juros de mora

No que tange à correção monetária e aos juros de mora, adoto o entendimento no sentido de que, sobrevindo nova lei que altere os respectivos critérios, a nova disciplina legal tem aplicação imediata, inclusive aos processos já em curso.

Contudo, essa aplicação não tem efeito retroativo, ou seja, não alcança o período de tempo anterior à lei nova, que permanece regido pela lei então vigente, nos termos do que foi decidido pelo STJ no REsp n. 1205946/SP, DJE 02/02/2012.

Assim, as parcelas em atraso devem ser acrescidas de juros moratórios, incidentes desde a citação, e atualizadas monetariamente da seguinte forma:

a) até a MP n. 2.180-35/2001, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97, deve incidir correção monetária, desde os respectivos vencimentos, pela variação dos indexadores previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora à razão de 1% ao mês;

b) a partir da MP n. 2.180-35/2001 e até a edição da Lei n. 11.960/2009 deve incidir correção monetária, desde os respectivos vencimentos, pela variação dos indexadores previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora à razão de 0,5% ao mês;

c) a partir de 01/07/2009, nos casos de condenação da Fazenda Pública oriunda de relação jurídica não-tributária, adoto o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE 870.947, recurso em que se reconheceu repercussão geral, declarou a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09,

no que alude à fixação de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, porém, na parte em que disciplina a atualização monetária, reconheceu sua inconstitucionalidade por ser inadequada a capturar a variação de preços da economia, aplicando, portanto, o índice IPCA-E, previsto no Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal e que melhor reflete a inflação acumulada no período.

Verbas sucumbenciais

Tendo em vista que a sentença foi publicada sob a égide do novo CPC, é aplicável quanto à sucumbência este regramento.

Provida parcialmente a apelação da ré, impõe-se a majoração dos honorários a serem pagos pela parte autora por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do NCPC.

Assim, com base no art. 85 e parágrafos do CPC, devem ser majorados os honorários advocatícios a serem pagos a UNIÃO levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, os quais majoro em 1% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade da justiça.

Dispositivo

Por estes fundamentos, *dou parcial provimento* à apelação da UNIÃO, tão somente, para afastar a condenação por danos morais e *nego provimento* ao recurso da parte autora.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0000144-34.2013.4.03.6002

Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Apelado: JUNIOR DUARTE DA SILVA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/02/2019

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA "EXTRA PETITA". NÃO CONFIGURADA. REGISTRO DE NASCIMENTO DE INDÍGENA - RANI. REGISTRO DE NASCIMENTO CIVIL TARDIO. ARTIGO 5º, XXXIII E XXXIV, "B", DA CF/88. LEI 6.001/1973. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.
1. Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter a expedição do Registro de Nascimento Indígena - RANI do genitor do impetrante, com o consequente registro de nascimento civil tardio.
2. O impetrante possui interesse de agir no presente *mandamus,* a uma, porque o direito à certidão encontra-se previsto no artigo 5º, XXXIII e XXXIV, "b", da Carta Magna, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, e a duas, porque a pretensão do impetrante cinge-se à obtenção do RANI de seu falecido pai e, consequentemente, ao registro de nascimento civil, não se tratando, assim, de demanda previdenciária, como alegado pela FUNAI, haja vista que nos autos há apenas menção de que, na posse de tais documentos, seria requerido o benefício previdenciário de pensão por morte.
3. Segundo o e. Superior Tribunal de Justiça, não configura julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial.
4. A Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), que regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, assegura-lhes o pleno exercício dos direitos civis e políticos.
5. Posteriormente, editou-se a Resolução Conjunta do Conselho Nacional da Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público de nº 3, de 19 de abril de 2012, que estabelece regras específicas para o assento de nascimento de indígena perante o Registro Civil das Pessoas Naturais e autoriza o registro tardio mediante a apresentação do RANI.
6. Conquanto não seja possível determinar com exatidão a data de nascimento do pai do impetrante, a expedição de certidão de nascimento administrativa, além de configurar um direito da parte, se revela necessária para a correção de equívocos ocorridos com a emissão da certidão de óbito do *de cujus*.
7. Sentença mantida.
8. Apelação e remessa necessária desprovidas.

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 à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por Júnior Duarte da Silva em face do Coordenador Regional da Fundação Nacional do índio - FUNAI, objetivando a expedição de segunda via do Registro de Nascimento Indígena - RANI de seu falecido pai, com o consequente registro de nascimento civil tardio.

O pedido liminar foi deferido (f. 30-31) e, ao final, concedida em parte a segurança para determinar a emissão de registro de nascimento indígena pela impetrada e a notificação do Cartório de Registro Civil da Comarca de Dourados/MS para que expeça certidão de nascimento tardio nos moldes legais (f. 65-67).

A FUNAI apelou, sustentando, em síntese, que:

a) os registros indígenas confeccionados pela apelante, embora sejam documentos públicos válidos, não são equiparados à documentação civil, de modo que falta ao impetrante interesse de agir no caso em apreço, porquanto a pretensão inicial é exclusivamente obter benefício previdenciário;

b) a sentença é *extra petita* e, portanto, nula, visto que o simples fato de ter sido lavrado o RANI tardio não gera direito ao registro civil, ainda mais quando não há pedido do impetrante nesse sentido;

c) não há qualquer prova pré-constituída nos autos acerca da data de nascimento do Sr. Argemiro Duarte, sendo, desta maneira, absolutamente indevida a concessão da segurança para emissão de registro de nascimento indígena tardio.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do e. Dr. Walter Claudius Rothenburg, opinou pelo desprovimento da apelação (f. 89-91).

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter a expedição do Registro de Nascimento Indígena - RANI do genitor do impetrante, com o consequente registro de nascimento civil tardio.

Inicialmente, afasto as alegações trazidas em preliminar.

Cumpre registrar que o impetrante possui, sim, interesse de agir no presente *mandamus,* a uma, porque o direito à certidão encontra-se previsto no artigo 5º, XXXIII e XXXIV,

"b", da Carta Magna, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, e a duas, porque a pretensão do impetrante cinge-se à obtenção do RANI de seu falecido pai e, consequentemente, ao registro de nascimento civil, não se tratando, assim, de demanda previdenciária, como alegado pela FUNAI, haja vista que nos autos há apenas menção de que, na posse de tais documentos, seria requerido o benefício previdenciário de pensão por morte.

Da mesma maneira, não há se falar em sentença *extra petita*, pois, como bem consignado no parecer ministerial, "mesmo que o impetrante não tenha sido cristalino no requerimento final da petição inicial do mandado de segurança, é possível perceber de forma nítida que o impetrante buscou tanto o registro administrativo de nascimento quanto a certidão civil de nascimento de seu falecido pai" (f. 90).

Isto é o que se extrai do seguinte trecho da petição inicial. Veja-se:

> Como já explicitado, o impetrante necessita que lhe seja fornecida a RANI - Registro Nascimento Indígena e, por consequência, a certidão de nascimento tardio pelo Cartório de Registro Civil de Dourados, para, somente assim, de posse dos referidos documentos, lhe seja possível dar entrada no pedido de pensão por morte (f. 03).

O e. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já firmou entendimento no sentido de que não configura julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. 1. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA AFASTADA PELO ACÓRDÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 2. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO COMPROVAÇÃO. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 3. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MONTANTE FIXADO DENTRO DOS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
> 1. *O Superior Tribunal de Justiça possui orientação no sentido de que "não configura julgamento ultra petita ou extra petita o provimento jurisdicional inserido nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial e não apenas de sua parte final" (AgRg no REsp 1.548.506/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJe 07/10/2016).* Inafastável, no ponto, o óbice da Súmula 83/STJ.
> 2. A revisão da conclusão alcançada pelo Tribunal de origem para reconhecer a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, tal como pretendido pelos recorrentes, esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ. (...)
> 4. Agravo interno a que se nega provimento. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. (AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1741173 2018.01.12730-0, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA: 03/09/2018 ..DTPB:.) (grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO. COBRANÇA DE ALUGUERES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCOR-

> RÊNCIA. INFRAÇÃO CONTRATUAL CARACTERIZADA. REEXAME DE FATOS E DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
> 1. *A jurisprudência do STJ entende que o pedido é o que se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, levando-se em conta os fatos narrados e a causa de pedir, sendo que não ocorre julgamento extra petita quando não há afronta aos limites objetivos do pedido e o resultado da decisão é uma decorrência lógica dos fatos e fundamentos expostos na exordial.* Precedentes.
> 2. A matéria trazida no recurso especial foi resolvida pela Corte de origem a partir da análise de fatos e provas, bem assim do exame de cláusulas do contrato entabulado entre as partes. Em tais circunstâncias, o acolhimento da tese do recurso especial pressupõe incursão sobre os elementos fático-probatórios dos autos, o que encontra obstáculo no entendimento consolidado pelas Súmulas 5 e 7 deste Tribunal Superior.
> 3. Agravo interno desprovido. ..EMEN:Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.
> (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 667492 2015.00.39794-0, LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:30/04/2018 ..DTPB:.) (grifei)

Superadas essas questões, passo ao exame do mérito.

A Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), que regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, assegura-lhes o pleno exercício dos direitos civis e políticos, nos seguintes termos:

> Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:
> (...)
> X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.
> (...)
> Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.
> Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.
> Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.
> Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

Posteriormente, editou-se a Resolução Conjunta do Conselho Nacional da Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público de nº 3, de 19 de abril de 2012, que estabelece regras específicas para o assento de nascimento de indígena perante o Registro Civil das Pessoas Naturais e autoriza o registro tardio mediante a apresentação do RANI. *In verbis*:

> Art. 4º. O registro tardio do indígena poderá ser realizado:I. mediante a apresentação do RANI;II. mediante apresentação dos dados, em requerimento, por representante da Fundação Nacional do Índio - FUNAI a ser identificado no assento; ou III. na forma do art. 46 da Lei nº 6.015/73. (grifei).

Sendo assim, ainda que não seja possível determinar com exatidão a data de nascimento do pai do impetrante, a expedição de certidão de nascimento administrativa, além de configurar um direito da parte, se revela necessária para a correção de equívocos ocorridos com a emissão da certidão de óbito do *de cujus*, devendo a r. sentença, portanto, ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5009104-46.2017.4.03.6100

Apelante: WAGNER PAVAN RAMOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE REQUERIMENTOS A SEREM PROTOCOLADOS. VIOLAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia. Precedentes.
2. A exigência de prévio agendamento para protocolizar requerimentos de benefícios previdenciários junto ao INSS, bem como a limitação de protocolos para cada advogado, configuram violação ao livre exercício da advocacia, pelo que merecem ser afastadas.
3. No entanto, não afronta o livre exercício da profissão de advogado a necessária observância de fila ou senha para atendimento, por se tratar de medida de organização interna dos serviços das agências do INSS, cuja finalidade é priorizar o interesse da coletividade e isonomia no atendimento dos usuários, inclusive com observância das preferências legais.
4. Do mesmo modo, não há como acolher o pleito de recebimento e protocolização em qualquer agência do INSS. A conduta da Autarquia ao estabelecer as regras sobre o processamento dos pedidos administrativos visa apenas à otimização dos serviços prestados, em respeito aos princípios da legalidade, eficiência e isonomia, pelo que não há que se falar em ato coator.
5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta por WAGNER PAVAN RAMOS em face da r. sentença proferida em mandado de segurança impetrado, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DA PREVIDENCIA SOCIAL - INSS, objeti-

vando determinação para que a autoridade impetrada "se abstenha de impedir o Impetrante de protocolizar mais de um benefício por atendimento, bem como, de obrigarem o protocolo apenas através do Atendimento por Hora Marcada".

Sustenta o impetrante que, na condição de advogado, ao requisitar certidões atinentes a seus mandatários, bem como ao protocolizar requerimentos de benefícios previdenciários, enfrenta óbice do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS sob a alegação de necessidade de agendamento prévio ou limitações de quantidade.

O pedido de liminar foi indeferido (ID 7829387).

A r. sentença julgou o pedido improcedente inicial e denegou a segurança, dando por resolvido o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Custas pelo impetrante. Sem honorários advocatícios a teor do artigo 25 da Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Em razões recursais, o impetrante sustenta, em síntese, que "a restrição de atendimento prioritário e ilimitado ao profissional advogado viola as prerrogativas profissionais consubstanciadas nos arts. 6º e 7º da Lei nº 8.906/94. Requer o provimento do apelo "para que possa usufruir de diferenciado atendimento nas agências do INSS, sem agendamento prévio, em local próprio e independentemente de distribuição de senhas durante o horário de expediente e se abstenha de impedir ao Autarquia ao Apelante que protocolize mais de um benefício por atendimento bem como de obrigar o protocolo de documentos e petições apenas por meio de agendamento prévio e retirada de senha."

Com contrarrazões (ID 7829405), os autos subiram a esta E. Corte.

Em parecer (ID 10844524), o ilustre representante do Ministério Público Federal, ao não vislumbrar a existência de interesse público, deixou de opinar quanto ao mérito.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Busca o impetrante, através do presente mandado de segurança, obter decisão judicial que lhes assegure, na qualidade de procurador de segurados do INSS, receber e protocolizar requerimentos administrativos ou outros documentos inerentes ao seu exercício profissional, em agências da Previdência Social, sem limitação de quantidade, todos sem a necessidade de agendamento, formulário ou senha.

Com efeito, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia, *in verbis*:

> EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Postos de atendimento do INSS. Advogados. Ficha de atendimento. Dispensa. Princípio da isonomia. Ofensa. Não ocorrência. Precedente. 1. No julgamento do RE nº 277.065/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma desta Corte assentou a natureza constitucional do tema em debate nestes autos e firmou a orientação de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia. 2. Agravo regimental não provido. (AI 748223 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014)

DECISÃO.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ATUAÇÃO DE ADVOGADOS NAS AGÊNCIAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSS. ILEGÍTIMA FIXAÇÃO DE RESTRIÇÕES AO ATENDIMENTO DE ADVOGADOS POR MEIO DE "FICHA DE ATENDIMENTO" E SERVIÇO DE AGENDAMENTO OU "HORA MARCADA". PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.
(RE 792514, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/05/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 12/05/2014 PUBLIC 13/05/2014)

DECISÃO.
AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ATUAÇÃO DE ADVOGADOS NAS AGÊNCIAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSS. ILEGÍTIMA FIXAÇÃO DE RESTRIÇÕES AO ATENDIMENTO DE ADVOGADOS POR MEIO DE "FICHA DE ATENDIMENTO" E SERVIÇO DE AGENDAMENTO OU "HORA MARCADA". PRECEDENTE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (ARE 807013, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 07/05/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 09/05/2014 PUBLIC 12/05/2014)

INSS - ATENDIMENTO - ADVOGADOS. Descabe impor aos advogados, no mister da profissão, a obtenção de ficha de atendimento. A formalidade não se coaduna sequer com o direito dos cidadãos em geral de serem atendidos pelo Estado de imediato, sem submeter-se à peregrinação verificada costumeiramente em se tratando do Instituto. (RE 277065, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 12-05-2014 PUBLIC 13-05-2014)

Assim, a exigência de prévio agendamento para protocolizar requerimentos de benefícios previdenciários junto ao INSS, bem como a limitação de protocolos para cada advogado, configuram violação ao livre exercício da advocacia, pelo que merecem ser afastadas.

No entanto, não afronta o livre exercício da profissão de advogado a necessária observância de fila ou senha para atendimento, por se tratar de medida de organização interna dos serviços das agências do INSS, cuja finalidade é priorizar o interesse da coletividade e isonomia no atendimento dos usuários, inclusive com observância das preferências legais.

Do mesmo modo, não há como acolher o pleito de recebimento e protocolização em qualquer agência do INSS. A Administração Pública é competente para dispor sobre seu próprio funcionamento e organização, motivo pelo qual a conduta da Autarquia ao estabelecer as regras sobre o processamento dos pedidos administrativos não afronta o livre exercício da advocacia. Ao contrário, visa apenas à otimização dos serviços prestados, em respeito aos princípios da legalidade, eficiência e isonomia, pelo que não há que se falar em ato coator.

Neste sentido, os precedentes desta E. Corte:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ADVOGADO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE ATENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que é ilegal a restrição ao exercício profissional da advocacia, à luz da Lei 8.906/1994, no que consista em exigência de prévio agendamento para atendimento ou limitação no número de petições a ser protocolado, o que não significa, porém, a dispensa da observância de fila ou senha para atendimento, como forma de ordenamento válido e regular do serviço administrativo, inclusive dada a própria existência de preferência legal para o atendimento de idosos, deficientes, gestantes etc.
2. A restrição viola direito líquido e certo, em prejuízo à liberdade de exercício profissional, direito de petição e princípio da legalidade. A busca de isonomia mediante restrição de direi-

tos é atentatória ao princípio da eficiência, pois, como inerente à jurisprudência consolidada, ao Poder Público incumbe ampliar e não limitar o acesso do administrado aos serviços que presta, sendo, entretanto, manifestamente inviável a pretensão de que se frustre a observância da ordem de atendimento decorrente do sistema de filas e senhas, que preserva inclusive as preferências legais.
3. Apelação provida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 367357 - 0005401-26.2016.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2017)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADVOGADO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - INSS - EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE PETIÇÕES.
1. O exercício de qualquer profissão está sujeito ao princípio da legalidade.
2. A otimização dos serviços administrativos autárquicos não constitui causa revocatória ou suspensiva do sistema legal.
3. A concessão de preferência ao advogado, a título de privilégio inerente ao exercício da profissão, não impede o INSS de respeitar outras classes de precedência previstas no sistema legal, como nos casos de idosos, gestantes e portadores de necessidades especiais.
4. Agravo de instrumento improvido.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 594090 - 0001209-86.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 22/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. NECESSIDADE DE AGENDAMENTO. EXIGÊNCIA AO ADVOGADO DE SENHA. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.
1. A exigência imposta aos advogados quanto à necessidade de prévio agendamento nos postos de atendimento do INSS, bem como a limitação quantitativa de requerimentos ao mesmo procurador configuram clara violação ao livre exercício profissional, devendo, contudo, ser observado o sistema de filas e senhas, que preserva, inclusive, as preferências legais.
2. Não há, no caso, privilégio ao advogado, mas sim observância das prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia.
3. Remessa necessária desprovida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 367750 - 0014506-33.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 24/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE PROTOCOLO DE PETIÇÕES E PRÉVIO AGENDAMENTO PARA ATENDIMENTO DE ADVOGADOS NAS AGÊNCIAS DO INSS. EXIGÊNCIA DE UMA SENHA POR ATENDIMENTO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PETIÇÃO E AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.
1. Discute-se nestes autos se houve violação das prerrogativas do advogado e abusividade no procedimento adotado nas agências do INSS para atendimento do apelado, mediante restrição de pedidos administrativos por senha, marcação de horário para protocolização e recebimento de requerimentos, bem como a impossibilidade de vista dos autos fora da repartição.
2. Não pode a Administração Pública restringir a defesa dos interesses dos segurados, devidamente representados por procurador, limitando o número de requerimentos, sob pena de violação ao livre exercício da atividade profissional e das prerrogativas próprias da advocacia, previstas nos arts. 5º, inciso XIII e 133, da Constituição Federal, bem como no art. 7º, inciso

VI, "c", da Lei n. 8.906/94.
3. A exigência de senha para atendimento ao público não constitui, por si só, afronta às prerrogativas do advogado, por se tratar de medida de organização interna das agências.
4. Contudo, a exigência de uma senha para cada procedimento requerido pelo mesmo advogado, além de violar direito líquido e certo do apelado, em prejuízo ao livre exercício da atividade profissional e ao direito de petição, não encontra respaldo legal, nem, tampouco, razoabilidade na medida imposta.
4. Apelação e Remessa Oficial improvidas.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 345124 - 0002196-50.2012.4.03.6127, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 22/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPARECIMENTO À AGENCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. FILAS E SENHAS. PRÉVIO AGENDAMENTO.
I - As restrições estabelecidas pelo INSS, em seus postos de atendimento, restringindo a atuação do advogado, mediante a retirada de senha para atendimento, não violam o livre exercício profissional, bem como as prerrogativas da advocacia. Isso ocorre porque o atendimento mediante o fornecimento de senhas, objetiva organizar o trabalho a fim de melhorar o atendimento ao destinatário final.
II - Nesse prisma, as normas atinentes ao horário e local de atendimento, assim como os procedimentos internos que visam à organização do trabalho devem ser obedecidas pelo público em geral, inclusive por advogados que atuem nesses locais, medida que não restringe direitos e garantias fundamentais, mormente o pleno exercício da advocacia.
III - Assim, a exigência de senhas para o atendimento nas Agências da Previdência Social não obsta o exercício da atividade profissional do advogado, desde que não haja a limitação de uma para cada procedimento requerido pelo mesmo advogado, bem como não seja exigido o prévio agendamento.
IV - Não está incluído no rol de direitos do advogado, previsto no artigo 7º, da Lei nº 8.906/94, o atendimento preferencial, sem necessidade de senha ou de obediência a ordem na fila. A r. sentença merece ser mantida a fim de assegurar à advogada impetrante que protocole junto ao INSS os pedidos de benefício de seus mandatários sem qualquer necessidade de agendamento prévio ou limitação de quantidade por atendimento, respeitando, porém, a distribuição de senhas e ordem de atendimento.
V - Apelações e remessa oficial não providas.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 365179 - 0010966-74.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 15/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017)

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSUAL CIVIL. ATENDIMENTO EM POSTO DO INSS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ADVOGADOS. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Assim, a r. decisão foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C.STJ, e desta E. Corte com supedâneo no art. 557, do antigo CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 277.065/RS, entendeu que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia.
3. Verifica-se que a limitação ao número de atendimento, vista dos autos e a exigência de prévio agendamento configuram impedimento ao livre exercício profissional da advocacia, em afronta aos arts. 5º, inc. XIII, e 133, da CF e ao art. 7º, inc. VI, "c", da Lei 8.906/94.
4. Não há que se falar em necessidade de agendamento e imposição de limite de quantidade

de pedidos a serem protocolados para que os advogados apresentem, em nome de seus representados, os requerimentos dos benefícios previdenciários e outros necessários à sua obtenção, como o pedido de cópias de processos, acertos cadastrais e de vínculos do CNIS, entre outros.
5. Agravo improvido.
(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 327507 - 0000685-54.2010.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 07/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2017)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. INSS. ADVOGADO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. EXIGÊNCIA DE AGENDAMENTO DE ATENDIMENTO COM HORA MARCADA. IMPOSSIBILIDADE.
I - Sujeição da sentença ao reexame necessário, consoante o disposto no art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/09.
II - A exigência de agendamento eletrônico para protocolo dos requerimentos de benefícios não atinge somente o direito dos segurados outorgantes, porquanto também obsta o efetivo exercício profissional do advogado contratado. Preliminar rejeitada.
III - Exigência de prévio agendamento para protocolo dos pedidos de benefícios previdenciários, bem como limitação a um único requerimento de cada vez que configuram restrição ao pleno exercício da advocacia.
IV - Afronta aos arts. 5º, inciso XIII e 133, da Constituição Federal, bem como ao art. 7º, inciso VI, "c", da Lei n. 8.906/94.
V - A exigência de senhas para o atendimento nas Agências da Previdência Social não impede o pleno exercício da atividade profissional do advogado, devendo ser afastada, tão somente, a exigência de uma para cada procedimento requerido pelo mesmo advogado.
VI - O pleiteado atendimento preferencial, sem necessidade de senha para tanto, ou de obedecer a ordem na fila, é contrário ao interesse da coletividade e ofende o princípio da isonomia, não estando, ainda, abrangido no rol de direitos explicitados e regulados nos diversos incisos e parágrafos do art. 7º, da Lei n. 8.906/94.
VII - Remessa Oficial, tida por ocorrida, improvida. Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 342619 - 0000790-58.2012.4.03.6138, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, julgado em 04/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ADVOGADO. INSS. VISTA DE AUTOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO AO NÚMERO DE PEDIDOS DE ATENDIMENTO POR VEZ. ILEGITIMIDADE. AFRONTA AOS ARTS. 5º, INC. XIII, E 133, DA CF E AO ART. 7º, INC. VI, "C", DA LEI 8.906/94. PROTOCOLO DE QUAISQUER PETIÇÕES E NÃO SUJEIÇÃO AO SISTEMA DE FILAS E SENHAS. DESCABIMENTO.
1. A Constituição Federal estabelece o direito à ampla defesa e ao contraditório, atribuindo-lhes a natureza de garantia fundamental, sendo que referidas garantias são asseguradas tanto no âmbito judicial como no administrativo (art. 5º, LV).
2. Constitui direito do advogado retirar os autos de processo administrativo da repartição competente (art. 7º, XV, do Estatuto da Ordem - Lei nº 8.906/94).
3. A jurisprudência desta Corte vem decidindo que constitui direito do advogado não apenas a extração de cópias, mas a efetiva carga dos autos do processo administrativo da repartição competente. Precedentes.
4. Notório o aumento da demanda no atendimento ao público do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia previdenciária, contudo a limitação de dias e horários de atendimento, bem como a restrição quanto ao número de requerimentos protocolizados cerceiam o pleno exercício da advocacia.

> 5. A limitação ao atendimento de um pedido de benefício previdenciário por vez, à vista dos autos e a exigência de prévio agendamento configuram impedimentos ao livre exercício profissional, em afronta aos arts. 5º, inc. XIII, e 133, da CF e ao art. 7º, inc. VI, "c", da Lei 8.906/94. Precedentes desta Corte.
> 6. Rejeitados os pedidos de não sujeição ao sistema de filas e senhas e de protocolo de quaisquer petições entregues pelo impetrante, à míngua de fundamentação jurídica e de respaldo legal, bem como tendo em vista a necessidade de organização para o atendimento, inclusive dos próprios advogados.
> 7. Sentença parcialmente reformada, tão somente para assegurar o direito de vista dos autos, observados os prazos e requisitos legais, afastar a exigência de prévio agendamento e da limitação ao atendimento de um pedido de benefício previdenciário por vez.
> 8. Apelação parcialmente provida.
> (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 316034 - 0024578-60.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 27/10/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/11/2011)

Destarte, reformo a r. sentença para conceder parcialmente a ordem a fim de garantir ao impetrante o direito de protocolar requerimentos de benefícios junto ao INSS sem prévio agendamento e sem limitação quantitativa de protocolos por atendimento.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à apelação do impetrante, nos termos acima consignados.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
5011684-94.2017.4.03.6182

Apelante: NESTLÉ BRASIL LTDA.
Apelado: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. LEI Nº 9.933/99. VARIAÇÃO DE PESO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO E AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES FORMAIS. MULTA. GRADAÇÃO. ARTIGO 9º DA LEI Nº 9.933/99.
A análise da observância quanto à correspondência do peso efetivamente encontrado na embalagem com aquele constante do rótulo era de ser feita nas próprias embalagens encontradas nos estabelecimentos varejistas e não na fábrica da autuada, não havendo qualquer irregularidade em tal procedimento.
Não há previsão legal albergue a realização de contraprova no processo administrativo, sobretudo quando inexistem razões que justifiquem a realização de nova perícia e a presença do representante da empresa autuada no ato.
Quanto à perícia, a jurisprudência é assente no sentido de que o juiz é o destinatário da prova e pode, assim, indeferir, fundamentadamente, aquelas que considerar desnecessárias, a teor do princípio do livre convencimento motivado.
Não há falar-se em infringência à Portaria Inmetro nº 248/2008, uma vez que a verificação pode se dar na fábrica, ou no ponto de venda, cujos critérios técnicos são distintos.
O valor fixado a título de multa não é dezarrazoado, pois observou os critérios estabelecidos no §1º do art. 9º da Lei nº 9.933/99, especialmente a reincidência da autuada, a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica da empresa e os prejuízos causados para o consumidor.
Não houve violação aos requisitos previstos no artigo 7º da Resolução nº 08, de 20/12/2006, do CONMETRO, à vista do auto de infração no qual consta a descrição da infração e a fundamentação legal. A identificação do lote e data de fabricação não constituem dados obrigatórios que devam constar do auto de infração e, tendo enviado representante para acompanhar a perícia realizada em âmbito administrativo, restou oportunizado o aferimento dos produtos fiscalizados.
Descabida ainda a tentativa de imputação de responsabilidade à empresa comerciante, à vista do contido no art. 5º da Lei nº 9.933/99.
Já no que concerne ao valor da multa aplicada, não cabe ao Judiciário interferir em questões relativas ao mérito administrativo resguardado pelo poder discricionário, salvo flagrante ilegalidade, não verificada na hipótese dos autos.
Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela NESTLÉ BRASIL LTDA da r. sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal, nos quais se discute multa aplicada pelo INMETRO, ante as divergências encontradas entre o peso constante na embalagem de alguns produtos da marca Nestlé e o peso real desses. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Em seu recurso alega, em preliminar, cerceamento de defesa, ante a necessidade de realização de prova pericial para que produtos semelhantes sejam coletados na fábrica para confrontação com os resultados alcançados pela autarquia autuante, os quais, segundo alega, foram provenientes de coletas realizadas em pontos de venda, em contrariedade à Resolução CONMETRO 248/2008. Entende que a medição dos produtos deve ser feita no local onde são fabricados e não nos locais de venda. No ponto, ressalta que a perícia realizada na fábrica assegura o exame de produtos oriundos do mesmo lote.

Alega, ainda, a nulidade dos atos administrativos em desconformidade com a Resolução Conmetro nº 08/06, em razão da ausência de informações essenciais.

Sustenta que no laudo pericial constante do processo administrativo nº 1906/2014, o qual instrui a execução fiscal subjacente, processo nº 5001857-59.2017.4.03.6182, inexiste menção expressa às propriedades dos itens periciados, em violação às determinações constantes do artigo 7º da Resolução nº 8/2006 do CONMETRO.

No tópico, acresce que foram editadas normas pela Diretoria de Metrologia – DIMEL regulamentadoras do procedimento de autuação dos produtos pré-medidos, dentre essas os formulários de preenchimento obrigatório, os quais, contudo, relativamente ao auto de infração em comento, não identificam pormenorizadamente os produtos examinados. Tais deficiências, segundo alega, dificultam a defesa da embargante.

Defende que os formulários integrantes do "Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades" não obedeceram aos requisitos previstos no artigo 9º da Lei nº 9.933/99, apresentando-se incorretos ou incompletos. Esclarece que, na elaboração desse quadro pelo IPEM/SP, restou assinalada a opção incorreta para o estabelecimento da multa do auto de infração em testilha, em desacordo, pois, com o estabelecido no artigo 12 da Resolução 08/2006 do CONMETRO.

No mérito, afirma que realiza minucioso procedimento de fiscalização interna para impedir que seus produtos saiam da fábrica com eventual variação de volume, de modo que eventual variação, ainda que irrisória, somente poderia surgir em decorrência de inadequação do transporte, armazenamento e/ou medição. Requer, desta feita, a realização de nova avaliação tomando-se por base as amostras coletadas diretamente em sua fábrica.

Observa que há desproporcionalidade entre a suposta infração cometida e a sanção

aplicada, cabendo ao caso a pena de advertência, ante a existência de quantidade ínfima das porcentagens e gramaturas. Acresce que não houve lesão aos consumidores vez que os produtos não foram comercializados.

Alega que obedece às margens de tolerância fixadas em regulamento metrológico, sendo o equipamento de pesagem da apelante programado com o "peso referencial" com uma margem superior a do "peso nominal".

Sustenta, finalmente, que o montante aplicado a título de multa fere o princípio da razoabilidade, em desobediência à gradação da pena prevista no artigo 9º e §1º da Lei nº 9.933/99, sobretudo se considerado o desvio mínimo de 3,8g. No ponto, entende aplicável a circunstância de redução disposta no §3º, inciso II do artigo 9º da referida Lei, mesmo porque, segundo o entendimento da recorrente, não houve motivação adequada quanto à penalidade aplicada.

Pede, por fim,

> ...seja julgado procedente os Embargos à Execução, diante da inocorrência de violação da regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos clientes da Apelante, bem como diante da ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa para que fosse aplicada penalidade de multa em valor arbitrário e excessivo, reconhecendo a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e afastando a penalidade de multa imposta. Caso assim não se entenda, seja determinada a redução do valor aplicado a título de multa.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Tenho que a r. sentença monocrática merece ser mantida.

Cinge-se a controvérsia sobre a confecção de laudos de exames quantitativos realizados pelo Instituto de Metrologia, Qualidade e Tecnologia -INMETRO, nos quais foram reprovadas as amostras analisadas, resultando na lavratura do Auto de Infração nº 2619134, em 14/02/2014, gerando o processo administrativo nº 1906/2014, e cominação de multa administrativa, objeto da execução fiscal nº 5001857-59.2017.4.03.6182.

Apurou a autoridade autuante que "... o produto PREPARADO PARA CALDO DE GALINHA, marca MAGGI, embalagem PAPELÃO, conteúdo nominal 126 g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério da Média conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, número 1298099, que faz parte integrante do presente auto", constituindo infração ao disposto nos artigos 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c/c o item 3, subitem 3.1, tabela II, do Regulamento Técnico Metrológico aprovado pelo artigo 1º da Portaria INMETRO nº 248/2008. (id 6483676)

Da alegação de cerceamento de defesa.

Entendo descabida a realização de perícia para que produtos semelhantes sejam coletados na fábrica da apelante para nova avaliação técnica de comparação, seja na esfera administrativa ou judicial.

A análise da observância quanto à correspondência do peso efetivamente encontrado na embalagem com aquele constante do rótulo era de ser feita nas próprias embalagens encontradas nos estabelecimentos varejistas, não havendo qualquer irregularidade em tal procedimento.

Deveras, a perícia foi corretamente realizada nas embalagens encontradas com pesagem a menor, e não na linha de produção da empresa, mesmo porque não bastava que o produto saísse da fábrica com a pesagem correta, no limite mínimo, se, posteriormente, devido a condições climáticas ou de armazenagem supervenientes, o peso experimente diminuição, ficando aquém do estabelecido na embalagem.

Ademais disso, a autuação foi efetivada no ano de 2014. Assim, tal prova não retrataria a situação vigente à época da autuação, que pode ter sofrido alteração, além do fato de que a autuação se refere às embalagens flagradas com pesagem a menor nos estabelecimentos varejistas naquele ano, sendo que eventual verificação no processo produtivo atual da apelante, não excluiria a situação flagrada naquela época.

Nesse contexto, somente uma perícia nas próprias embalagens autuadas poderia afastar as conclusões da perícia feita pelo INMETRO. Esta, no entanto, é inviável, face ao desaparecimento do objeto periciando, presumindo-se a veracidade da prova pericial feita pelo INMETRO no bojo do processo administrativo.

Outrossim, sobre a perícia a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o juiz é o destinatário da prova e pode, assim, indeferir, fundamentadamente, aquelas que considerar desnecessárias, a teor do princípio do livre convencimento motivado. A propósito: AgInt no REsp 1619836/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 22/08/2018; AgInt no AREsp 918766/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 08/08/2018; AgInt no AREsp 1125060/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 24/04/2018.

Sob esse enfoque, no que toca à alegação de nulidade do auto de infração por não lhe ter sido oportunizada a contraprova, ressalte-se que não há previsão legal que a albergue, inexistindo razões que justifiquem a realização de nova perícia. Não foi constatado qualquer vício ou incorreção no procedimento administrativo a amparar a pretensão da recorrente, sobretudo porque intimada a participar da perícia realizada em âmbito administrativo.

Com efeito, permite-se que a perícia seja presenciada por representante legal da empresa, justamente para apontar eventual irregularidade verificada no momento do exame. No caso concreto, a apelante foi devidamente comunicada da data e hora da perícia, conforme documento acostado no id 6483676, p. 5, oportunidade em que a recorrente enviou representante para acompanhar o ato (id 6483676 – p.9).

De outra banda, não prospera a alegação de violação ao item 2.2 da Resolução CONMETRO nº 248/2008.

Na verdade, referia-se a recorrente à Portaria Inmetro nº 248, de 17/07/2008, cujo item invocado vem assim disposto:

> (...)
> 2.2. PRODUTO PRÉ-MEDIDO DE CONTEÚDO NOMINAL IGUAL É todo produto embalado e/ou medido sem a presença do consumidor, com conteúdo nominal igual e predeterminado na embalagem durante o processo de fabricação.
> (...)

Essa Portaria aprovou o Regulamento Técnico Metrológico, aplicável na verificação dos *conteúdos líquidos dos produtos pré-medidos, com conteúdo nominal igual, expresso em*

massa ou volume nas unidades do SISTEMA INTERNACIONAL DE UNIDADES. (item 1.1). Bem de se ver, pois que esse regulamento obedece a normas internacionais.

Não há falar-se em infringência a tal norma administrativa, uma vez que a verificação pode se dar na fábrica, ou no ponto de venda, cujos critérios técnicos são distintos.

No caso dos autos, foi realizada coleta de produtos pré-medidos em ponto de venda, obedecidos os conceitos técnicos definidos no Regulamento Técnico Metrológico, o qual distingue quando a verificação é realizada na fábrica. Significa dizer, a coleta de produtos no comércio varejista e na fábrica obedecem a critérios próprios e distintos.

Afasta-se, pois, a alegação de cerceamento de defesa.

No mais, a competência do INMETRO para o exercício do poder de polícia vem estabelecida na Lei n. 9.933/99, *verbis*:

> Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:
> I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;
> II - elaborar e expedir regulamentos técnicos que disponham sobre o controle metrológico legal, abrangendo instrumentos de medição; (Redação dada pela Lei nº 12.545. de 2011);
> III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal
> IV - exercer poder de polícia administrativa, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, abrangendo os seguintes aspectos: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).;
> a) segurança; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> b) proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> c) proteção do meio ambiente; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> d) prevenção de práticas enganosas de comércio; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> V - executar, coordenar e supervisionar as atividades de metrologia legal e de avaliação da conformidade compulsória por ele regulamentadas ou exercidas por competência que lhe seja delegada; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
> VI - atuar como órgão acreditador oficial de organismos de avaliação da conformidade; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> VII - registrar objetos sujeitos a avaliação da conformidade compulsória, no âmbito de sua competência; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> VIII - planejar e executar atividades de pesquisa, ensino e desenvolvimento científico e tecnológico em metrologia, avaliação da conformidade e áreas afins; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> IX - prestar serviços de transferência tecnológica e de cooperação técnica voltados à inovação e à pesquisa científica e tecnológica em metrologia, avaliação da conformidade e áreas afins; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> X - prestar serviços visando ao fortalecimento técnico e à promoção da inovação nas empresas nacionais; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> XI - produzir e alienar materiais de referência, padrões metrológicos e outros produtos relacionados; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> XII - realizar contribuições a entidades estrangeiras congêneres, cujos interesses estejam amparados em acordos firmados entre si ou entre os respectivos países, como uma única ação; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> XIII - designar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de caráter técnico

nas áreas de metrologia legal e de avaliação da conformidade, no âmbito de sua competência regulamentadora; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
XIV - atuar como órgão oficial de monitoramento da conformidade aos princípios das boas práticas de laboratório; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
XV - conceder bolsas de pesquisa científica e tecnológica para o desenvolvimento de tecnologia, de produto ou de processo, de caráter contínuo, diretamente ou por intermédio de parceria com instituições públicas ou privadas; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
XVI - estabelecer parcerias com entidades de ensino para a formação e especialização profissional nas áreas de sua atuação, inclusive para programas de residência técnica; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
XVII - anuir no processo de importação de produtos por ele regulamentados que estejam sujeitos a regime de licenciamento não automático ou a outras medidas de controle administrativo prévio ao despacho para consumo; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
XVIII - representar o País em foros regionais, nacionais e internacionais sobre avaliação da conformidade. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
§ 1o Para o exercício da competência prevista no inciso V do caput, o Inmetro poderá celebrar, com entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, convênios, termos de cooperação, termos de parceria e outros instrumentos contratuais previstos em lei. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
§ 2o As bolsas de que trata o inciso XV do caput poderão ser concedidas para estrangeiros que preencham os requisitos legais para a permanência no País. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

Sobre a penalidade aplicada, destaque-se os seguintes dispositivos legais:

Art. 8º. Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
I - advertência;
II - multa;
III - interdição;
IV - apreensão;
V - inutilização; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
VI - suspensão do registro de objeto; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
VII - cancelamento do registro de objeto. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R$ 100,00 (cem reais) até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
I - a gravidade da infração; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
II - a vantagem auferida pelo infrator; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
IV - o prejuízo causado ao consumidor; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
V - a repercussão social da infração. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
I - a reincidência do infrator; (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

> II - a constatação de fraude; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> § 3º. São circunstâncias que atenuam a infração: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).
> I - a primariedade do infrator; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).
> § 4º. Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8o deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.
> § 5º. Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.

Observe-se que a Lei nº 9.933/99, em seu art. 9º, estabelece que a multa aplicada ao infrator pode variar entre R$100,00 e R$1.500.000,00.

No caso, foi aplicada à recorrente a multa de R$8.755,00.

Ao contrário do sustentado pela apelante, entendo que a aplicação em tal patamar não é dezarrazoada, pois observa os critérios estabelecidos pelo § 1º do art. 9º, especialmente o fato de a autuada ser reincidente, sendo certo que a Administração, conforme se apura da decisão administrativa, levou em consideração "... além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica da empresa e, principalmente, seus antecedentes, assim como, o prejuízo causado para o consumidor". (id 6483676 – p.24)

Por outro lado, a questão da diferença a menor apurada ter sido mínima não tem o condão de reduzir-lhe a penalidade, pois, apesar de pequena, ultrapassou a margem de tolerância. Assim, do histórico da apelante, aliado à previsão do §2º do art. 9º da Lei nº 9.933/99, conclui-se que a penalidade aplicada é adequada e conforme os ditames legais.

Portanto, uma vez demonstrada a comercialização do produto em quantidade inferior à tolerada pelos exames metrológicos, levando em conta o peso indicado na embalagem, resta configurada infração passível de penalidade.

Desse sentir a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. MULTA. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Recurso especial em que se discute a legalidade de sanção aplicada em razão de infrações à Lei 9.933/1999.
> 2. Hipótese em que a multa foi fixada no valor de R$ 9.331,20 (nove mil, trezentos e trinta e um reais e vinte centavos), entre os limites legais de R$ 100,00 (cem reais) e R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valores referentes às infrações leves.
> 3. A sistemática da Lei 9.933/1999 possui, como objetivo maior, o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade. Nesse sentido: REsp 1.102.578/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 29/10/2009.
> 4. A penalidade obedeceu os limites legais e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tendo o Tribunal de origem fixado a multa em razão das peculiaridades do caso e do processo administrativo que aplicou a multa, reformar o acórdão encontra óbice na súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 719758/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 26/08/2015)

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. MULTA ADMINISTRATIVA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Dessarte, como se observa de forma clara, não se trata de omissão, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses da parte.
> 2. No caso, o Tribunal de origem, com base no acervo probatório dos autos, concluiu pela motivação da multa administrativa imposta pelo INMETRO, pela proporcionalidade e razoabilidade da sanção aplicada, em virtude da vantagem auferida, da condição econômica do infrator, e do prejuízo causado ao consumidor. Assim, alteração das conclusões adotadas pela Corte local, ensejaria o reexame de matéria fática, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 598847/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 03/02/2015)

Afasto, igualmente, a alegação de violação ao artigo 7º da Resolução nº 08, de 20/12/2006, do CONMETRO por ausência de descrição da infração.

Deveras, à vista do auto de infração (id 6483676 p.3), todos esses requisitos foram efetivamente observados, constando, ao contrário do alegado pela recorrente, a descrição da infração: "Por verificar que o produto PREPARADO PARA CALDO DE GALINHA, marca MAGGI, embalagem PAPELÃO, conteúdo nominal 126 g, comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, no critério da Média conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, número 1298099, que faz parte integrante do presente auto" e continua "o que constitui Infração ao disposto no artigos 10 e 50 da lei nº 9.933/1999 c/c o Item 3, sub-item 3.1, tabela II, do RegulamentoTécnico Metrológico aprovado pelo artigo 1º da Portaria Inmetro nº 248/2008".

De outro lado, como bem asseverou a autarquia, a identificação do lote e data de fabricação não constituem dados obrigatórios que devam constar do auto de infração e, tendo enviado representante para acompanhar a perícia realizada em âmbito administrativo, à apelante fora oportunizado aferir os produtos fiscalizados.

Quanto ao não preenchimento dos formulários DIMEL (Diretoria de Metrologia Legal), valho-me novamente das alegações do INMETRO

> Cumpre esclarecer que o formulário 026 da DIMEL constitui mera 'continuação' do formulário 025, que possui campos complementares para que sejam acrescentadas informações acerca das unidades que extrapolem o número de campos do formulário 025. Tais formulários destinam-se, dentre outras coisas, a apontar o local da coleta dos produtos fiscalizados, as especificações e o número de unidades analisadas, os critérios de análise, a conclusão a que se chegou, etc. Entretanto, conforme consta do processo administrativo já constante dos autos, todas as informações necessárias constam do respectivo PA, de forma que nada há de irregular, inclusive, com relação a essa questão, até porque a Apelante exerceu seu pleno direito de ampla defesa e contraditório, o que não nega.

Não há, pois, qualquer irregularidade formal no auto de infração impugnado, tampouco no processo administrativo nº 1906/2014.

Descabida ainda a tentativa de imputação de responsabilidade à empresa comerciante, à vista do contido no art. 5º da Lei nº 9.933/99:

> Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Reforça a tese o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) VIII- colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;

E o art. 3º do mesmo diploma esclarece:

> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Já no que concerne ao valor da multa aplicada, não cabe ao Judiciário interferir em questões relativas ao mérito administrativo, resguardado pelo poder discricionário, salvo flagrante ilegalidade, não verificada na hipótese dos autos.

Com efeito, a quantia estipulada obedece aos valores estabelecidos no art. 9º, caput, da Lei nº 9.933/99, estando, inclusive, muito mais próxima do mínimo (R$ 100,00) do que do valor máximo permitido (R$ 1.500.000,00).

Ademais, conforme aduz a autarquia,

> ... necessário pontuar que os antecedentes da empresa autora junto a esta autarquia mostram-se significativamente desfavoráveis, à medida em que inúmeros são os casos de autuações anteriores, o que influi de forma decisiva na quantificação da penalidade a ser aplicada. Restou configurado que a autora era reincidente à época das infrações verificadas, a justificar o gravame na forma do §2º do art. 9º da Lei nº 9.933/99. Em reforço, verifica-se que a condição econômica do agente é grande, pois a empresa possui capital social de mais de 450 milhões de reais, acarretando a majoração da multa, sob pena de não se atingir a finalidade preventiva da sanção. É cediço que se o valor da multa for irrisório, compensar-se-á mais cometer a infração do que investir capital na forma correta de agir. Não pode a autora alegar desconhecimento desses fatos, o que demonstra, por lógico, que os pontos contestados pela parte autora no denominado 'Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades' em nada lhe pode beneficiar, porquanto, mesmo que se comprove que se encontram equivocados, tais pontos em nada muda o quantum da multa aplicada, já que a análise para seu estabelecimento levou em considerações todas as diretrizes legais acima apresentadas (art. 27 da Portaria 002/99). (id 6483812 – p.13)

Depreende-se, pois, que as multas foram fixadas dentro da razoabilidade e proporcionalidade, obedecida a gradação constante do artigo 9º da Lei nº 9.933/99, razão pela qual também não comporta redução.

Assim, havendo discrepância entre o conteúdo nominal indicado no invólucro e o conteúdo constatado em exame técnico, que não atingiu o mínimo tolerável de acordo com as normas técnicas, deve haver a aplicação das sanções previstas.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
5000409-15.2018.4.03.6118

Apelante: MÁRCIA CRISTIANE RIBEIRO
Apelada: INDÚSTRIA DE MATERIAL BÉLICO DO BRASIL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/02/2019

EMENTA

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL - EMPRESA PÚBLICA – CESSÃO DE ÁREA MEDIANTE COMODATO – RESPONSABILIDADE DO COMODATÁRIO PELA GUARDA E MANUTENÇÃO DA COISA – ILEGITIMIDADE DE PARTE – SENTENÇA MANTIDA.
I – A área na qual se encontra a quadra poliesportiva, onde ocorreu o infortúnio que vitimou o filho da apelante, conquanto pertença à empresa pública apelada, fora objeto de comodato ao Clube Recreativo Estrela (contrato a fl. 62 do id 4021323) em 24 de junho de 2004, com prazo de duração de 2 anos e renovação automática. Não se tem nos autos notícia de que o contrato tenha sido rescindido.
II – A responsabilidade pela manutenção da área e dos bens cedidos em comodato é do comodatário, conforme disposto em cláusula contratual e no artigo 582 do Código Civil.
III – À luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual deve haver equilíbrio e igualdade entre as partes contratantes, assegurando-se trocas justas e proporcionais. Neste sentido, a cessão gratuita da área pública para pessoa jurídica de natureza privada, com CNPJ próprio e com o objetivo de ser um clube social, deve corresponder à obrigação de o clube assumir a responsabilidade pelos danos causados aos seus associados e a terceiros que o frequentem.
IV – Não havendo apelação contra a falta de condenação nas verbas de sucumbência, não pode o Tribunal modificar a sentença, sob pena de incorrer no vedado reformatio in pejus.
V – Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Márcia Cristiane Ribeiro em face de sentença que, em ação indenizatória proposta contra Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, VI, do CPC, deixando de

condenar a autora em honorários advocatícios por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Alega, em síntese, que a ação foi ajuizada objetivando indenização em decorrência do óbito do filho da apelante, aos 12 (doze) anos de idade, em decorrência da queda de uma trave de futebol sobre a sua cabeça, que lhe causou traumatismo crânio encefálico. Diz que, ao contrário do que estabeleceu a sentença, a legitimidade passiva da IMBEL é evidente porque o infortúnio não ocorreu na área objeto de comodato e, mesmo que fosse nas dependências do clube não há como se eximir do dever legal de zelar pelo cumprimento do instrumento de comodato firmado com o Clube Recreativo Estrela.

Sustenta que as provas que instruíram os autos "não podem ser considerada despicienda, mesmo que o infortúnio tivesse ocorrido na área objeto de comodato, que vale ressaltar, NÃO FOI, que mesmo que fosse, a parte contrária não poderia negligenciar o integral cumprimento do pactuado com o comodatário", salientando que o evento ocorreu fora das dependências do Clube, na área militar da IMBEL, local aberto ao público em geral.

Afirma que do conjunto probatório se extrai que "não há dúvidas de que a vítima João Gabriel Ribeiro da Costa faleceu nas dependências da Apelada, bem como que o evento poderia ter sido evitado, caso a empresa IMBEL zelasse pela manutenção de seu patrimônio". Argumenta, ainda, que não se pode falar em culpa recíproca porque é previsível que qualquer criança ou adolescente venha a se pendurar em traves de futebol.

Defende que a responsabilidade da IMBEL é evidente por "não manter seu patrimônio em perfeito estado de conservação e uso, ainda mais por franquear a entrada de pessoas estranhas ao quadro de moradores da Vila Militar, Clube e funcionários, que por conseguinte, negligenciou na segurança do local e no controle de acesso ao espaço (quadra poliesportiva), que no mínimo deveria ser objeto de cuidado, por conta de seu precário estado que se encontrava (vide fls. 36)".

Argumenta que ainda que se considere que o infortúnio tenha acontecido na área do comodato, a responsabilidade da apelada é manifesta diante das cláusulas 3.3 e 3.6 do contrato, que se referem ao dever de fiscalização e de observância das normas de segurança. Desse modo, ao ceder a área para o clube a IMBEL estava ciente de seu dever de tomar providências preventivas, oferecendo segurança aos usuários. Ao permitir a prática de atividades esportivas em quadra deteriorada assumiu risco extremamente acentuado, havendo culpa da qual decorre o dever de indenizar.

Com relação ao valor da pensão mensal e seu termo final, defende a sua fixação nos termos do item "a" do pedido da petição inicial, incidindo até que complete 73 anos, 5 meses e 24 dias. Quanto ao dano moral, alega ser este *in re ipsa*, dispensando-se prova, devendo ser fixado em valor não inferior ao pleiteado no item "b" do pedido.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (id 4021326, fls. 73/115).

Digitalizado o feito, constatou-se a ausência dos atos processuais registrados em sistema audiovisual (id 4021331), os quais foram juntados no incidente nº 4021433.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES: Cuida-se de apelação contra sentença que, em ação indenizatória, extinguiu o feito

sem resolução do mérito por força da ilegitimidade de parte passiva.

Segundo a petição inicial, no dia 08.04.2011 o infante João Gabriel Ribeiro da Costa, filho da apelante, então com 12 anos de idade, se pendurou na trave do gol da quadra de futebol localizada nas dependências da apelada, a qual tombou e caiu sobre a sua cabeça, provocando as lesões corporais que foram a causa de sua morte.

Segundo o apurado em inquérito policial pela polícia científica, as traves metálicas estavam em mau estado de conservação, apresentando-se enferrujadas e parcialmente rompidas/fraturadas pela ação do tempo e pala falta de manutenção, encontrando-se soltas, sem fixação no piso, o que permitia sua remoção, deslocamento ou tombamento.

A ação foi proposta na Justiça Estadual contra a Indústria de Materiais Bélicos IMBEL. Por se tratar de empresa pública federal, cuja autorização de criação foi prevista pela Lei nº 6.227/75, foi determinada a remessa do feito para a Justiça Federal (id 4021323, fl. 68).

Sentenciou o juízo que a apelada era parte ilegítima para figurar na lide porque o acidente ocorreu em área cedida por contrato de comodato. Constou da sentença (fl. 50 do id 4021326):

> Entendo ser parte ilegítima para figurar no polo passivo a IMBEL, uma vez que a empresa pública não se encontrava na posse do imóvel, sendo de responsabilidade do Clube Recreativo Estrela "Manter a área e bens cedidos em Comodato em perfeito estado de conservação, reparos e pintura, responsabilizando-se por eventuais danos e/ou prejuízos causados aos mesmos", conforme contrato de comodato firmado entre a Ré e o referido Clube antes do acidente que vitimou o filho da Autora.

A legislação civil define o comodato como o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição do objeto (artigo 579 do Código Civil).

A área na qual se encontra a quadra poliesportiva, conquanto pertença à empresa pública apelada, fora objeto de comodato ao Clube Recreativo Estrela (contrato a fl. 62 do id 4021323) em 24 de junho de 2004, com prazo de duração de 2 anos e renovação automática. Não se tem nos autos notícia de que o contrato tenha sido rescindido.

Assim, estando vigente o contrato de comodato, não há como se responsabilizar a empresa pública federal pela manutenção do bem, responsabilidade esta que é de atribuição do comodatário (Clube Recreativo Estrela) consoante *explicitamente* dispõe a cláusula terceira do contrato, em seu item 3.5:

> CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DO COMODATÁRIO
> (...)
> 3.5 – Manter a área e bens cedidos em Comodato em perfeito estado de conservação, reparos e pintura, responsabilizando-se por eventuais danos e/ou prejuízos causados aos mesmos, excetuando-se aquelas decorrentes de calamidade que deverão ser levados ao conhecimento da IMBEL de imediato, para estudo da solução adequada.

Aduzida obrigação, não obstante a cláusula contratual, também possui respaldo na lei, já que constitui obrigação do comodatário conservar a coisa como se sua fosse. Neste sentido transcrevo o artigo 582 do Código Civil:

> Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

De igual modo já decidiu, em caso concreto, o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao reconhecer que com a transferência do bem cabe ao comandatário mantê-lo em perfeito estado, desobrigando o comodante. Confira-se:

> AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE COMODATO DE AMBULÂNCIA. RESPONSABILIDAE DE MANUTENÇÃO.
> 1 - A partir da transferência da posse do bem – a ambulância, o Município passou a ter a obrigação de mantê-lo em perfeito estado, como recebido em comodato (art.1251 do Código Civil). Esta espécie de contrato só cria obrigações para o comodatário e o certo e não contestado é que o bem foi entregue em bom estado (fls.06).
> 2- É curial que o comodatário deve ter com a coisa dada em comodato a diligência que costuma ter com suas próprias coisas, e qualquer reparo conservatório deve ser por ele feito, sendo juridicamente irrelevante, para a presente lide, a tentativa de acusar administrador anterior. Desta forma, é mister a procedência do pedido com a condenação do Réu ao pagamento do valor do bem, pois era da sua responsabilidade a manutenção da coisa que lhe foi confiada.
> 3- Remessa Necessária conhecida, porém desprovida.
> (TRF2, Proc. nº 0010714-32.1997.4.02.0000, Rel. Des. Federal Poul Erik Dyrlund, j. 11.05.2004, DJe 20.05.2004)

Portanto, ao meu aviso, não há como se imputar a responsabilidade à IMBEL.

No mais, à luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual, deve haver equilíbrio e igualdade entre as partes contratantes, assegurando-se trocas justas e proporcionais. Neste sentido, a cessão gratuita da área pública para pessoa jurídica de natureza privada, com CNPJ próprio e com o objetivo de ser um clube social, deve corresponder à obrigação de o clube assumir a responsabilidade pelos danos causados aos seus associados e a terceiros que o frequentem.

Deixo de me pronunciar sobre os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência por não ter havido condenação pela sentença e não ter havido recurso da apelada quanto a este ponto, sendo vedado o *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0001142-34.2007.4.03.6124

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelado: GILBERTO MAZETE
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/02/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO RETIDO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LIMITE DE RECUO E SEGURANÇA. 100M. USINA HIDROELÉTRICA. IMPOSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO. LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.
1. Agravo retido não conhecido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art. 523, § 1º, do código de processo civil de 1973.
2. A Constituição da República garantiu, em seu art. 225, *caput*, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
3. Nesse diapasão, a Lei nº 4.771/65, Código Florestal então vigente, descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja criação decorre, portanto, da própria lei, que concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais, a teor da alínea b.
4. Por sua vez, a Lei nº 6.938/1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu no art. 8º as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama).
5. Ademais, como é cediço, compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), enquanto órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, promover a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais, nos termos do disposto na Lei nº 6.938/81.
6. Nesse contexto, o exercício regular do poder de polícia pelo citado órgão público desdobra-se na atividade fiscalizatória e de controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental, em consonância com a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, conforme expresso na Lei nº 6.938/1981 e alterações, especialmente em seus arts. 6º, IV, 10, *caput*, § 4º, 11 e 17.
7. No que concerne especificamente à competência do Analista Ambiental, a Lei nº 10.410, de 11 de janeiro de 2002, que criou a carreira de Especialista em Meio Ambiente, prevê expressamente no art. 4º, I, que são atribuições dos ocupantes do cargo a regulação, controle, fiscalização, licenciamento e auditoria ambiental. Não há como prosperar, assim, eventual alegação de não ter o Analista Ambiental que lavrou o auto de infração atribuição fiscalizatória, haja vista expressa previsão legal nesse sentido.
8. Com base na legislação descrita e nos termos do entendimento do E. STJ, no pre-

sente caso, deve ser considerada como a área de preservação permanente, merecendo a proteção adequada, a faixa de 100 (cem) metros em torno do lago formado pela hidroelétrica de Ilha Solteira, no curso de água do Rio Paraná. Assim, devem ser mantidos os atos de autuação, a imposição de multa e o embargo.
9. Invertidos os ônus sucumbenciais.
10. Agravo retido não conhecido. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer o agravo retido e dar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA:

Trata-se de apelação e remessa necessária, tida por interposta, em ação de rito ordinário, ajuizada com o objetivo de anular o Auto de Infração nº 433729 - Série D, com o cancelamento da multa aplicada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), assim como o Termo de Embargo/Interdição nº 0201987 - Série C.

A tutela antecipada restou indeferida.

Assim, foi interposto agravo de instrumento, o qual, em 17/09/2007, restou convertido em retido, com fulcro no art. 527, II do CPC/73.

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido. Condenou o IBAMA a suportar toas as despesas processuais e também a arcar com os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

A tutela jurisdicional foi antecipada, de forma a autorizar ao autor o prosseguimento à obra embargada/interditada, sustando, ainda, todo e qualquer efeito da autuação e multa.

A sentença não foi submetida ao reexame necessário (art. 475, I, § 2º, do CPC/73).

Apelou o IBAMA, requerendo a reforma da sentença. Alega, em síntese, que as normas editadas pelo CONAMA são totalmente válidas, sendo que tanto pela Resolução nº 04/1985 quanto pela Resolução nº 302/2002, o autor deveria ter respeitado o limite de recuo e segurança de 100 (cem) metros, a contar da cota máxima de operação do reservatório, para promover as alterações no ambiente, pois tal faixa é considerada de preservação permanente; que o loteamento onde está inserida a propriedade do autor não se enquadra no conceito de "área urbana consolidada", pois além de não possuir rede de esgoto, não conta com densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por Km²; que se trata de loteamento novo, em área rural, cujo parcelamento o solo deverá obedecer aos limites fixados para tal espécie; que a aprovação do loteamento pelo Município pressupõe o respeito ao limite de 100 metros, a contar da cota máxima de operação da UHE, considerada área de preservação permanente.

Pleiteia ainda que seja concedido efeito suspensivo à tutela antecipada deferida na sentença, até o julgamento definitivo do feito.

O efeito suspensivo não foi concedido em relação à tutela antecipada, razão pela qual o IBAMA interpôs agravo de instrumento, momento em que foi deferido o efeito suspensivo pleiteado.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Primeiramente, não conheço do agravo retido, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme o disposto no art.523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.

A Constituição da República garantiu, em seu art. 225, *caput*, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse diapasão, a Lei nº 4.771/65, Código Florestal então vigente, descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja criação decorre, portanto, da própria lei, que concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais, a teor da alínea b, assim redigida:

> Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> (...)
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

Por sua vez, a Lei nº 6.938/1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu no art. 8º as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), dentre as quais:

> Art. 8º Compete ao CONAMA:
> (...)
> VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Ademais, como é cediço, compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), enquanto órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, promover a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais, nos termos do disposto na Lei nº 6.938/81.

Nesse contexto, o exercício regular do poder de polícia pelo citado órgão público desdobra-se na atividade fiscalizatória e de controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental, em consonância com a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, conforme expresso na Lei nº 6.938/1981 e alterações, especialmente em seus arts. 6º, IV, 10, *caput*, § 4º, 11 e 17.

No que concerne especificamente à competência do Analista Ambiental, a Lei nº 10.410, de 11 de janeiro de 2002, que criou a carreira de Especialista em Meio Ambiente, prevê expressamente no art. 4º, I, que são atribuições dos ocupantes do cargo a regulação, controle, fiscalização, licenciamento e auditoria ambiental.

Não há como prosperar, assim, eventual alegação de não ter o Analista Ambiental que lavrou o auto de infração atribuição fiscalizatória, haja vista expressa previsão legal nesse sentido.

Assim, oportuna se faz a transcrição dos dispositivos, então vigentes, utilizados pelo Analista Ambiental para a lavratura do auto de infração, *in verbis*:

> LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998
> Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
>
> DECRETO Nº 3.179, DE 21 DE SETEMBRO DE 1999
> Art. 44. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes:
> Multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).
>
> LEI Nº 4.771, DE 15 DE STEEMBRO DE 1965
> Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
> 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
> (...)
> Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
> (...)
> Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:
> (...)
> § 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

A infração, por sua vez, é descrita como *construir obras em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, as margens do Lago do Rio Paraná*.

Em adição, a Resolução Conama nº 4/1985 apontava como área de preservação permanente:

> Art. 3º - São Reservas Ecológicas:
> (...)
> I - ao longo dos rios ou de outro qualquer corpo d'água, em faixa marginal além do leito maior sazonal medida horizontalmente, cuja largura mínima será:
> (...)
> - de 100 (cem) metros para todos os cursos d'água cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros;
> II - ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será:
> (...)
> - de 100 (cem) metros para as represas hidrelétricas.

Ora, com base na legislação descrita e nos termos do entendimento do E. STJ, no presente caso, deve ser considerada como a área de preservação permanente, merecendo a proteção adequada, a faixa de 100 (cem) metros em torno do lago formado pela hidroelétrica de Ilha Solteira, no curso de água do Rio Paraná.

Nesse sentido, trago à colação a seguinte ementa de julgado, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE REGISTRO DE LOTEAMENTO ÀS MARGENS DE HIDRELÉTRICA. AUTORIZAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. IMPUGNAÇÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESOLUÇÃO N. 4/85-CONAMA. INTERESSE NACIONAL. SUPERIORIDADE DAS NORMAS FEDERAIS.
> - No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo.
> - *Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal e do artigo 6º, incisos IV e V, e § § 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81.*
> - Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos.
> - A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente e, como tal, caso não esteja coberta por floresta natural ou qualquer outra forma de vegetação natural, deve ser reflorestada, nos termos do artigo 18, caput, do Código Florestal.
> - Qualquer discussão a respeito do eventual prejuízo sofrido pelos proprietários deve ser travada em ação própria, e jamais para garantir o registro, sob pena de irreversível dano ambiental.
> - Segundo as disposições da Lei 6.766/79, "não será permitido o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica (...)" (art. 3º, inciso V).
> - Recurso especial provido.
> (STJ, REsp nº 194.617/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, j. 16/04/2002, DJ 01/07/2002, p. 278) (Grifei)

Assim, devem ser mantidos os atos de autuação, a imposição de multa e o embargo.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

Em face de todo o exposto, *não conheço do agravo retido, dou provimento à apelação do IBAMA e à remessa oficial tida por interposta.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

Direito Constitucional



MANDADO DE SEGURANÇA
5014511-63.2018.4.03.0000

Impetrantes: ANA BEATRIZ SILVEIRA, CARLA MARIA VIANA JORGE PEREIRA, TATIANA TOPAN E OUTROS
Impetradas: UNIÃO FEDERAL E DESEMBARGADORA FEDERAL PRESIDENTE DO TRF3R
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2019

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO 01/2013. TÉCNICOS E ANALISTAS JUDICIÁRIOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. RESTRIÇÃO ORÇAMENTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E DESMOTIVADA. ORDEM DENEGADA E AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/12/2015), que a aprovação de candidato fora do número de vagas previsto em edital não gera direito subjetivo à nomeação, exceto quando: (i) houver preterição na nomeação, com inobservância da classificação; e (ii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo certame durante a validade do concurso anterior, e houver preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada pela Administração.

2. Mesmo ocorrendo vacância durante a validade do concurso, não há direito subjetivo do candidato a ser nomeado, quando razões de interesse público impeçam imediata nomeação, como na hipótese de restrição orçamentária.

3. Embora havendo cargos vagos para servidores no âmbito da 3ª Região, a Lei Orçamentária Anual de 2018 restringiu as nomeações apenas às reposições de vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017 (artigo 98, §11, IV), sendo que, com o advento da Emenda Constitucional 95/2016, vedou-se também o aumento de despesas orçamentárias em relação a exercício imediatamente anterior (artigo 107, §1º, II, do ADCT). Por sua vez, conforme resposta da Seção de Ingresso, todas as nomeações autorizadas pelo Conselho da Justiça Federal para 2018, com fundamento na Lei Orçamentária Anual de 2018, já foram realizadas.

4. Inexistindo preterição arbitrária e injustificada de candidatos aprovado fora do número de vagas previsto no edital, não se verifica direito subjetivo dos impetrantes à nomeação.

5. Ordem denegada. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por maioria, denegou a ordem e julgou prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator), com quem votaram os Desembargadores

Federais NELTON DOS SANTOS, ANTÔNIO CEDENHO (convocado para compor quórum), NINO TOLDO (convocado para compor quórum como suplente do Desembargador Federal PAULO FONTES), MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), WILSON ZAUHY (convocado para compor quórum como suplente da Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, FÁBIO PRIETO, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR (Presidente em exercício), TORU YAMAMOTO e ANDRÉ NEKATSCHALOW. Vencido o Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum), que concedia parcialmente a ordem para que fossem reservadas dentre as vagas atuais, vagas para os impetrantes, assegurando-se as respectivas nomeações, na medida em que as vagas forem sendo liberadas da restrição orçamentária. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, NEWTON DE LUCCA, CECÍLIA MARCONDES, PAULO FONTES, HÉLIO NOGUEIRA e CONSUELO YOSHIDA. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança originário, com pedido de liminar, impetrado contra suposto ato omissivo da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, no Concurso Público 01/2013 (para provimento de cargos de Analista e Técnico Judiciário), deixou de nomear candidatos para suprir cargos que vagaram durante o período de validade do certame.

Alegaram os impetrantes que: (1) o concurso público 01/2013, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região para provimento de cargos de técnico e analista judiciário, na capital e interior das Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, teve sua validade prorrogada, em abril/2016, pelo Ato da Presidência 258/2016, encerrando-se o prazo em 26/06/2018; (2) os impetrantes foram aprovados no concurso (i) entre a 623ª e 900ª colocação, para o cargo de técnico judiciário; (ii) na 282ª e 286ª colocação para o cargo de analista judiciário na capital; e (iii) na 139ª e 181ª colocação para o cargo de analista judiciário no interior; (3) durante o período de validade do concurso foram nomeados candidatos: (i) classificados até a 614ª posição para o cargo de técnico judiciário; (ii) classificados até a 268ª posição para o cargo de analista judiciário na capital; e classificados até a 72ª posição para o cargo de analista judiciário no interior; (4) conforme documentos oficiais atualizados para abril/2018, elaborados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e disponibilizados em seu sítio eletrônico, a partir do ano de 2017 surgiram vagas para pelo menos 207 cargos de técnico judiciário (134 em primeira instância da Justiça Federal e 73 no Tribunal) e 112 cargos de analista judiciário (95 em primeira instância da Justiça Federal e 17 no Tribunal); (5) o artigo 98, §11, IV, da Lei 13.473/2017 restringiu a nomeação de candidatos, a titulo de reposição, somente para cargos cujas vacâncias tenham ocorrido entre 15/12/2016 e 31/12/2017; (6) consideradas as vacâncias ocorridas na Justiça Federal/Tribunal Regional Federal da 3ª Região em tal período, os impetrantes encontram-se classificados dentro do número de vagas disponibilizadas, surgindo para a Administração, assim, o dever de nomeação, com a manifesta ilegalidade da omissão da Presidência da Corte, ao deixar transcorrer o prazo de validade do concurso sem nomear os impetrantes; (7) provocada, a "Seção de Ingresso" do Tribunal manifestou-se quanto à impossibilidade de nomear os impetrantes, diante de restrição orçamentária (Resposta 3417615/2018 PRES/DIRG/SEGE); (8) tal restrição orçamentária (que sequer foi comprovada documentalmente), além de constituir ofensa à autonomia do Poder Judiciário,

não configura óbice às nomeações, tal como ocorre, a título de exemplo, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que nomeados mais candidatos do que a previsão do Conselho da Justiça Federal; (9) a Justiça Federal/Tribunal Regional Federal da 3ª Região já anunciou a intenção de realizar novo concurso público em 2018, para provimento de cargos de servidores públicos, que, em verdade, deveriam ter sido preenchidos por candidatos aprovados no concurso anterior, nos termos do artigo 37, IV, da CF/1988, o que revela, além da inexistência de restrição orçamentária, a presença de cargos vagos e a preterição irrazoável e imotivada dos candidatos impetrantes; (10) além dos cargos que vagaram entre 15/12/2016 e 31/12/2017, houve vacância de outros cargos sem oneração orçamentária (verbi gratia, por exoneração e demissão), o que torna ainda mais evidente a ilegal omissão na nomeação dos impetrantes; (11) a falta de nomeação dos impetrantes para os cargos que vagaram durante a validade do último certame revela a ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tendo em vista que o Edital 01/2013 previu expressamente que o concurso público destina-se ao provimento de cargos vagos "e os que vierem vagar" no decorrer do certame; (12) de acordo com comunicado do Conselho da Justiça Federal, para o exercício de 2018 ficou estabelecido limite para provimento de 38 cargos (resíduo das Leis Orçamentárias Anual de 2015 e 2017) e 37 cargos (da Lei Orçamentária Anual de 2018), o que demonstra, mais uma vez, a inexistência de restrição orçamentária; (13) a manutenção de cargos vagos, sem provimento de candidatos aprovados, acarreta risco de paralisação das atividades jurisdicionais; (14) de acordo com a pacífica jurisprudência, existe direito subjetivo à nomeação de candidatos quando, embora classificados fora do número de vagas previstas no edital: (i) surjam novas vagas durante o período de validade do concurso (seja por criação de lei ou em razão de vacâncias); e (ii) houver necessidade de contratação, o que se verifica, diante do déficit de servidores e vagas disponíveis na Justiça Federal/TRF da 3ª Região (207 cargos de técnico judiciário e 112 cargos de analista judiciário); (15) antes da homologação do resultado do concurso de 2013, a Corte efetuou o aproveitamento de mais de 200 (duzentos) aprovados em concurso do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, acarretando, desta forma, menos cargos vagos, o que demonstra que a necessidade do preenchimento de cargos vagos vem de longa data; (16) a diferença de notas entre os candidatos nomeados e os impetrantes é ínfima, não havendo, portanto, prejuízo à Administração, diante da inexistência de diferença de qualificação profissional dos candidatos (verbi gratia, STF AG 947.736); (17) embora a impetração objetive a nomeação dos impetrantes, desnecessária a formação de litisconsórcio com outros candidatos, tendo em vista que eventual concessão da ordem não acarretará modificação da ordem classificatória, mormente após o encerramento da validade do concurso e inexistindo impugnação judicial dos demais candidatos; (18) o anúncio oficial, através da magistrada Coordenadora da Comissão de Acessibilidade e Inclusão, sobre a realização de concurso público para provimento de cargos para servidores, exatamente em relação àquelas vagas que deixaram de ser preenchidas no concurso anterior, demonstra a existência de preterição irrazoável e imotivada; e (19) a omissão da autoridade coatora em nomear os impetrantes configura ofensa ao princípio do amplo acesso aos cargos públicos, razoabilidade, moralidade, eficiência, segurança jurídica, boa-fé, vedação do comportamento contraditório e possibilidade de controle judicial da discricionariedade

A medida liminar foi indeferida, sendo concedidos os benefícios da gratuidade da Justiça. Contra o indeferimento da medida liminar, os réus interpuseram agravo regimental.

Foram prestadas informações pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com parecer do MPF pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, sobre a questão o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, no julgamento do Tema 784, em repercussão geral (RE 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/12/2015), no sentido de que a aprovação de candidato fora do número de vagas previsto em edital não gera direito subjetivo à nomeação, exceto quando: (1) houver preterição na nomeação, com inobservância da classificação; e (2) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo certame durante a validade do concurso anterior, e houver preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada pela Administração.

Neste sentido, constou de referido julgamento:

> RE 837.311, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 09/12/2015: 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.
> 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).
> 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.
> 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.
> 4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.
> 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

> 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.
> 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 expresso 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. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

Cabe observar, no entanto, que o provimento de cargos exige "autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias" (artigo 169, §1º, II, CF/1988), bem como prévia dotação orçamentária suficiente para atender à despesa de pessoal resultante (artigo 169, §1º, I, CF/1988), sob pena de nulidade do ato administrativo (artigo 21, I, da LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal):

> Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:
> I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1o do art. 169 da Constituição.

Por sua vez, mesmo ocorrendo vacância na validade do concurso, não há direito subjetivo do candidato a ser nomeado, quando razões de interesse público impeçam a imediata nomeação, como na hipótese da superveniente restrição orçamentária.

Neste sentido, destaca-se o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal naquele já destacado Tema 784:

> ... Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que

sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.
A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas.

Por igual, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1.724.434, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 23/05/2018: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE VAGAS. DIREITO Á NOMEAÇÃO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, surgirem vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância. Excepciona-se esse entendimento, contudo, se houver efetiva demonstração pelo ente público da impossibilidade de contratar em virtude de situações excepcionais e imprevisíveis e para respeitar os limites de gastos com folha de pessoal, nos termos da legislação de regência. [...]

AIRMS 41.765, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 09/05/2018: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATAS APROVADAS EM CADASTRO RESERVA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO, POR CRIAÇÃO DE CARGOS POR LEI. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...] III. Consoante restou decidido pelo STF - no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 873.311/PI (TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 15/04/2016) -, como regra, o candidato aprovado em concurso público, como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente (cadastro reserva), não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso, durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição, de forma arbitrária e imotivada, pela Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar, de forma cabal, esses elementos. IV. De igual modo, a restrição orçamentária é considerada, pelo Supremo Tribunal Federal, "como causa legítima para a não nomeação de candidatos, mesmo aqueles aprovados dentro do número de vagas inicialmente previstas em edital, consoante decisão proferida no Recurso Extraordinário 598.099/MS, em julgamento submetido ao regime de repercussão geral" (STJ, AgRg no RMS 43.998/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/11/2015). V. No caso, não restou comprovado o surgimento de novas vagas, alcançando a classificação das impetrantes, nem a preterição do direito das agravantes de serem nomeadas. Ausência de comprovação de direito líquido e certo. VI. Agravo interno improvido.

RMS 49.983, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 20/03/2017: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADO FORA DAS VAGAS. COMPROVADO SURGIMENTO DE VAGA. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - Os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital - ou, em concurso para cadastro de reserva - não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no

> período de validade do concurso (seja por criação em lei, seja por força de vacância), uma vez que tal preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da administração pública. II - O mero surgimento de vagas não enseja a caracterização da preterição se não houver a nomeação do candidato, nisso estando incluso o advento de lei que prevê a criação de mais vagas para o cargo pleiteado, sobretudo quando a própria legislação condiciona a implementação dos novos postos à prática de ato administrativo do Tribunal de Justiça, que considerará ainda a existência de previsão orçamentária, de recursos financeiros e os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. III - Agravo interno improvido.

No caso, embora os impetrantes aleguem existir, há tempos, cargos vagos no Tribunal Regional Federal e na Justiça Federal da 3ª Região – o que não se nega, tratando-se de fato de conhecimento público e disponível no site da Justiça Federal/Tribunal Regional Federal da 3ª Região –, é certo que a Lei Orçamentária Anual de 2018 (Lei 13.473/2017) restringiu as nomeações para o exercício 2018, autorizando tão-somente reposições de vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017 (artigo 98, §11, IV):

> Art. 98. [...] ficam autorizadas as despesas com pessoal relativas à [...] admissões ou contratações a qualquer título, de civis ou militares, até o montante das quantidades e dos limites orçamentários constantes de anexo específico da Lei Orçamentária de 2018, cujos valores deverão constar de programação orçamentária específica e ser compatíveis com os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.
> [...]
> § 11. As admissões autorizadas no anexo específico previsto no caput ficam restritas:
> [...]
> IV - à reposição, total ou parcial, das vacâncias ocorridas entre a publicação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, e o dia 31 de dezembro de 2017.

Além da Lei Orçamentária Anual de 2018 ter restringido nomeações, permitindo apenas a recomposição de vacâncias ocorridas em tal período, a Emenda Constitucional 95/2016 também vedou o aumento de despesas orçamentárias em relação a exercício imediatamente anterior.

É o que consta, a propósito, do artigo 107, §1º, II, do ADCT, incluído pela EC 95/2016:

> Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
> Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:
> [...]
> II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;
> [...]
> § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:
> I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e
> II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a

> substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

Considerada, assim, a restrição orçamentária existente, que impôs o "congelamento" de despesas primárias da União pelo período de vinte anos, assim como a limitação das nomeações, no ano de 2018, às vacâncias ocorridas entre 15/12/2016 e 31/12/2017, conforme Lei Orçamentária Anual de 2018, não se vislumbra o direito subjetivo dos impetrantes, classificados fora no número de vagas previsto no edital 01/2013, à nomeação, nem omissão indevida da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pois, conforme já comunicado aos impetrantes, em resposta concedida pela Seção de Ingresso no processo SEI 0001653-44.2018.4.03.8000, com cópia juntada aos presentes autos (doc. PJe 3410425), todas as nomeações autorizadas pelo Conselho da Justiça Federal para 2018, com fundamento na Lei Orçamentária Anual de 2018, já foram realizadas.

Em idêntico sentido, constou das informações lançadas no processo SEI 0024543-74.2018.4.03.8000, elaboradas pela Diretoria Geral desta Corte (doc. SEI 3824387), para envio e instrução do PCA 0003805-58.2018.2.00.0000 (processado no CNJ):

> ... Conquanto o Edital de Abertura de Inscrições nº 01/2013 tenha disponibilizado o total de 36 vagas para aquela Unidade de Classificação (15 para este Tribunal e 31 para a seccional paulista), próximo da expiração do concurso, a ocorrer em 26/06/2018, p.f., consignamos que foram nomeados, naquela lista, os candidatos classificados até a posição nº 268.
> Cabe esclarecer que, como é de conhecimento geral, os vários órgãos públicos têm sofrido redução de seus quadros de pessoal, decorrente das aposentadorias de servidores que implementaram os requisitos legais e optaram por se desligar, diante da iminência de aprovação da Reforma da Previdência.
> De outro modo, também é sabido que a severa restrição orçamentária imposta aos órgãos públicos pela União, com o advento da Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, não permite o provimento de todos os cargos vagos existentes. No presente exercício, com perspectiva de prolongamento para os próximos anos, mantém-se a determinação para a observância de critérios que garantam que a folha de pagamento não sofra impacto orçamentário, realizando-se o provimento dos cargos que não são decorrentes de aposentadorias e falecimentos que gerem pensões.
> Isto posto, em relação ao quantitativo de vagas existentes para nomeação, pertencentes aos quadros de pessoal deste Tribunal e da Seção Judiciária de São Paulo, temos (posição 21/06/2018):

Órgão	Cargos vagos existentes (todos os cargos)	Cargos vagos existentes de Analista Judiciário – Área Judiciária	Nomeações autorizadas efetuadas, cargo Analista Judiciário – Área Judiciária, aguardando o exercício	Cargos vagos existentes de Analista Judiciário – Área Judiciária, livres para nomeação
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	108	17	07	-
Seção Judiciária do Estado de São Paulo	236	49	10	-
Total	344	66	17	-

Verifica-se, pelo quadro demonstrativo, que esta Administração tem envidado todos os esforços para prover os seus quadros de pessoal, dentro dos critérios autorizados e na validade do concurso público.
[...]

Cabe transcrever, por relevante, as informações prestadas pela Presidência desta Corte, nestes autos:

Esclarecemos que, como é de conhecimento público, os vários órgãos públicos têm sofrido redução de seus quadros de pessoal, decorrente das aposentadorias de servidores que implementaram os requisitos legais e optaram por se desligar, na tentativa de garantir os direitos adquiridos considerando a iminência de aprovação de nova Reforma da Previdência que possa vir a atingi-los.
De outro modo, também e sabido que, com o advento da Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, a União impôs severa restrição orçamentária aos órgãos públicos, que, impedidos de promover o crescimento dos gastos na esfera pública, devem zelar pelo pagamento de suas obrigações sem gerar novas despesas.
Esta obrigação não permite o provimento de todos os cargos vagos existentes, da forma como passamos a demonstrar na sequência.
Por exemplo, na medida em que um servidor se aposenta, seus vencimentos migram da folha de pagamentos dos servidores ativos para a folha de pagamento dos servidores inativos, mas ambas são de responsabilidade do órgão, impactando seu orçamento.
De igual forma, quando do falecimento de um servidor, havendo pensionistas habilitados,

permanecem os custos gerados pela sua folha de pagamento.
Por esse motivo, via de regra, os órgãos só estão autorizados a realizar nomeações que não geram impacto orçamentário, decorrentes de exonerações e vacâncias, ou falecimentos sem pensionistas constituídos, situações em que os servidores efetivamente se desligam do órgão e "liberam" dotação que pode ser utilizada na nomeação de outros novos servidores.
[...]
Considerando que a quase totalidade das vagas existentes no quadro de pessoal desta Justiça Federal da 3ª Região decorre de aposentadorias, resta materializada a impossibilidade de seu provimento, nas condições e limites atualmente determinados.
Cabe consignar que, considerando que desde 2016, as nomeações com impacto orçamentário (decorrentes de aposentadorias ou falecimentos com pensionistas habilitados) estão restritas aos limites estabelecidos nas respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) e Leis Orçamentárias Anuais (LOAS), e compete ao E. Conselho da Justiça Federal, após tratativas com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, definir o quantitativo de nomeações com impacto orçamentário devido a cada Tribunal Regional.
Em 2017, foram destinados 100 provimentos de cargos para esta 3ª Região, distribuídos na proporção de 39 cargos para este Tribunal, 55 cargos para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo e 06 cargos para a Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul (processo administrativo 0036623-41.2016.4.03.8000), todos providos.
No presente exercício, para a 3ª Região foram destinados 07 provimentos relativos ao Resíduo 2015 e 2017 (art. 98, §5º, da LDO 2018) e 37 cargos/funções relativos ao Anexo V da LOA 2018 (processo administrativo 0008028-6l.20l8.4.03.8000), todos providos.
Salientamos que estes 37 cargos relativos à LOA 2018 foram utilizados para provimentos junto a este Tribunal (nomeação de 01 desembargador federal e de 12 servidores), Seção Judiciária do Estado de São Paulo (nomeação de 22 servidores) e Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul (nomeação de 02 servidores).
Ressalte-se que, somente em 2018, até o vencimento do certame em tela, em 26/06/2018, houve a contabilização de 82 servidores nomeados, com e sem impacto, (23 para esta Corte, 54 para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo e 05 para a Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul), em claro esforço da Administração para prover os seus quadros de pessoal, dentro das condições autorizadas.
Desse quantitativo, para a Unidade de Classificação Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Seção Judiciária do Estado de São Paulo - Capital foram 25 nomeações de Analistas Judiciários - Área Judiciária (sendo 10 para o Tribunal e 15 para a Seção Judiciária) e 37 de Técnicos Judiciários - Área Administrativa (13 para o Tribunal e 24 para a Seção Judiciária), e para a Unidade de Classificação Seção Judiciária do Estado de São Paulo - Interior foram nomeados 05 Analistas Judiciários - Área Judiciária, sendo que as demais nomeações recaíram em cargos especializados.
Cumpre esclarecer que a definição dos cargos a serem providos, bem como a sua destinação Capital ou Interior, é ato discricionário da Administração, no entendimento do melhor dimensionamento da força de trabalho disponível frente à demanda processual, e objetivando sempre a manutenção da qualidade da prestação jurisdicional.
Reafirmamos que todas as vagas com impacto orçamentário autorizadas e as sem impacto orçamentário, disponíveis na data de expiração do certame, foram providas.
Quanto ao aproveitamento de candidatos aprovados em concursos públicos promovidos por outros órgãos do Poder Judiciário da União, esclarecemos que o procedimento só é possível caso não haja certame vigente no órgão de nomeação ou tenha se esgotado a lista de candidatos habilitados.
Assim, como tratado no processo administrativo nº 07463/12-SEGE, em 2013, o aproveitamento de candidatos habilitados nos certames realizados pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e Superior Tribunal Militar (2ª

Circunscrição Militar, em São Paulo), aos cargos de Analista Judiciário - Área Judiciária, Analista Judiciário - Área Judiciária - Especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federal e Técnico Judiciário - Área Administrativa, ocorreu considerando a demanda represada de nomeações nesta Justiça Federal, posto que o certame anterior vencera em 01/04/2012 e, por ausência de dotação orçamentária não havia sido contratada empresa para realização do novo concurso, o que foi regularizado somente no final do exercício de 2013. Ressalte-se que, à época, conquanto tenha visado atender às solicitações urgentes dos órgãos com déficit de pessoal por meio do mencionado aproveitamento, a Administração procedeu à reserva de vagas para viabilização de concurso próprio, o que se pode facilmente verificar no Edital de Abertura de Inscrições nº 01/2013.

Em 2018, esclarecemos que a nomeação realizada de candidatos aprovados no certame realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, cargo Analista Judiciário - Área Judiciária - Especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federal, para o quadro de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, foi efetuada após o esgotamento da lista de candidatos classificados no concurso 2013 desta Justiça Federal, não havendo qualquer prejuízo para os candidatos envolvidos.

Nesse sentido, a decisão pelos aproveitamentos visou sobremaneira o interesse do Órgão, dentro dos preceitos legais ditados pelo Acórdão nº 569/2006-Plenário, do Tribunal de Contas da União, ao reduzir o déficit de servidores e com reflexos na qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que possibilitou o provimento de cargos que, em caso de novo concurso público, poderiam levar em torno de mais 06 meses para serem preenchidos, contados da publicação do edital de abertura de inscrições.

Alegam os impetrantes, quanto à ocupação de cargos vagos por servidores cedidos/requisitados e comissionados sem vínculo:

[...]

Primeiramente, nesse quesito, cabe esclarecer que a leitura, feita pelos interessados, dos dados retirados do Relatório de Gestão do Exercício de 2017 desta Justiça Federal, merece reparos, como se verá a seguir.

[...]

Como pode-se auferir, da sua simples leitura, o quadro informa o quantitativo de cargos ocupados por "servidores requisitados de outros órgãos e esferas" e "servidores sem vínculo com a Administração Pública" de duas formas: a lotação autorizada e a lotação efetivada. Os quantitativos questionados pelos querelantes dizem respeito aos totais autorizados, ou que poderiam vir a ser ocupados, de até 1396 requisitados e até 117 comissionados sem vínculo, bem distante da ocupação efetiva, respectivamente de 33 e 13 servidores, no final do exercício de 2017.

Informamos que, atualizados os dados para o presente, tem-se 32 servidores requisitados de outros órgãos (entre estes, 17 são Analistas Judiciários - Área Judiciária e 10 são Técnicos Judiciários - Área Administrativa, cargos ocupados no órgão de origem) e 14 servidores são comissionados sem vínculo com a Administração Pública.

Cabe consignar que o instituto da cessão está previsto no artigo 93, inciso I, da Lei nº 8112/90, que dispõe que o servidor pode ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, a fim de exercer cargo em comissão ou função de confiança.

O seu deferimento não implica a vacância do cargo, ou mesmo alteração de lotação no órgão de origem do servidor, a teor do que dispõe o art. 36, inciso I, da Resolução nº 5/2008, do E. Conselho da Justiça Federal, estando o deslocamento vinculado ao período que perdurar o exercício de função comissionada ou cargo em comissão.

Consignamos que, nesse caso, o ônus da remuneração cabe à entidade cedente, de acordo com o estabelecido no § 1º do art. 93 do dispositivo legal supra, bem como no artigo 42, incisos I e II, da Resolução nº 5/2008, do E. CJF/STJ, exceção feita à retribuição pelo exercício da função comissionada.

Ou seja, os servidores requisitados de outros órgãos permanecem vinculados ã origem, de modo que não ocupam cargos efetivos vagos nesta Justiça Federal, mas apenas funções e/ou cargos comissionados, da mesma forma que os comissionados sem vínculo. A cessação da designação para essas funções comissionadas ou a exoneração dos cargos em comissão implica o seu imediato desligamento dos quadros desta 3ª Região.

No tocante ao relato de terceiros quanto à realização de novo concurso público para provimento de cargos desta 3ª Região, informamos que até o momento não há previsão de publicação do edital do referido certame.

Imperioso consignar, entretanto, que ainda que haja novo concurso, permanecem as limitações para nomeação descritas nos autos, ou seja, verificada a posição dos quadros de vagas da 3ª Região em 31/07/2018, traduzir-se-ia na possibilidade de nomeação de apenas 3 cargos de Técnico Judiciário Área Administrativa (1 para este Tribunal e 2 para a Seção Judiciária de São Paulo).

Neste sentido, registramos que o Plenário do STF, ao julgar o RE 598.099/MS (Relator: Ministro Gilmar Mendes), firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. (Súmula 15: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação").

Esse entendimento foi consolidado no julgamento do RE nº 598.099/MS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/10/11, de cuja ementa se extrai:

[...]

Portanto, não caberia reconhecer judicialmente aos autores o direito subjetivo à nomeação, dado que as vagas por eles pleiteadas não estão entre as que foram oferecidas no edital e restaram providas ao longo da vigência do concurso e sua prorrogação, nos termos legais.

O próprio Superior Tribunal Federal admite que o direito subjetivo à nomeação não é absoluto mesmo em relação ao número de vagas previsto no edital, uma vez que pode ser necessário levar em consideração a ocorrência "de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público". Veja-se:

[...]

Agregue-se, ademais que, de acordo com a mesma Corte, nem mesmo "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, ressalvados as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração." [RE 837311, rel. min. Luiz Fux, P, j. 9-12-2015, DJE 72 de 18-4-2016, Tema 784.]. No mesmo julgado, pontuou-se as seguintes hipóteses como ensejadoras do direito à nomeação:

"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 deforma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima".

Ao apreciar o MS 34313 MC, impetrado pelo Estado da Paraíba contra ato do Presidente do CNJ, que determinara (Pedido de Providência 0002452-5l.20l6.2.00.0000) a imediata nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas consignadas no edital de abertura, para ilidir "ilegalidade na conduta da Corte de Justiça", evidenciada pela reconhecida existência de vagas e pela notória presença de "servidores requisitados de outros órgãos ou agentes públicos do próprio Tribunal em desvio de função exercendo atribuições especificas dos aprovados no concurso e não convocados", o Ministro Relator Edson Fachin ressaltou em sua decisão que:

"1. por um lado, está pacificado no STF o entendimento de que 'dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação,

mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursado aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público' (RE 598.099, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 03.10.2011, tema 161). Expressão do mesmo corolário consta do julgamento do RE 837.311, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em que o Tribunal ratificou essa posição explicitando que 'o edital do concurso com número especifico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito a nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas' (Pleno, DJe 18.04.2016, tema 784).
2. Por outro, o prefalado RE 598.099 excepciona 'casos em que o dever de nomear pode ceder espaço a soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse publico. Nos termos do precedente firmado em Plenário, a excepcionalidade ocorre em situações (a) supervenientes à publicação do edital; (b) imprevisíveis à época da publicação do edital; e (c) extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Além disso, a suspensão do dever de nomear somente deve ser justificada por sua necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento somente pode ser adotada quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Cumpre ressaltar, por fim, que tais soluções devem ser 'devidamente motivadas de acordo com o interesse publico'"
Pondera o Ministro Relator no citado julgado que ambas - regra e exceção - estão amparadas em dispositivos constitucionais: "Se o dever de nomeação advém da força normativa do princípio do concurso público, nos termos da interpretação feita por esta Corte do art. 3 7, II, III e IV da CRFB, a excepcionalidade encontra amparo no art. 169 da CRFB". E, diante disso, segundo racionaliza o Relator, cabe à Administração Pública a obrigação de cotejar a necessidade de prover seus cargos e a eventual constrição orçamentária superveniente e imprevisível, para:
"(...) compatibilizar o dever de nomeação e os direitos dos servidores públicos com o atendimento das exigências previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Não seria razoável, por exemplo, cogitar-se de eventual nomeação para, em seguida, ante a ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, determinar a perda do cargo de servidor recém empossado.
Assim, essas exigências exemplificam, pela gravidade, imprevisibilidade e superveniência, as possíveis justificativas de eventual impossibilidade de cumprimento do dever de nomear Tal como fixado no parâmetro jurisprudencial desta Corte no tema 161, e preciso que o Administrador; em casos tais, demonstre a necessidade da medida, apresentando a motivação válida."(MS 34313 MC, Relator Ministro EDSON FACHIN, julgado em 02/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJez164 DIVULG 04/08/2016 PUBLIC 05/08/2016)
Dessa forma, a situação apresentada no caso concreto não se inclui nas exceções firmadas pela jurisprudência citada, mormente *quando verificado que as vagas pleiteadas não se encontravam dentro do quantitativo de vagas disponibilizado em edital, não houve inobservância à ordem de classificação dos candidatos e inexistia vaga livre autorizada para nomeação dos cargos de Analista Judiciário - Área Judiciária e Técnico Judiciário – Área Administrativa, a alcançar a classificação dos litigantes e cujo provimento pudesse se dar na validade do concurso público em tela, encerrada em 26/06/2018, bem como reconhecimento firmado pelo STF da atual restrição orçamentária como fato superveniente*, a justificar o impedimento da nomeação na totalidade das vagas existentes.
Era o que tínhamos a informar.

Desta forma, possível concluir-se que, diante da restrição orçamentária e da inexistência de cargos disponíveis para provimento sem impacto orçamentário, já preenchidas durante o período de validade do certame, não se evidencia direito subjetivo dos impetrantes à nomeação almejada.

Ante o exposto, denego a ordem e julgo prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Des. Federal Gilberto Jordan, com a devida vênia do E. Relator, diverge nos seguintes termos:

Entendo que as vagas ora existentes estão dentro das vagas disponibilizadas pelo Edital.

O concurso destinou- se ao provimento dos cargos vagos "... e dos cargos que vierem a vagar ou forem criados durante o prazo de validade do concurso" (ITEM I.2, DO EDITAL 01/2013, DESSE EGRÉGIO TRF3), durante a validade do concurso surgiram vagas passíveis de preenchimento pelos aprovados no concurso até o número de vagas que se abriram durante a validade do certame, 26/06/2018.

Com o surgimento destas vagas, o ciclo aquisitivo do direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados até o número de vagas que se abriram durante a validade do concurso se completou, com o que se tornou direito subjetivo e adquirido ao preenchimento do respectivo cargo, nos termos que se extrai da inteligência do Tema 784, em repercussão geral (Resp 837.311) do STF.

Ocorre que para a nomeação existe condição suspensiva impeditiva, qual seja, o impedimento da Emenda Constitucional nº 95/2016, com o que obsta o imediato direito à respectiva nomeação.

Destarte, é de se reconhecer o direito ao preenchimento dos cargos vagos até o limite de vagas abertas durante a validade do concurso somente depois de superada aquela condição à nomeação.

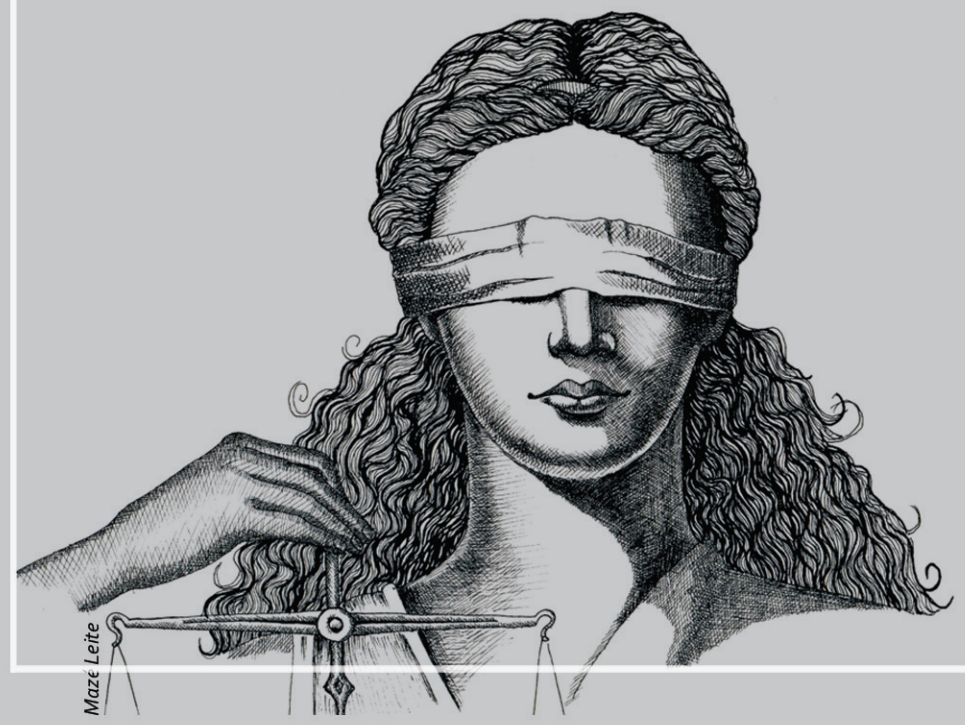
Em razão de tal situação, a administração não poderá abrir outro concurso público enquanto não esgotados os concursados habilitados ao preenchimento do cargo e que possam vir a ser nomeados tão logo seja superada a condição suspensiva.

Destarte, na medida em que forem liberadas novas nomeações, na forma prevista na legislação de regência, deverá a autoridade apontada como coatora nomear os habilitados na respectiva ordem de classificação, até o esgotamento dos habilitados, para daí então poder vir a abrir novo concurso.

Diante de todo o acima exposto, concedo parcialmente a ordem para que sejam reservadas dentre as vagas atuais, vagas para os Impetrantes, assegurando-se as respectivas nomeações, na medida em que as vagas forem sendo liberadas da restrição orçamentária.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Penal



Mazé Leite

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0015358-42.2015.4.03.6181

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: DAVID DOS SANTOS ARAÚJO E PERSIO JOSÉ RIBEIRO CARNEIRO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Relator para Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/03/2019

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE NÃO RECEBEU A DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DE CRIMES A AGENTES ESTATAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO NO CONTEXTO DO REGIME MILITAR. LEI Nº 6.683/79. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153. RECURSO DESPROVIDO.
1. O tema da anistia para os crimes políticos ou conexos com estes cometidos no período de 02.01.1964 a 15.08.1979, concedida pela Lei nº 6.683/79, já foi amplamente discutido no âmbito do STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Tal julgamento assentou a validade da mencionada lei e a impossibilidade de revisitar, em termos jurídico-penais, os atos por ela abarcados, valendo ressaltar que tal decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.982, de 03.12.1999.
2. Por mais que sejam dolorosas as lembranças de tudo o quanto ocorreu em desrespeito aos direitos humanos durante o período de exceção vivido no Brasil, o fato é que houve um concerto político, do qual participaram diversas entidades importantes do cenário nacional, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para que a anistia fosse ampla e o País retomasse o caminho da democracia. O caminho não foi o da batalha, mas o da paz, pela concordância nos termos que vieram a ser estabelecidos na Lei nº 6.683/79.
3. Tramita no STF a ADPF nº 320/DF, sob relatoria do Min. Luiz Fux, na qual está novamente em debate a aplicação da anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes de graves violações de direitos humanos e aos crimes continuados ou permanentes. Nessa ADPF o tema poderá ser revisto pelo STF, mas, enquanto não decidida, os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados à decisão proferida na ADPF nº 153. Precedentes.
4. Recurso em sentido estrito não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, NEGAR PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Nino Toldo, com quem votou o Desembargador Federal José Lunardelli, vencido o Desembargador Federal Relator, Fausto De Sanctis, que dava provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2019.
Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* (fls. 404/435) em face de r. decisão (fls. 376/402), proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP (da lavra do Eminente Juiz Federal Alessandro Diaferia), que, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal, c.c. art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 26/1985, e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, rejeitou a denúncia ofertada pelo *Parquet* tendo em vista a extinção de punibilidade dos fatos nela descritos.

Colhe-se da exordial acusatória colacionada às fls. 47/87:

> (...) 1ª IMPUTAÇÃO: HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. No dia 16 de abril de 1971, por volta das 10h00, em contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil, na Rua Thomás Carvalhal, nº 1030, São Paulo, Vila Mariana, então sede do Destacamento de Operações de Informações do II Exército (DOI) em São Paulo, os denunciados DAVID DOS SANTOS ARAUJO e JOÃO JOSÉ VETTORATO, ambos delegados de Polícia Civil, e PEDRO ANTONIO MIRA GRANCIERI, investigador da Polícia Civil, todos, sob o comando do falecido comandante responsável pelo referido destacamento, CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, de maneira consciente e voluntária, agindo em concurso e unidade de desígnios entre si, e também com outras pessoas até agora não totalmente identificadas, mataram a vítima JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS, por motivo torpe, com o emprego de tortura e por meio de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido. O homicídio de JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS foi cometido por motivo torpe, consistente na busca pela preservação do poder usurpado em 1964, mediante violência e uso do aparato estatal para reprimir e eliminar opositores do regime e garantir a impunidade dos autores de homicídios, torturas, sequestros e ocultações de cadáver. Além disso, o crime praticado pelos denunciados foi cometido com o emprego de tortura, consistente na inflição intencional de sofrimentos físicos e mentais agudos contra JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS, com o fim de intimidá-lo e dele obter informações. Por fim, a ação foi executada mediante recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, vez que a vítima encontrava-se completamente debilitada e amarrada quando sofreu as torturas e os golpes fatais que ceifaram sua vida.
> 2ª IMPUTAÇÃO: FALSIDADE IDEOLÓGICA. Dentro do mesmo contexto de ataque sistemático e generalizado, no dia 19 de abril de 1971, na sede do Instituto Médico Legal (IML) em São Paulo, os médicos legistas PÉRSIO JOSÉ R. CARNEIRO e PAULO AUGUSTO DE QUEIROZ ROCHA, de igual forma, visando assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio supramencionado, omitiram, em documento público, declaração que neles (sic) devia constar, bem como inseriram declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita no Laudo de Exame Necroscópico nº 13.394, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
> Ambas condutas acima imputadas foram cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil, consistente, conforme detalhado na cota introdutória que acompanha esta inicial, na organização e operação centralizada de um sistema semiclandestino de repressão política, baseado em ameaças, invasões de domicílio, sequestro, tortura, morte e desaparecimento dos inimigos do regime. Os denunciados e demais coautores tinham pleno conhecimento da natureza desse ataque, associaram-se com outros agentes para cometê-lo e participaram ativamente da execução das ações. O ataque era particularmente dirigido contra

> os opositores do regime e matou oficialmente 219 pessoas, dentre elas a vítima JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS, e desapareceu com outras 152 (...) - destaques no original.

Desta feita, os fatos narrados foram subsumidos da seguinte maneira: (a) aos denunciados *DAVID DOS SANTOS ARAUJO, JOÃO JOSÉ VETTORATO* e *PEDRO MIRA GRANCIERI* como incursos nas penas do *art. 121, § 2º, I, III e IV, c.c. art. 29, ambos do Código Penal*; (b) aos denunciados *PAULO AUGUSTO DE QUEIROZ ROCHA* e *PÉRSIO JOSÉ RIBEIRO CARNEIRO* como incursos nas penas do *art. 299, parágrafo único, c.c. art. 61, II, "b", c.c. art. 29, todos do Código Penal.*

Em sua razões recursais, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pugna pela reforma da r. decisão, com o consequente recebimento da denúncia ofertada, sob os seguintes argumentos:

(a) Os crimes teriam sido praticados por agentes da ditadura militar contra a população brasileira, caracterizando crimes contra a humanidade, sendo que a Lei nº 6.683/1979 não teria validade em face de mencionados delitos por serem estes insuscetíveis de anistia ou de prescrição, inferência obtida por meio da análise de normas cogentes do Direito Internacional costumeiro - ademais, referida legislação, por proclamar uma autoanistia, não seria válida na justa medida em que teria privilegiado aqueles que se encontravam no Poder;

(b) A Corte Interamericana de Direitos Humanos impôs ao Estado Brasileiro o dever de promover a persecução penal dos agentes estatais encarregados dos crimes contra a humanidade sem que a anistia pudesse configurar uma barreira legítima à punibilidade (caso Gomes Lund vs. Brasil- "Guerrilha do Araguaia");

(c) A compatibilidade da Lei nº 6.683/1979 com a Constituição Federal de 1988, afirmada pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, não impediria o controle de convencionalidade da anistia em face dos crimes praticados em nome da repressão estatal na ditadura.

Houve a declaração de extinção da punibilidade dos denunciados JOÃO JOSÉ VETTORATO, PEDRO MIRA GRANCIERI e PAULO AUGUSTO DE QUEIROZ ROCHA em razão de seus óbitos com fundamento no art. 107, I, do Código Penal (fl. 539).

Apresentadas contrarrazões (fls. 456/469 e 514/526), o r. provimento judicial foi mantido por seus próprios fundamentos (fl. 539), após o que os autos subiram a esta E. Corte.

Colheu-se parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 550/555), que opinou pelo provimento do Recurso em Sentido Estrito.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de feito no qual recorre o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL da r. decisão que, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal, c.c. art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 26/1985, e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, rejeitou denúncia ofertada tendo em vista a extinção de punibilidade dos fatos nela descritos.

Conforme dito em sede de relatório, narra a exordial acusatória que, no dia 16 de abril de 1971, por volta das 10h00, em contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil, na Rua Thomás Carvalhal, nº 1030, São Paulo, Vila Mariana, então sede do Destacamento de Operações de Informações do II Exército (DOI) em São Paulo, DAVID DOS SANTOS ARAUJO e JOÃO JOSÉ VETTORATO, ambos delegados de Polícia Civil, e PEDRO ANTONIO MIRA GRANCIERI, investigador da Polícia Civil, todos sob o comando do falecido comandante responsável pelo referido destacamento, Carlos Alberto Brilhante Ustra, de maneira consciente e voluntária, agindo em concurso e unidade de desígnios entre si, e também com outras pessoas até agora não totalmente identificadas, teriam matado JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS, por motivo torpe, com o emprego de tortura e por meio de recurso que impossibilitou sua defesa.

Por sua vez, no dia 19 de abril de 1971, dentro do mesmo contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil, na sede do Instituto Médico Legal (IML) em São Paulo, os médicos legistas PÉRSIO JOSÉ R. CARNEIRO e PAULO AUGUSTO DE QUEIROZ ROCHA, de igual forma, visando assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio que teria sido perpetrado anteriormente, teriam omitido, em documento público, declaração que nele devia constar, bem como teriam inserido declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita no Laudo de Exame Necroscópico nº 13.394, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Destaca o órgão acusatório que ambas as condutas acima imputadas teriam sido cometidas em contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil, consistente na organização e na operação centralizada de um sistema semiclandestino de repressão política, baseado em ameaças, em invasões de domicílio, em sequestro, em tortura, em morte e em desaparecimento dos inimigos do regime - os denunciados e demais coautores teriam pleno conhecimento da natureza desse ataque, teriam se associado com outros agentes para cometê-lo e teriam participado ativamente da execução das ações.

O r. provimento judicial recorrido, rejeitando a denúncia, sustentou que os delitos teriam sido anistiados pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, lei esta declarada compatível com a Ordem Constitucional de 1988 pelo C. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 em 29 de abril de 2010 - a propósito, segue a ementa de referido julgado:

> LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.
> 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno

jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo.

> Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura (ADPF 153, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

Todavia, o tema ora em comento, de evidente complexidade e de imbricada solução na justa medida em que encontra ressonância tanto no âmbito do ordenamento jurídico interno como na senda dos tratados e das convenções internacionais assinadas e ratificadas pela República Federativa do Brasil*, não pode e não deve ficar adstrito exclusivamente à análise de constitucionalidade levada a efeito pelo C. Supremo Tribunal Federal no espectro da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*, sendo imperiosa a ampliação do debate para matizes outras que, por certo, permeiam e irradiam luzes à efetiva compreensão da questão dos crimes perpetrados por agentes estatais no último período ditatorial vivido pela sociedade brasileira.

DOS NOVOS PARADIGMAS INCIDENTES EM SEDE DE CONTROLE DA VALIDADE DA NORMA - SUBMISSÃO DA NORMA JURÍDICA A JUÍZO DE VALIDADE LEVADO A EFEITO TENDO COMO BASE TANTO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O Poder Constituinte Originário (também chamado de Inicial ou Inaugural), de titularidade popular (visão democrática) e exercitado por parcela eleita pelo povo (membros que compõem a Assembleia Constituinte), tem por função criar a norma fundamental de uma sociedade, vale dizer, dispor acerca dos elementos que deverão figurar na nova ordem insculpida no texto de uma Constituição Federal, rompendo por completo com a ordem jurídica anterior. Importante ser dito que referido Poder possui como características básicas ser *inicial, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado* e *soberano* na tomada de suas decisões.

Diz-se inicial na justa medida em que funda novo ordenamento jurídico, não mais devendo respeito ao pretérito; por sua vez, é autônomo por ter a liberdade de estruturar o novel texto constitucional da maneira que aqueles que têm o mister de compor a Assembleia Constituinte bem entender; é ilimitado juridicamente, pois não guarda relação em razão de matéria e de disciplinamento de dado instituto jurídico com o que estabelecido outrora pelo então Poder Constituinte Originário que fixou os ditames da norma constitucional que se quer superar; por fim, é incondicionado e soberano na tomada de suas decisões, uma vez que não deve se submeter a manifestações volitivas anteriores.

Tendo como base os aspectos anteriormente indicados (com especial destaque para a autonomia e para a incondicionalidade do Poder Constituinte Originário), espraiando interesse para os meandros do controle de constitucionalidade de uma norma, emerge o *Princípio da Supremacia da Constituição*, cuja essência se assenta na ideia da pirâmide normativa kelseniana segundo a qual a Carta Magna seria o cume de mencionada pirâmide, irradiando efeitos para todas as demais normas jurídicas (legais e infralegais) constantes dos patamares situados abaixo do texto constitucional. Nesse diapasão, percebe-se o papel fundamental que a Constituição possui dentro do ordenamento jurídico na justa medida em que vincula os atos infraconstitucionais e infralegais a necessariamente satisfazer regras procedimentais e de conteúdo previstas no Texto Supremo, tudo a permitir o desempenho de eventual controle de constitucionalidade.

A propósito, José Afonso da Silva, comentando o Princípio da Supremacia da Constituição, afirma que:

> (...) A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (...) resulta da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores (...) (in Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª edição revista. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, págs. 47 e 49).

Destaque-se que a imposição de adequação das normas em face do que prevê a Constituição decorre da premissa de que esta foi fruto do Poder Constituinte Originário (que detém as características indicadas anteriormente, em especial ser inicial e incondicionado) e repercute justamente no controle de constitucionalidade, que tem por missão expurgar do sistema jurídico vigente preceitos normativos que estão em desacordo com o que a Carta Magna dispõe, seja porque editados em inobservância a regras procedimentais (tais como competência e forma, gerando inconstitucionalidade formal), seja porque veiculados sem respeitar postulados básicos do Estado de Direito (como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, levando ao reconhecimento de uma inconstitucionalidade material ou substancial).

Vide, a título ilustrativo, os magistérios de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (primeira citação) e de Marcelo Novelino (segunda citação) ao comentar o Postulado da Supremacia da Constituição:

> (...) O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta (...) (in Curso de Direito Constitucional. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, págs. 202/203).
> (...) A supremacia da constituição decorre da idéia de superioridade do poder constituinte, o que faz com que sua obra esteja situada no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento de validade de todos os demais atos jurídicos. No plano dogmático e positivo, a superioridade constitucional se traduz no estabelecimento de forma (competência, procedimentos ...) e do conteúdo dos atos normativos infraconstitucionais que, na hipótese de inobservância dos critérios constitucionalmente estabelecidos, serão submetidos ao controle de constitucionalidade (...) (inDireito Constitucional para Concursos. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pág. 85).

Saliente-se que o C. Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, decide os casos sob sua apreciação invocando o postulado ora em comento com o desiderato de fazer prevalecer no caso concreto as normas constitucionais, notadamente os direitos e garantias fundamentais - apenas a título ilustrativo, podem ser citados o MS 25.668 (Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-3-06, DJ de 4-8-06) e a ADI 1.480-MC (Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-9-97, DJ de 18-5-01). Vale, ademais, trazer excertos de dois julgados da C. Corte Suprema:

> (...) O *princípio da supremacia da Constituição* é o objetivo das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, havendo de nortear a exegese. (...) (ADI 3.682, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-07, DJ de 6-9-07) - destaque nosso.
> (...) A constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e circunstâncias. A *supremacia* de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos (...) (ADI 293, voto do Min. Celso Mello, julgamento em 6-6-90, DJ de16-4-93) - destaque nosso.

Sem prejuízo do exposto e concorrendo com a importância que deve ser creditada ao postulado que reza a supremacia do texto constitucional (nos termos anteriormente vertidos), *o controle de validade de uma norma, atualmente, também deve ser executado tendo como supedâneo os tratados e as convenções internacionais assinadas e ratificadas pela República Federativa do Brasil*, constatação esta passível de ser inferida da própria jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal a partir do relevante leading case retratado no RE 466.343 no qual apreciada a possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Com efeito, até o julgamento do RE 466.343, o C. Supremo Tribunal Federal ostentava posicionamento no sentido de que qualquer tratado internacional (independentemente do tema nele versado) teria força normativa, ao ser introduzido no ordenamento pátrio, de lei ordinária, o que se estenderia, inclusive, aos diplomas internacionais atinentes a direitos humanos (como, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica). A propósito, importante ser dito que tal orientação foi originariamente declarada em um julgamento proferido no ano de 1977, no bojo do RE 80004, no qual debatida a força normativa ostentada pela Convenção de Genebra (que previa uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias) em cotejo com o Decreto-Lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, oportunidade em que o então Relator, Min. Xavier de Albuquerque, com ressonância no Tribunal Pleno, sufragou que (...) embora a Convenção

de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país (...) - segue a ementa do precedente ora em comento:

> CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. *EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS*, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO (RE 80004, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809) - destaque nosso.

Todavia, o posicionamento anteriormente indicado restou alterado pelo C. Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do RE 466.343, no qual deduzida questão constitucional afeta à sapiência se ainda teria cabimento no sistema jurídico pátrio a prisão civil do depositário infiel.

A fim de que seja compreensível a controvérsia então debatida, importante ser ressaltado que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, apenas permite a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel (Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel), o que motivou a edição de diversas leis materializando o encarceramento do inadimplente no contrato de depósito (ainda que, para tanto, houvesse a transmutação do negócio jurídico originariamente celebrado para contrato de depósito por mera ficção jurídica para fins de ser possível o emprego da prisão como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação - cite-se, por exemplo, situação afeta à alienação fiduciária em garantia). Em conflito à norma constitucional, verifica-se que a República Federativa do Brasil é signatária do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que expressamente aduz ser possível tão somente a prisão civil do devedor de alimentos.

Diante do conflito normativo relatado, a aplicação da então jurisprudência consolidada na C. Corte Suprema apontaria para solução no sentido de que, tendo o tratado internacional (ainda que de direitos humanos) mera força normativa de legislação ordinária, não haveria qualquer fundamento a permitir a conclusão de que seria defeso no país a prisão do depositário infiel (haja vista que sua possibilidade encontra-se plasmada no Texto Constitucional, que deve ser respeitado a teor do Princípio da Supremacia Constitucional).

Entretanto, revisitando o tema, inclusive ante a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, ao lado das disposições originalmente elencadas nos §§ 1º e 2º de mencionado preceito (§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos

humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), entendeu por bem o C. Supremo Tribunal Federal adotar posicionamento segundo o qual, acaso o tratado internacional de direitos humanos não tenha sido aprovado nos mesmos moldes do que um Projeto de Emenda Constitucional (votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), hipótese em que teria força normativa equivalente à norma oriunda do Poder Constituinte Derivado Reformador, a *norma de direito internacional com tal conteúdo possuiria status supralegal em decorrência da relevante matéria discutida e debatida no cenário internacional e que objeto de ratificação e de aprovação no país.*

Tal novel tratamento conferido aos tratados internacionais de direitos humanos (não internacionalizados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal) restou chancelado exatamente na apreciação da possibilidade de prisão do depositário infiel no contexto conflituoso anteriormente descrito (Texto Magno de 1988 X Pacto de São José da Costa Rica) quando da apreciação dos RE 466.343, restando reafirmado no julgamento do RE 349.703 - a propósito, seguem as ementas dos precedentes mencionados:

> *PRISÃO CIVIL*. Depósito. *Depositário infiel*. Alienação fiduciária. *Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta*. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. *É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito* (RE 466343, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165) - destaque nosso.
>
> *PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS*. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. *POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois *o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão*. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o

> devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (RE 349703, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675) - destaque nosso.

Portanto, a partir de 03 de dezembro de 2008 (data de realização da sessão de julgamento dos recursos anteriormente transcritos) e ante o reconhecimento pelo C. Supremo Tribunal Federal da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos (não aprovados com o quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal), a visão tradicional do ordenamento jurídico materializada pela pirâmide normativa kelseniana (Constituição no topo; patamar intermediário das leis; e patamar subalterno dos atos infralegais) restou alterada pela introdução da faixa atinente a tratados internacionais de direitos humanos (exatamente entre o topo da pirâmide ocupada pela Constituição e o patamar das leis internas).

Dentro de tal contexto, *a aferição de compatibilidade de uma lei editada pelo Parlamento, nos dias atuais, passa por dois estágios de verificação*: (a) *o primeiro deles em face da Constituição Federal* tendo como base a ideia regente contida no Princípio da Supremacia da Constituição (cabendo ressaltar que, acaso a lei não esteja de acordo com o Texto Magno, padecerá de vício que a tornará *inconstitucional*, seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material) e (b) *o segundo deles à luz dos tratados internacionais de direitos humanos cuja natureza jurídica seja supralegal* (como ocorre, por exemplo, com o Pacto de São José da Costa Rica), sendo imperioso destacar que eventual incompatibilidade levará ao reconhecimento da existência de vício de *inconvencionalidade*.

A propósito, confira-se monografia intitulada "CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: Novo Paradigma em sede de Controle de Constitucionalidade", apresentada por Fernando Capello Calazans em 2009 junto ao Curso de Especialização em Direito Constitucional vinculado à Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, ao Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e à Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG.

Em outras palavras, *atualmente o ato legislativo deve retirar seu fundamento de validade tanto da Constituição Federal (sendo, assim, compatível com ela, sob pena de ser inconstitucional) como dos tratados internacionais de direitos humanos não introduzidos ao ordenamento jurídico sob o pálio do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (porque hierarquicamente superior no contexto elucidativo da Pirâmide de Kelsen sob pena de ser inconvencional).*

DA SUBMISSÃO DA LEI DE ANISTIA (LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979) A JUÍZO DE VALIDADE LEVADO A EFEITO TENDO COMO BASE TANTO A CONSTITUIÇÃO COMO TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Firmadas as premissas teóricas anteriormente sustentadas, cumpre submeter a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) a juízo de validade tanto em face da Constituição Federal como dos tratados internacionais de direitos humanos.

(a) Do juízo de validade da Lei de Anistia à luz da Constituição Federal de 1988

Conforme dito no início desse voto, o C. Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a Lei de Anistia quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Todavia, importante ser asseverado que referido precedente não teve o

condão de exaurir o exame do alcance e da validade da anistia versada na Lei nº 6.683/1979 na justa medida em que resta pendente de enfretamento embargos de declaração nos quais se questiona a extensão material da anistia aos crimes de homicídio, de estupro e de tortura. Ademais, a C. Corte Suprema ainda deverá apreciar o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320 na qual se propugna a inaplicabilidade da Lei de Anistia aos crimes de grave violação de direitos humanos cometidos por agentes públicos.

Dentro de tal contexto, depreende-se que o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário (nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999: A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público), não colmatou todas as possibilidades de enfrentamento do tema a permitir novas ponderações a incidir sobre a validade da Lei nº 6.683/1979.

Adentrando ao caso retratado nos autos, nota-se que a denúncia ofertada nesta relação processual penal (fls. 47/87) sustenta justamente, na linha do pugnado e do ainda pendente de deliberação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320, que os fatos tratar-se-iam de crimes contra a humanidade, insuscetíveis de anistia ou de prescrição, bem como protesta contra a validade da Lei nº 6.683/1979 por caracterizar-se como hipótese de autoanistia (privilegiando aqueles que se encontravam no Poder) sem se descurar da mácula aos princípios da dignidade da pessoa humana e republicano (dentre outros), que possuem densidade normativa tal a permitir que se recaia juízo de valor sobre suas previsões.

Desta feita, *sob o enfoque ora em comento, qual seja, da validade da Lei de Anistia à luz da Constituição Federal de 1988, nota-se que o tema não restou inteiramente enfrentado pelo C. Supremo Tribunal Federal, de modo que a deliberação acerca do recebimento (ou não) da denúncia ofertada pelo Parquet federal neste expediente não possui o condão de ofender ou de desafiar o que restou sufragado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.*

(b) Do juízo de validade da Lei de Anistia à luz da Constituição de 1967 (então vigente quando da edição do ato normativo em exame)

A Constituição de 1967 (então em vigor quando da edição da Lei nº 6.683/1979) trazia, em seu art. 150, um rol de direitos e de garantias fundamentais que serviam para proteger o cidadão da atuação estatal, objetivando a imposição de limites na atuação dos Poderes como cláusula inquebrantável de intangibilidade do ser humano como corolário da dignidade da pessoa humana - a propósito, de rigor a transcrição de alguns dos parágrafos do indicado art. 150 (vez que pertinentes ao desvendo do caso ora em julgamento):

> § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.
> § 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.
> § 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.
> § 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

> § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

O § 35 do art. 150 da Constituição de 1967 ainda previa a possibilidade de ampliação do rol de direitos fundamentais por meio da inclusão de outras garantias compatíveis com o regime e os princípios da ordem constitucional, o que tem o condão de denotar a importância da matéria (direitos e garantias fundamentais) e o grau de respeito que todos (inclusive o Estado) deveriam ter com o ser humano - a propósito: § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Desta feita, verifica-se, na senda dos crimes praticados por agentes estatais contra a população civil valendo-se, para tanto, do aparato repressor institucionalizado no escopo de combater subversivos ao regime político-militar, nítida violação das garantias fundamentais acima transcritas porquanto os atos estatais levados a efeito mostraram-se como transgressores dos limites insculpidos na Ordem Constitucional vigente, cabendo destacar que era pressuposto que os representantes do Estado se portassem de modo a respeitar o direito posto.

Nessa ótica, *já sob o enfoque da Carta de 1967, a única interpretação viável da Lei nº 6.683/1979, dentro do espírito republicano, da legalidade, do devido processo legal, da moralidade e, notadamente, da dignidade da pessoa humana, passa pela preservação do direito de punir as graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos, tornando inadmissíveis a anistia, a prescrição ou qualquer outra medida extintiva da punibilidade que impeça a persecução penal, justamente porque a Constituição então em vigor ao tempo de edição da mencionada lei não se compaginava e nem tolerava a prática estatal de violência que se instaurou no decorrer do regime ditatorial.*

Ressalte-se, outrossim, tendo como base o ora exposto, que, de fato, a Lei nº 6.683/1979 não garantiu impunidade imoderada, restringindo o alcance da anistia, conforme é possível ser inferido de seu art. 1º: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Como se nota do texto normativo acima transcrito, os crimes atingidos pela anistia deveriam ser aqueles qualificados como *políticos, ou conexos com estes*, assim entendidos os delitos de qualquer natureza praticados por motivação política. Desta feita, a disposição legal em tela não teve o condão de abranger graves violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais (hipótese retratada nos autos), de modo que, *até mesmo à luz do art. 1º em comento, possível se mostra adentrar aos requisitos necessários ao recebimento da exordial acusatória apresentada neste feito ante a não abrangência da anistia aos fatos relatados.*

Vale observar, ademais, que, ao integrar a anistia à nova ordem jurídica que se avizinhava em decorrência do processo de abertura política, o art. 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ratificou os limites da anistia mediante o emprego de expressão mais contida, referindo-se apenas a *crimes políticos ou conexos* - sem mencionar crimes de qualquer natureza - e, ao se reportar aos agentes estatais, vinculou o alcance do expediente

apenas a atos de exceção, institucionais ou complementares - a propósito: É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

Frente a tais considerações, agora tecidas tendo como base os preceitos insculpidos na Constituição de 1967 (então vigente ao tempo da edição da Lei nº 6.683/1979), *o cometimento dos crimes levados a efeito pelo aparato institucional contra os opositores do regime prevalente naquele momento histórico vai de encontro com os direitos e as garantias deferidas ao cidadão, razão pela qual a anistia não pode ser compreendida a abarcar graves violações de direitos humanos* (como, por exemplo, as ocorrentes no bojo do cometimento de crimes de homicídio, de lesão corporal, de tortura, de sequestro etc. praticados por agentes estatais contra dissidentes do regime militar - *caso dos autos*).

(c) Do juízo de validade da Lei de Anistia à luz dos tratados internacionais de direitos humanos - aplicação do entendimento que confere status supralegal a tais expedientes

Adentrando agora no juízo de validade que deve ser feito à Lei de Anistia tendo como base os tratados internacionais de direitos humanos e partindo da premissa anteriormente estatuída de que referidos atos normativos possuem atualmente *status* de normas supralegais (entendimento sufragado pelo C. Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos RE's 466.343 e 349.703), nota-se *a ausência de compatibilidade da Lei nº 6.683/1979 com diversas convenções afetas ao tema de direitos humanos, o que chancela sua inconvencionalidade no âmbito de aferição que tem por pressuposto a nova conformação da pirâmide normativa kelseniana.*

Oportuna, para o fim a que ora se sustenta de inconvencionalidade da Lei de Anistia, a transcrição de parte do parecer ofertado pela Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320, em 28 de agosto de 2014 (*inwww.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&ipoApp=.pdf* acessado em 08 de março de 2018), no qual se veicula minucioso apanhado de enunciações do Direito Internacional costumeiro destinadas à proteção dos direitos humanos em matéria de crimes contra a humanidade, primeiramente conceituando e estabelecendo competências para o julgamento desses crimes e posteriormente assentando a reprovabilidade de quaisquer obstáculos à punibilidade, inclusive a anistia ou a prescrição, a fim de demonstrar a cabal incompatibilidade do ato anistiador com os parâmetros internacionais incidentes na matéria:

> (...) A reprovação jurídica internacional a tais condutas e a imprescritibilidade da ação penal a elas correspondente está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); (54. Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. Londres, 8 ago. 1945. Disponível em: , acesso em 27 ago. 2014. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, no art. 6(c): "nomeadamente, homicídio, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas na execução de ou em conexão com qualquer crime sujeito à jurisdição do Tribunal, estejam ou não em violação ao direito interno do país onde hajam sido perpetrados") b) Lei do Conselho de Controle no 10 (1945); (55. Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and

Against Humanity, art. II. Disponível em: < http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp="">, acesso em 27 ago. 2014. Segundo o documento: "1. Cada um dos seguintes atos é reconhecido como crime: [...] (c) Crimes contra a Humanidade. Atrocidades e crimes, incluindo mas não se limitando a homicídio, extermínio, escravização, deportação, prisão, tortura, estupro e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou persecução baseada em razões políticas, raciais ou religiosas, estejam ou não em violação ao direito interno do país onde hajam sido perpetrados. [...]") c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); (56. Texto adotado pela Comissão de Direito Internacional e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas como parte do relatório da Comissão. O relatório foi publicado no Yearbook of the International Law Commission, 1950, v. II e está disponível em: < http://bit.ly/juri000l=""> ou , acesso em 27 ago. 2014. "Princípio VI - Os crimes doravante estabelecidos são puníveis como crimes segundo o Direito Internacional: (a) Crimes contra a paz: [...]. (b) Crimes de guerra: [...]. (c) Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos sejam praticados ou tais perseguições sejam cometidas na execução de ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra. [...] 124. De acordo com o artigo 6 (c) da Carta, a formulação acima caracteriza como crimes contra a humanidade homicídio, extermínio, escravização etc., cometidos contra 'qualquer' população civil. Isso significa que esses atos podem ser crimes contra a humanidade mesmo se forem cometidos pelo agente contra sua própria população.") d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); (57. Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693). Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em < http://bit.ly/un000a=""> ou < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf="">, acesso em 27 ago. 2014. Diz o comentário: "Comentário - O texto anteriormente aprovado pela Comissão dizia o que se segue: [...]. Este texto correspondia em substância ao artigo 6, parágrafo (c), da Carta do Tribunal Militar Internacional em Nuremberg. Era, contudo, mais amplo em escopo do que dito parágrafo em dois aspectos: proibia também atos desumanos cometidos por motivos culturais e, ademais, caracterizava como crimes sob o Direito Internacional não apenas atos desumanos cometidos em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra, conforme definidos naquela Carta, mas também tais atos cometidos em conexão com todas as outras infrações definidas no artigo 2 do anteprojeto de Código. A Comissão decidiu alargar o escopo do parágrafo de forma a tornar a punição dos atos enumerados no parágrafo independente de eles serem ou não cometidos em conexão com outras infrações definidas no anteprojeto de Código. Por outro lado, a fim de não caracterizar qualquer ato desumano cometido por um indivíduo privado como crime internacional, achou-se necessário dispor que tal ato constitui crime internacional apenas se cometido pelo indivíduo privado por instigação ou com a tolerância das autoridades de um Estado.) (...) f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); (59. Disponível em < http://bit.ly/un000b=""> ou < http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm="">, acesso em 27 ago. 2014. O artigo 1 da resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como crime contra a humanidade.) g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); (60. Disponível em < http://bit.ly/un000d=""> ou < http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm="">, acesso em 27 ago. 2014. A resolução *"reconhece ser necessário e oportuno afirmar no direito internacional, por meio de uma convenção, o princípio segundo o qual não há prescrição penal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade" e recomenda que "nenhuma legislação ou outra medida seja tomada que possa ser prejudicial aos objetivos e propósitos de uma convenção sobre a inaplicabilidade de limitações legais a [persecução de] crimes de guerra e crimes contra a humanidade*, na pendência da aprovação de uma convenção [sobre o assunto] pela Assembleia

Geral". h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); (61. Disponível em < http://bit.ly/un000g=""> ou , acesso em 27 ago. 2014. *A resolução convoca todos os Estados da comunidade internacional a adotar as medidas necessárias à completa investigação de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, conforme definidos no art. I da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, bem como à identificação, prisão, extradição e punição de todos os criminosos de guerra e pessoas culpadas por crimes contra a humanidade que ainda não tenham sido processadas ou punidas. i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); (62. Disponível em < http://bit.ly/un000j=""> ou < http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm="">, acesso em 27 ago. 2014. A resolução lamenta que numerosas decisões aprovadas pelas Nações Unidas sobre a questão da punição de criminosos de guerra e de pessoas que cometeram crimes contra a humanidade ainda não estavam sendo totalmente cumpridas pelos Estados e expressa profunda preocupação com o fato de que, nas condições atuais, como resultado de guerras de agressão e políticas e práticas de racismo, apartheid, colonialismo e outras ideologias e práticas similares, crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam sendo cometidos em várias partes do mundo. A resolução também convoca os Estados que ainda não tenham aderido à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade a observar estritamente as provisões da Resolução 2583 da Assembleia Geral da ONU. (...) k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973). (64 ONU. Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Extradição e Punição de Pessoas Culpadas por Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade. Aprovados pela Resolução 3074 da Assembleia Geral em 3 de dezembro de 1973. *Estabelece o Princípio 1: Crimes de guerra e crimes contra a humanidade, onde quer que sejam cometidos, devem estar sujeitos a investigação, e as pessoas contra as quais haja prova de que tenham cometido tais crimes devem estar sujeitas a localização, prisão, julgamento e, se julgadas culpadas, a punição."* Disponível em < http://bit.ly/un000m=""> ou < http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm="">, acesso em 27 ago. 2014.) (...) Na Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade (1968), (65 Aprovada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 2391 (XXIII), de 26 de novembro de 1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11 de novembro de 1970. Disponível em < http://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/warcrimes.pdf="">, acesso em 27 ago. 2014.) a imprescritibilidade estende-se aos "crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções no 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946". Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da década de 1950 e das resoluções de sua Assembleia Geral em meados dos anos 1960, crescente tendência de dispensar o elemento contextual "guerra" na definição dos crimes contra a humanidade. Especificamente o uso da expressão "desaparecimento forçado de pessoas" difundiu-se no plano internacional a partir de milhares de casos de sequestro, homicídio e ocultação de cadáver de militantes políticos contrários a regimes ditatoriais instalados na América Latina. Um dos primeiros registros internacionais desse nomen juris está na Resolução 33/173, da *Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas*. (66. Disponível em , acesso em 27 ago. 2014.) *A resolução, editada um ano antes da lei brasileira de anistia, convoca os Estados a:* a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) *assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (fully accountable) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos*; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas,

> inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados. (...) - destaque nosso.

Diante destes imperativos éticos e humanitários previstos no Direito Internacional - coerentes, aliás, com as garantias fundamentais da ordem constitucional brasileira então vigente (nos termos do art. 150, § 35, da Constituição de 1967), não prosperam ilações no sentido de que a República Federativa do Brasil somente restou obrigada a observar tais preceitos a partir da subscrição dos respectivos pactos internacionais.

Na realidade, o fato de apenas após a redemocratização o Brasil ter aderido a tratados que exigem a punibilidade de crimes de lesa-humanidade (como o Estatuto de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) não significa que até então estava o país autorizado a anistiar ou a tolerar a prescrição de crimes atrozes, declinando da dignidade da pessoa humana, que já encontrava previsão como valor constitucional no âmbito da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1967 (art. 157, II: A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana (...)).

Nesse contexto, cumpre trazer à baila novamente o precedente firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 349.703 (Rel. Min. CARLOS BRITTO, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675), oportunidade em que restou assentado que a compatibilidade exigida do ordenamento interno com tratados internacionais de direitos humanos deve ocorrer ainda que a norma interna tenha sido editada quando não existente ou não aprovada a convenção - em outras palavras, (...) o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, *seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão* (...) - destaque nosso.

Assim, de acordo com o precedente em comento, que analisou, conforme dito anteriormente, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel de acordo com o Decreto-Lei nº 911/1969 à luz do Pacto de São José da Costa Rica, depreende-se ser indiferente que a sobrevinda de normativa internacional tenha ocorrido muitos anos após a edição do diploma interno - mesmo diante da questão temporal em comento, ainda assim *a lei interna anterior deverá ser analisada com base no tratado internacional de direitos humanos editado em momento futuro, o que sufraga o juízo de valor que se está a realizar da Lei de Anistia com base no status supralegal de tratado internacional de direitos humanos que somente veio ao cenário internacional em momento ulterior.*

E é justamente em razão da incompatibilidade dos preceitos elencados na Lei de Anistia brasileira em face do Pacto de São José da Costa Rica que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia"), fixou a responsabilidade do Estado Brasileiro em promover a persecução penal contra os acusados de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar brasileira. Colhe-se do estabelecido pela Corte em tela quando da exaração de sua r. decisão:

> (...) 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação

> dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (...) 9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença (...).

Em julgamento realizado em 04 de julho de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar caso em que envolvida a morte do jornalista Vladimir Herzog encontrado falecido nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), novamente asseverou que a República Federativa do Brasil tem o dever, de acordo com as normas internacionais de direitos humanos, de identificar e de punir os responsáveis pelo passamento - muito pertinente a transcrição de excerto extraído da r. decisão então proferida:

> (...) A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais (...).

E, nesse contexto, em cumprimento às determinações da Corte Interamericana (que remontam a 2010 - Caso Gomes Lund - "Guerrilha do Araguaia"), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL promoveu o ajuizamento de ações penais referentes aos crimes praticados por agentes estatais no contexto do regime militar, sendo uma delas a que está ora sendo objeto deste voto.

Portanto, levando em consideração a submissão da Lei de Anistia ao controle de convencionalidade (a teor do anteriormente exposto), bem como o reconhecimento de responsabilidade do Estado brasileiro em promover a persecução penal contra os acusados de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar brasileira, mostra-se imperativo assentar que *o respeito aos direitos humanos deve ser considerado como norma cogente e inafastável do Direito Internacional, respeito este do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia), seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter sua própria ordem constitucional ou os tratados e as convenções internacionais assinados em matéria de direitos humanos.*

ALGUMAS OUTRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DE ANISTIA

Consulta aos apontamentos relativos ao processo legislativo que ensejou a aprovação da Lei nº 6.683/1979 dá conta de que o ato legislativo em tela foi aprovado por 50,61% dos votos então proferidos, vale dizer, 206 parlamentares vinculados ao então partido da situação - ARENA - manifestaram-se favoravelmente à sua aprovação ao passo que 201 membros do MDB externaram posicionamento no sentido do refutamento de seu texto - portanto, a aprovação da Lei de Anistia decorreu de apertadíssima maioria, que se refletia apenas em 05 votos. Cumpre salientar, ademais, que o Congresso Nacional daquele contexto era formado por membros eleitos e por membros não eleitos (estes indicados por um colégio eleitoral no qual a ARENA - partido da situação, frise-se - era o predominante).

Desta forma, mostra-se falacioso o argumento propalado segundo o qual a Lei de Anistia teria sido um bem costurado "acordo social" manifestado pela sociedade da época no sentido de apaziguar os ânimos e permitir que o país caminhasse para uma abertura política tranquila. Na realidade, referida Lei decorreu de uma diminuta margem de aprovação em um contexto em que os parlamentares envolvidos no processo legislativo não representavam efetivamente a sociedade brasileira na justa medida em que parcela daqueles cargos estava sendo ocupada por pessoas indicadas pelo próprio regime militar, razão pela qual *não se pode concluir no sentido de que houve um debate social acerca da necessidade de aprovação de uma Lei de Anistia nem que a Lei em si é fruto da vontade soberanamente manifestada pelo povo brasileiro.*

Sem prejuízo do exposto, importante ser rememorado que o poder de legislar, de cunho eminentemente constitucional, nunca pode (o que prevalece até os dias atuais) ser exercido de maneira abusiva ou imoderada sob pena de afronta ao *devido processo legal legislativo substancial* (ou *substantive due process of law*) manifestado em mácula a postulados inerentes à razoabilidade e à proporcionalidade. Isso porque o exercício de atividade legiferante deve respeitar preceitos fundamentais (razoabilidade e proporcionalidade) que se baseiam em diretrizes que vedam os excessos normativos ou que imponham irrazoáveis consequências aos particulares ou ao Poder Público.

Importante ser dito que o C. Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar a aplicação do devido processo legal legislativo substancial em face de ato emanado do Poder Legislativo que impunha restrições destinadas a compelir pessoa jurídica inadimplente a pagar tributo e que culminavam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício pela empresa devedora de atividade econômica lícita, tendo assentado entendimento no sentido de ser desautorizada a discricionariedade legislativa empregada pois relevadora de um caráter abusivo - a propósito:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) - *SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO - INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO* (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) - *RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA - LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW" - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO* (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24) - O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) - A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE - A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE" - DOUTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (...) Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do

> Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.) (...) (ARE-AgR 915424, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, data de publicação DJE 30/11/2015) - destaque nosso.

Ressalte-se que o Eminente Ministro Relator do ARE-AgR 915424 (cuja ementa encontra-se transcrita acima) trouxe à colação, em seu voto, importante paradigma estabelecido pelo próprio Tribunal Pleno da C. Corte Suprema acerca do reconhecimento do abuso do poder de legislar:

> (...) *O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.* O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do "substantive due process of law" - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador (...) (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

No contexto ora em comento, vislumbra-se que *a Lei da Anistia ofende frontalmente o substantive due process of law pois corporifica abuso do poder de legislar (analisado à luz da proporcionalidade e da razoabilidade) ao tentar "apagar" juridicamente as consequências de crimes de lesa-humanidade* que violam garantias fundamentais presentes na Constituição de 1967 (vigente ao tempo da edição da Lei nº 6.683/1979), na Constituição de 1988 (com a qual a Lei nº 6.683/1979 deve ser compatível para que ocorra o fenômeno da recepção) e nos tratados internacionais de direitos humanos aprovados e internalizados pela República Federativa do Brasil (cuja compatibilidade com a Lei nº 6.683/1979 pode ser levada a efeito conforme já decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal e mencionado ao longo deste voto).

Em outras palavras, as garantias fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana seriam inócuas acaso fosse permitido ao próprio detentor de parcela do Poder popular (referência ao Poder Legislativo) livrar os agentes estatais das consequências decorrentes do seu desrespeito. Por princípio, exige-se *sempre* que o Estado Constitucional submeta-se ao conjunto de limites estabelecido pelo Poder Constituinte Originário (congregador da vontade soberana popular) dentro dos critérios de legalidade, de razoabilidade e de proporcionalidade, observando, inclusive na edição de leis, o chamado *devido processo legal substantivo.*

CONCLUSÃO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PUNIBILIDADE DE AGENTES ESTATAIS POR CRIMES DE LESA-HUMANIDADE COMETIDOS DURANTE A VIGÊNCIA DO ÚLTIMO PERÍODO DE EXCEÇÃO NO BRASIL

Por todos os argumentos anteriormente tecidos, nota-se que *a punibilidade em relação*

aos crimes de lesa-humanidade cometidos por agentes estatais durante a vigência do último período de exceção no Brasil não foi atingida pela anistia proclamada pela Lei nº 6.683/1979, não havendo fundamento, no Estado de Direito, para a legitimação da anistia, quer no passado, quer no presente, quer no futuro. Consequentemente, mostra-se necessária a análise da presença de justa causa para a instauração da persecução penal nos termos em que versada na denúncia ofertada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL nesta senda.

DA PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Para que a persecução penal possa ser instaurada e também para que possa ter continuidade no decorrer de um processo-crime, faz-se necessária a presença de justa causa para a ação penal consistente em elementos que evidenciem a materialidade delitiva, bem como indícios de quem seria o autor do ilícito penal. Trata-se de aspecto que visa evitar a instauração de relação processual que, por si só, já possui o condão de macular a dignidade da pessoa humana e, desta feita, para evitar tal ofensa, imperiosa a presença de um mínimo lastro probatório a possibilitar a legítima atuação estatal. Dentro desse contexto, dispõe o art. 395, III, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal, o que se corporifica pela ausência de substrato probatório mínimo no sentido de comprovar a materialidade delitiva e a autoria da infração penal.

Destaque-se que a jurisprudência atual do C. Supremo Tribunal Federal tem analisado a justa causa, dividindo-a em 03 (três) aspectos que necessariamente devem concorrer no caso concreto para que seja válida a existência de processo penal em trâmite contra determinado acusado: (a) *tipicidade*, (b) *punibilidade* e (c) *viabilidade* - nesse diapasão, a justa causa exigiria, para o recebimento da inicial acusatória, para a instauração de relação processual e para o processamento propriamente dito da ação penal, a adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível (vale dizer, não deve haver qualquer causa extintiva da punibilidade do agente) e deve haver um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215 DO CÓDIGO PENAL). EXTINÇÃO ANÔMOLA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. PRECEDENTES. 1. *A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria).* 2. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 3. A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com esta via processual. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (HC 144343 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) - destaque nosso.

Importante consignar que a rejeição da peça acusatória (ou mesmo a absolvição sumária do acusado) com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta nesse sentido na justa medida em que

defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Apesar de se exigir a não instauração de relação processual sem um lastro mínimo probatório (nos termos anteriormente tecidos), há que ser ressaltado que prevalece na fase do recebimento da denúncia (e também quando da aplicação das hipóteses de absolvição sumária, uma vez que o art. 397 do Código de Processo Penal aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for *manifesta* a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado *evidentemente* não constitui crime) o princípio do *in dubio pro societate* de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a perquirir prova plena da ocorrência de infração penal (tanto sob o aspecto da materialidade como sob o aspecto da autoria) - a respeito do exposto, vide a ementa que segue:

> PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO, QUADRILHA OU BANDO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PREVARICAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA DO WRIT. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELO ESTELIONATO. TEMA NÃO DEBATIDO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (...) 2. *A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. 3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.* 4. A denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do Código de Processo Penal e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu. (...) (STJ, RHC 40.260/AM, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017) - destaque nosso.

Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia ou a queixa, por configurar decisão interlocutória (e não sentença), não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), cabendo salientar que o ditame insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal, de exigir profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão, somente teria incidência em sede da prolação de sentença penal (condenatória ou absolutória) - nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PROFUNDA OU EXAURIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. *A*

decisão que recebe a denúncia (art. 396 do Código de Processo Penal) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (art. 397 do CPP) não demandam motivação exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório. 3. No caso dos autos, em que pese a sucinta fundamentação, o Juízo singular afastou as teses defensivas suscitadas na resposta à acusação, pois entendeu, naquele momento processual, ausentes as hipóteses de absolvição sumária do acusado, pela atipicidade do fato ou pela existência de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade, bem como de extinção da punibilidade, nos termos do art. 397 do CPP. 4. *Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal.* (...) (STJ, HC 320.452/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017) - destaque nosso.

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. ARTIGO 334-A, §1º, IV DO CP. DENÚNCIA. APTIDÃO. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CPP SATISFEITOS. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUESTÕES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO. ORDEM DENEGADA. (...) IX - *No momento do recebimento da denúncia ou da análise da resposta à acusação, o Juízo não está obrigado a manifestar-se de forma exauriente e conclusiva acerca das teses apresentadas pela defesa, evitando-se, assim, o julgamento da demanda anteriormente à devida instrução processual* (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, HC - HABEAS CORPUS - 71222 - 0002937-65.2017.4.03.0000, Rel. DES. FED. CECILIA MELLO, julgado em 27/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017) - destaque nosso.

DO CASO CONCRETO - ANÁLISE DA PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Firmadas as premissas anteriormente expostas acerca da necessidade da presença de justa causa para a deflagração da persecução penal, cumpre perquirir sua presença nos elementos coligidos aos autos ainda na fase investigativa (que se procedeu por meio da instauração de Procedimento Investigatório Criminal a cargo do órgão acusador). A análise em tela será feita de forma separada para as imputações que ainda se mostram viáveis ante a não ocorrência do falecimento dos denunciados: (a) imputação do crime previsto *no art. 121, § 2º, I, III e IV, c.c. art. 29, ambos do Código Penal*, ao denunciado *DAVID DOS SANTOS ARAUJO* e (b) imputação do crime previsto no *art. 299, parágrafo único, c.c. art. 61, II, "b", c.c. art. 29, todos do Código Penal*, ao denunciado *PÉRSIO JOSÉ RIBEIRO CARNEIRO*.

(a) Da imputação do crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, c.c. art. 29, ambos do Código Penal, ao denunciado DAVID DOS SANTOS ARAUJO

Compulsando os autos, verifica-se a presença de elementos concernentes à *materialidade delitiva*, quais sejam, depoimento prestado por Ivan Akselrud de Seixas no PIC nº 1.34.001.007298/2008-09 (fls. 207/215 c.c. fls. 282/283), carta encaminhada ao Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro em 23 de outubro de 1975 (fls. 245/280), r. sentença que determinou a alteração do registro civil da vítima JOAQUIM (fls. 287/291 e fls. 278/282 do PIC nº 1.34.001.007770/2011-09), depoimento de Ieda Akselrud de Seixas (fls. 302/307), interrogatório da vítima JOAQUIM em 16 de abril de 1971 (fl. 309), interrogatório de Milton Tavares Campos em 30 de setembro de 1971 (fls. 320/324), sem prejuízo de serem indicados, ainda, documentos acostados ao PIC nº 1.34.001.007770/2011-

09 (declarações de Ivan Akselrud de Seixas - fls. 108/114 e 298/302; relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - Presidência da República - Secretaria de Direitos Humanos - Gabinete da Ministra - fls. 145/147 c.c. mídia digital à fl. 148; mídia digital proveniente do Arquivo Nacional do Distrito Federal - fl. 213; mídia digital oriunda do Arquivo Público do Estado de São Paulo - fl. 226; Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade - fls. 235/266; biografia da vítima JOAQUIM elaborada pela Comissão Nacional da Verdade - fls. 268/274; e declarações de Joana D'Arc Gontijo - fls. 307/310). O concatenado de elementos acima descritos *indica a submissão da vítima JOAQUIM ALENCAR DE SEIXAS a ofensas a sua integridade física e moral a resultar em seu falecimento.*

Por sua vez, no que tange aos necessários *indícios de autoria*, depreende-se sua presença a partir do depoimento prestado por Ivan Akselrud de Seixas no PIC nº 1.34.001.007298/2008-09 (fls. 207/215 c.c. fls. 282/283), da carta encaminhada ao Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro em 23 de outubro de 1975 (fls. 245/280), da reportagem (fls. 295/300), do depoimento de Ieda Akselrud de Seixas (fls. 302/307), do Relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (fls. 06/07 do PIC nº 1.34.001.007770/2011-09), do Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (fls. 08/10 do PIC nº 1.34.001.007770/2011-09), da biografia da vítima JOAQUIM elaborada pela Comissão Nacional da Verdade (fls. 268/274 do PIC nº 1.34.001.007770/2011-09) e das declarações prestadas por Ivan Akselrud de Seixas (fls. 298/302 do PIC nº 1.34.001.007770/2011-09).

Portanto, *presentes os requisitos que ensejam o reconhecimento de justa causa para a persecução penal, haja vista a presença de materialidade delitiva e de indícios de autoria, bem como a subsunção dos fatos, em tese, ao tipo penal no qual DAVID DOS SANTOS ARAUJO foi denunciado (art. 121, § 2º, I, III e IV, c.c. art. 29, ambos do Código Penal) e a ausência de causa extintiva da punibilidade empregável à espécie, de rigor o provimento do Recurso em Sentido Estrito manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para receber a denúncia ofertada, determinando o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento.* Como corolário do exposto, deve incidir na espécie o entendimento sufragado na Súm. 709/STF (Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela), de modo que este r. provimento judicial colegiado tem o condão de valer como recebimento da denúncia.

(b) Da imputação do crime previsto no art. 299, parágrafo único, c.c. art. 61, II, "b", c.c. art. 29, todos do Código Penal, ao denunciado PÉRSIO JOSÉ RIBEIRO CARNEIRO

De plano, importante ser ressaltado que, a despeito dos argumentos ventilados quando da apresentação de contrarrazões pelo recorrido PÉRSIO (no sentido de que o crime insculpido no art. 299 não seria delito contra a humanidade e, portanto, não haveria que se falar na pecha de imprescritibilidade, de molde a ser de rigor o reconhecimento da extinção de sua punibilidade), de fato, acaso fosse analisado o tipo penal em si mesmo não haveria que se falar em crime perpetrado contra a humanidade. Todavia, a questão trazida à tona neste feito guarda relação intrínseca e conexa aos crimes perpetrados pelos agentes estatais quando da ditadura que se iniciou a partir de 1964, razão pela qual, justamente pelo inerente e imbricado contexto, a infração penal atinente à falsidade ideológica, se perpetrada, o foi no desiderato de permitir a continuidade do regime político então vigente e, dentro de tal contexto, encontra-se acobertada pelo manto de ser, também, crime levado a efeito em detrimento da humanidade (portanto, com a consequência de ser imprescritível e não passível de anistia nos termos anteriormente tratados).

Superada a questão prejudicial tecida, compulsando os autos, verifica-se tanto a presença de elementos concernentes à *materialidade* como de *indícios afetos à autoria delitivas*,

consistentes no cotejo do Laudo de Exame de Corpo de Delito - Exame Necroscópico (fls. 332/335 - elaborado pelo denunciado PÉRSIO em coautoria com outra pessoa e com causa mortis declarada como sendo hemorragia interna traumática pelo atingimento de 07 - sete - projéteis de arma de fogo) com os elementos anteriormente declinados dando conta de que a vítima JOAQUIM, em tese, teria sido morta não pelo alvejamento de projéteis de arma de fogo, mas sim em decorrência da tortura que lhe foi impingida pelo aparato estatal quando de seu aprisionamento na sede do Destacamento de Operações de Informações do II Exército (DOI) em São Paulo.

Portanto, *presentes os requisitos que ensejam o reconhecimento de justa causa para a persecução penal, haja vista a presença de materialidade delitiva e de indícios de autoria, bem como a subsunção dos fatos, em tese, ao tipo penal no qual PÉRSIO JOSÉ RIBEIRO CARNEIRO foi denunciado (art. 299, parágrafo único, c.c. art. 61, II, "b", c.c. art. 29, todos do Código Penal) e a ausência de causa extintiva da punibilidade empregável à espécie, de rigor o provimento do Recurso em Sentido Estrito manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para receber a denúncia ofertada, determinando o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento.* Como corolário do exposto, deve incidir na espécie o entendimento sufragado na Súm. 709/STF (Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela), de modo que este r. provimento judicial colegiado tem o condão de valer como recebimento da denúncia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, importante destacar que o entendimento anteriormente declinado não se compagina com ilações de que determinadas vidas seriam mais importantes do que outras - na realidade, a persecução penal estatal deve ter por objeto tanto as graves violações de direitos humanos levadas a efeito por agentes do Poder Público quanto àquelas perpetradas por terceiros que se mostravam contrários ideologicamente com o então regime em vigor.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por *DAR PROVIMENTO ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, nos termos anteriormente expendidos.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO CONDUTOR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO:

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão proferida pela 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal, c.c. art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 26/1985, e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, rejeitou a denúncia ofertada pelo Parquet tendo em vista a extinção de punibilidade dos fatos nela descritos.

Na sessão de julgamento realizada em 05 de fevereiro de 2019, o e. Relator, Desembargador Federal Fausto De Sanctis, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto.

Pois bem. Divirjo do e. Relator, pelos motivos ora expostos. Em extensa e judiciosa sentença, na qual fez detalhada análise histórica, o e. Juiz Federal Alessandro Diaféria rejeitou a denúncia porque, em síntese: *i)* os fatos imputados aos denunciados foram alcançados pela anistia prevista na Lei nº 6.683, de 28.08.1979; *ii)* essa anistia foi reafirmada pela Emenda

Constitucional nº 26, de 1985, que convocou a assembleia nacional constituinte e resultou na Constituição Federal de 1988; *iii)* o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF, reafirmou que os efeitos da anistia concedida pela referida Lei nº 6.683/79 não foram afastados pela Constituição Federal de 1988; *iv)* não cabe cogitar a aplicação retroativa de disposições e diretivas de Direito Internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79, sob pena de afrontar-se a decisão do STF na ADPF nº 153; *v)* se há perspectiva de que em outra ADPF (320/DF), o STF reveja o seu posicionamento quanto à lei de anistia, deve aguardar-se tal julgamento, pois o STF é o único órgão judicial que poderia, mesmo que obliquamente, deliberar pela cessação dos efeitos da ADPF nº 153; *vi)* a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) deu-se por meio do Decreto nº 678, de 06.11.1992, publicado em 08.11.1992, mais de uma década depois da prática dos fatos narrados na denúncia.

Com efeito, o tema da anistia para os crimes políticos ou conexos com estes cometidos no período de 02.01.1964 a 15.08.1979, concedida pela Lei nº 6.683/79, já foi amplamente discutido no âmbito do STF, na citada ADPF nº 153, cuja ementa transcrevo:

> EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.
> 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.
> 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A

chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei

> de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.
> 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.
> (ADPF 153/DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJe-145 DIVULG 05.08.2010 PUBLIC 06.08.2010, RTJ 216, p. 11)

Não vou estender-me em considerações que seriam repetitivas em relação a tudo o que foi exposto no voto do Ministro Eros Grau e nos dos que o acompanharam. Da mesma forma em relação ao que consta na r. decisão do juízo de primeiro grau.

O que posso acrescentar, em concordância com o quanto exposto na sentença, é que, por mais que sejam dolorosas as lembranças de tudo o quanto ocorreu em desrespeito aos direitos humanos durante o período de exceção vivido no Brasil, o fato é que houve um concerto político, do qual participaram diversas entidades importantes do cenário nacional, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para que a anistia fosse ampla e o País retomasse o caminho da democracia. O caminho não foi o da batalha, mas o da paz, pela concordância nos termos que vieram a ser estabelecidos na Lei nº 6.683/79. Isso foi destacado, por exemplo, por José Paulo Cavalcanti Filho, advogado e ex-membro da Comissão Nacional da Verdade, em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, edição do dia 22.05.2018:

> A anistia, entre nós, veio em dois momentos. O primeiro, com a lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, negociada entre Petrônio Portela (ministro da Justiça de Ernesto Geisel) e Raymundo Faoro (presidente da OAB Nacional). De um lado, preparando a volta de exilados como Miguel Arraes e Leonel Brizola - e protegendo condenados ou processados pela ditadura; de outro, protegendo os militares por tudo o que fizeram. Duro preço a pagar para permitir a transição. Uma lei imposta pelos militares, claramente para se proteger. Vão-se os anéis.
> Mas houve outra, depois, da qual pouco se diz. A Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985, votada por um Congresso livre, o mesmo que elegeu Tancredo Neves.
> A reprodução do texto, tecnicamente o mesmo, se deveu ao fato de que o episódio grotesco do Riocentro ocorreu em 1981, posteriormente à primeira lei. Os militares exigiam que também aquele episódio fosse coberto por uma anistia.
> E tudo se deu no contexto de negociações feitas por Tancredo, antes da posse, para garantir uma transição sem maiores traumas. Dos militares para a oposição civil - e não, como na generalidade dos países, primeiro dos militares para o estamento civil do sistema.

O STF, ao julgar a ADPF nº 153, determinou os rumos de ações que visassem revolver fatos alcançados pela anistia mencionada. Isto porque essa decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.982, de 03.12.1999.

Assim é que outras ações propostas pelo MPF com o mesmo objetivo não foram acolhidas no âmbito deste Tribunal, como, por exemplo:

PENAL. PROCESSO PENAL. LEI Nº 6.683/79. ANISTIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.
1. A morte do agente constitui causa de extinção da punibilidade.
2. A anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 foi ampla e geral, alcançando os crimes políticos e eleitorais praticados pelos agentes da repressão, no período compreendido entre 02/09/1961 e 15/08/1979.
3. A Lei nº 6.683/79 foi integrada na nova ordem constitucional de 1988.
4. Em razão da concessão de anistia em relação aos delitos políticos e os conexos com estes, praticados no período compreendido entre 02/09/1961 a 15/08/1979, não há falar em existência material de crime. Ausência de justa causa para a ação penal. Rejeição da denúncia é medida de rigor.
5. Recurso em sentido estrito prejudicado em parte, em razão da morte de agente. Na parte não prejudicada, recurso desprovido.
(RSE 0016351-22.2014.4.03.6181, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Mauricio Kato, j. 07.08.2017, e-DJF3 Judicial 1 18.08.2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. REGIME MILITAR. ANISTIA. HOMICÍDIO. OCULTAÇÃO OU DESTRUIÇÃO DE CADÁVER. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. RESTOS MORTAIS NÃO LOCALIZADOS. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. SUJEIÇÃO DO BRASIL ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO GOMES LUND. DESAPARECIMENTO FORÇADO. CONVENÇÃO AMERICANA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DISTINÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA. ADPF 153. COMPATIBILIDADE COM A DECISÃO INTERNACIONAL. 1. Imputação ao réu da prática dos crimes de homicídio duplamente qualificado (CP, art. 121, § 2º, I e IV) e de ocultação de cadáver (CP, art. 211), cometidos quando ocupava o cargo de chefia do DOI-CODI, em setembro de 1975.
2. O Supremo Tribunal Federal já proclamou não somente a validade mas também a abrangência bilateral da Lei n. 6.683, de 28.08.79, conhecida como Lei da Anistia, que se aplica aos delitos cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
3. Não consta que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha obliterado a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nestes autos, aquela é meramente citada sem que se identifiquem efetivamente seus efeitos para a economia deste processo, isto é, em que medida seus efeitos criam, extinguem ou modificam direitos de caráter processual ou de direito material no que respeita ao regular andamento da ação penal. Em princípio, o juiz goza de independência no âmbito de sua função jurisdicional, cumprindo-lhe aplicar a lei ao caso concreto mediante o exercício de seu entendimento, segundo o Direito. Essa atividade somente é obstruída em decorrência de decisão que tenha a propriedade de substituir ou, de qualquer modo, reformar sua decisão. Os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil não afetam esse pressuposto, que de resto é facilmente compreensível. Nem é preciso maiores digressões, pois o fenômeno é, na sua natureza, idêntico ao que ocorre no âmbito das obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito interno. Daí que não há razão, de caráter processual, para não guardar a tradicional reverência ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.
4. Anistia aplicável ao delito de homicídio referido na denúncia.
5. A prática do crime do art. 211 do Código Penal em sua modalidade "destruir" demanda a mesma conclusão atinente ao delito de homicídio, por plenamente incidentes as disposições da Lei n. 6.683, de 28.08.79.
6. A mera natureza permanente do crime de ocultação de cadáver não faz ressurgir a pretensão punitiva. Pois nos crimes permanentes há de subsistir a atividade criminosa ao longo do tempo. A denúncia, contudo, não fundamenta seu pedido condenatório em uma suposta ulterior

> atividade criminosa que, por si mesma, teria feito surgir (ou, o que dá no mesmo, subsistir) a pretensão punitiva. Daí que aqueles fatos foram efetivamente abrangidos pela anistia.
> 7. O Código Penal, art. 111, III, diz que, nos crimes permanentes, a prescrição começa a correr "do dia em que cessou a permanência". Assim, subsistindo a tipificação do fato, fenômeno que ocorre por causa da atividade delitiva do agente, resulta evidente que não está a correr o prazo prescricional. Não há referência à atividade criminosa dos agentes posterior à Lei da Anistia que poderia - como se pretende - postergar o início da fluência do prazo prescricional. Contudo, a própria aplicação desse dispositivo fica prejudicada na medida em que, por oura razão, já não há mais pretensão punitiva passível de ser extinta pela prescrição.
> 8. Recurso não provido.
> (RSE 0015754-19.2015.4.03.6181, Quinta Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, j. 50.12.2016, e-DJF3 Judicial 1 15.12.2016)

O STF também reafirmou a autoridade da decisão proferida na ADPF º 153 ao deferir liminares nas Reclamações nºs 18.686/RJ (Rel. Min. Teori Zavascki) e 19.760/SP (Rel. Min. Rosa Weber), suspendendo as ações penais que tramitavam no primeiro grau de jurisdição.

Observo, ainda, que tramita no STF a ADPF nº 320/DF, sob relatoria do Min. Luiz Fux, na qual está novamente em debate a aplicação da anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 aos crimes de graves violações de direitos humanos e aos crimes continuados ou permanentes.

Nessa ADPF o tema poderá ser revisto pelo STF, mas, enquanto não decidida, os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados à decisão proferida na ADPF nº 153.

Observo, apenas para registro, que essa impossibilidade de revisão por outros órgãos judiciários que não o próprio STF foi admitida por José Carlos Dias, Maria Rita Kehl, Paulo Sérgio Pinheiro, Pedro Dallari e Rosa Cardoso, ex-integrantes da Comissão Nacional da Verdade, em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 19.05.2018, no qual defenderam a revisão da lei de anistia após novas revelações sobre a ditadura militar:

> A medida de julgamento dos agentes públicos envolvidos na repressão já havia sido determinada ao Estado brasileiro por meio de decisão de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Ministério Público Federal, evoluindo de sua posição anterior, passou a promover ações objetivando a condenação dos responsáveis.
> A recomendação da CNV permanece, portanto, integralmente válida e, no relatório, estão nominadas 377 pessoas comprometidas com os crimes apurados, cerca de metade delas provavelmente ainda vivas. Impõe-se, assim, a promoção do afastamento dos eventuais impedimentos da Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia), aprovada ainda durante a ditadura, para que a atuação do Judiciário possa ter curso.
> Isso poderá se dar por via de decisão do Supremo Tribunal Federal, havendo ações aguardando julgamento, ou de deliberação do Congresso Nacional, sendo diversos os projetos nesse sentido.
> O fundamental é que a civilização prevaleça sobre a barbárie e o Brasil deixe a condição vergonhosa de ser a única exceção entre os países da América Latina -que, olhando de frente para o seu passado, julgaram os agentes da repressão, promovendo a justiça e a democracia. (negritei)

Posto isso, pedindo vênia ao e. Relator, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso em sentido estrito.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o acórdão

APELAÇÃO CRIMINAL
0004008-45.2017.4.03.6130

Apelantes: FABIANO MORAES DE LIMA, EDILSON LIMA DOS SANTOS e WILLIAN LIMA DOS SANTOS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/01/2019

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DAS PENAS.
1. Materialidade e autoria comprovadas.
2. A sistemática processual penal não impõe qualquer restrição à eficácia probatória de depoimentos feitos por policiais, até porque, ordinariamente, suas declarações têm expressiva relevância na elucidação do crime e de sua autoria.
3. Dosimetria das penas. Penas-base redimensionadas, visto que a sua fixação no patamar máximo mostra-se exagerada e desproporcional.
4. Presente a circunstância atenuante da confissão para dois corréus. A prisão em flagrante não impede o reconhecimento dessa atenuante (STJ, AgRg no REsp 1.317.708/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi).
5. Incidência das causas de aumento de pena previstas nos incisos I, II e V do § 2º do art. 157 do Código Penal (emprego de arma, concurso de pessoas e restrição à liberdade das vítimas).
6. A mera indicação do número de majorantes não é suficiente para a exasperação da pena do crime de roubo em patamar superior ao mínimo, nos termos da Súmula nº 443 do STJ, não havendo, por outro lado, fundamentação concreta na sentença para justificar a adoção de fração superior, razão pela qual deve ser reduzida, de ofício, para o patamar mínimo (um terço).
7. Mantida a fração de redução da causa legal de diminuição de pena consistente na tentativa (CP, art. 14, II) no mínimo legal de 1/3 (um terço), considerando que o *iter criminis* percorrido esteve próximo da consumação do roubo, que só não ocorreu em razão da chegada dos policiais na agência bancária.
8. Penas de multa redimensionadas de forma proporcional à pena corporal, conforme precedentes desta Turma.
9. Fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas privativas de liberdade (CP, art. 33, § 2º, "b", e § 3º). Incabível a substituição das penas por restritivas de direitos.
10. Apelações parcialmente providas e não providas.

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, NE-

GAR PROVIMENTO à apelação de WILLIAN, DAR PARCIAL PROVIMENTO às apelações de EDILSON e FABIANO para reduzir as penas-base e aplicar a atenuante da confissão e, DE OFÍCIO, reduzir a pena-base de WILLIAN e fixar, para todos os réus, a fração de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal em 1/3 (um terço), ficando as penas definitivas de EDILSON LIMA DOS SANTOS e FABIANO DE MORAES LIMA estabelecidas em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e, para WILLIAN LIMA DOS SANTOS, em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, decidiu redimensionar as penas de multa para todos os réus, fixando para EDILSON e FABIANO o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo e para WILLIAN o pagamento, 14 (catorze) dias-multa no valor unitário mínimo, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Fausto de Sanctis que fixava, proporcionalmente, a pena de multa em multa em 137 dias-multa para o corréu WILLIAN, bem como em 79 dias-multa para os corréus EDILSON E FABIANO.

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFÉRIA (Relator): Trata-se de apelações interpostas por WILLIAN LIMA DOS SANTOS, por FABIANO DE MORAES LIMA e por EDILSON LIMA DOS SANTOS, os dois últimos por intermédio da Defensoria Pública da União (DPU), em face da sentença proferida pela 2ª Vara Federal de Osasco/SP, que condenou os apelantes, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, na forma tentada, à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 386 (trezentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

A denúncia (fls. 159/161), recebida em 05.12.2017 (fls. 163/164v), narra o seguinte:

> Os denunciados, em 30 de outubro de 2017, por volta das 09h30min, no município de Embu das Artes/SP, de maneira livre e consciente, com prévio ajuste e unidade de desígnios, tentaram subtrair, para si e para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de duas armas de fogo e com restrição da liberdade das vítimas, coisas móveis alheias, consistentes no montante de R$ 245.019,69 (duzentos e quarenta e cinco mil e dezenove reais e sessenta e nove centavos) em espécie que estava guardado no cofre da agência da Caixa Econômica Federal - CEF localizada na Rua Paulo do Vale, nº 55, Centro, Embu das Artes/SP.
> Consta do incluso inquérito policial que Igor Pinheiro Couto, vigilante da CEF, chegou à agência, na data supra, em torno das 08h30min e que, cerca de 15 min depois, liberou o acesso à gerente Galberia Mourão Machado, momento em que esta foi abordada pelo acusado FABIANO, o qual, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, ordenou que a porta giratória fosse liberada. Ato contínuo, FABIANO adentrou à agência com EDILSON, que desarmaram Igor e tomaram-lhe o controle de pânico.
> Os funcionários da CEF que chegaram em seguida ao banco - Danilo, David, Isabela, Beatriz, Elaine, Valdenice, Douglas, Wesley, Tais, Thais e Gracy - foram sendo rendidos e levados para os fundos da agência. A gerente Galberia e a tesoureira Beatriz Ferreira de Lima foram conduzidas aos cofres para abri-los, sendo que o primeiro cofre foi efetivamente aberto e os acusados se apossaram da quantia de R$ 245.019,69 (duzentos e quarenta e cinco mil e dezenove reais e sessenta e nove centavos).

> Após, Beatriz foi levada para abrir os caixas de auto-atendimento com o acusado WILLIAN, o qual estava com uma pequena mochila em que colocou parte do dinheiro.
> As vítimas - Beatriz e Galberia - colocaram a senha para a abertura do segundo cofre, porém este possuía tempo de retardo para a abertura em 45 min. Desse modo, os denunciados ficaram aguardando a abertura do cofre, momento em que WILLIAN avisou aos comparsas que a agência estava cercada por policiais. Assim, os denunciados FABIANO e EDILSON colocaram todos os funcionários no interior do banco e apontaram as suas armas para a cabeça de Thais de Fátima Gonçalves e de Wesley Batista de Souza Pereira.
> Os policiais civis Iracy Vieira da Silva e Henrique Ximenes Costa entraram na agência e, após cerca de 15 min de negociação, FABIANO e EDILSON se renderam. Antes, WILLIAN já havia sido preso em flagrante na entrada da agência pelos policiais militares Clayton de Sales Francisco e Ivan Fabricio Alves Domingos.

A sentença (fls. 414/418) foi publicada em 12 de junho de 2018 (fls. 419).

Em suas razões recursais (fls. 450/458), a defesa de WILLIAN pede a absolvição do acusado por insuficiência de provas de sua participação no crime, aplicando-se o princípio in dubio pro reo, já que, conforme consta do termo assinado pelas vítimas, WILLIAN não foi reconhecido, havendo apenas o confuso e inconsistente depoimento do policial como meio de prova, que é insuficiente para um decreto condenatório. Caso mantida a condenação, a defesa pede a detração do período de prisão provisória e que o réu possa recorrer em liberdade, levando-se em consideração a sua primariedade.

Já a DPU, na defesa dos acusados FABIANO e EDILSON, requer, em suas razões de apelação (fls. 459/467 e 468/476): a) a fixação da pena-base em seu patamar mínimo; b) a aplicação da atenuante da confissão; c) a aplicação da fração de redução pela tentativa imperfeita, acima de 1/3 (um terço), por não terem sido concluídos os atos executórios; e d) a revisão da pena de multa, de acordo com os parâmetros legais e a situação econômica dos réus.

Contrarrazões a fls. 487/491.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo parcial provimento dos recursos defensivos, para que as penas de multa dos réus sejam redimensionadas (fls. 494/497v).

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFÉRIA

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Confirmo o relatório. Trata-se de apelações interpostas por WILLIAN LIMA DOS SANTOS, FABIANO DE MORAES LIMA e EDILSON LIMA DOS SANTOS em face da sentença que condenou os três apelantes pela prática do crime de roubo majorado, na forma tentada.

Preliminarmente, indefiro o pedido de WILLIAN de concessão do direito de recorrer em liberdade, pois a custódia preventiva foi devidamente fundamentada. Ademais, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal em situação semelhante, "considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela um contrassenso jurídico, sobrevindo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo" (HC 110587/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.03.2012, DJe-097 DIVULG 17.05.2012 PUBLIC 18.05.2012).

No mérito, registro que a *materialidade* do delito está comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 31/41) e pelas mídias (fls. 82/83) que contém as imagens extraídas das câmeras de segurança da agência da Caixa Econômica Federal de Embu das Artes/SP onde ocorreu o crime. A *autoria*, a seu turno, também se encontra devidamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/5), pelas declarações prestadas perante a autoridade policial e pelos autos de reconhecimento pessoal (fls. 7/27), e pelos depoimentos das testemunhas em juízo (registrados em mídia a fls. 375), e corroborada pela confissão de EDILSON e de FABIANO (interrogatórios registrados em mídia a fls. 375), havendo provas suficientes para a condenação.

No que se refere ao apelante WILLIAN, a defesa argumenta que não existem provas suficientes da sua participação no delito, pois não foi reconhecido pelas vítimas, e se encontrava na agência bancária no momento do assalto apenas para fazer um depósito em um dos caixas eletrônicos.

Cumpre mencionar, contudo, que a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar suas alegações, conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal, não tendo apresentado qualquer comprovante de depósito de valores na agência da CEF assaltada. No mais, as declarações dos corréus EDILSON e FABIANO, de que WILLIAM não teria participação na empreitada criminosa, e que eles sequer se conheciam, deve ser vista com reservas, pois visam eximir um dos comparsas da responsabilidade pelo crime, além de estar totalmente dissonante das demais provas dos autos, que foram no sentido de que WILLIAN deveria permanecer na porta da agência bancária, para avisar os demais comparsas sobre a chegada da polícia, o que efetivamente ocorreu, segundo os relatos das testemunhas.

A propósito, transcrevo as seguintes passagens da sentença:

> Interrogado em juízo, WILLIAM disse que tinha ido à agência fazer um depósito para uma tia dele, que costuma ajudar. Essa versão pareceu absolutamente inverossímil, porquanto sequer soube explicar os dados pessoais da suposta tia. Outra inverossimilhança é que o local da agência não é caminho de sua casa, nem de seu trabalho, sendo que ele explicou estar passando naquele local porque iria comprar roupas em uma loja próxima, que não abre antes das 9h, o que evidencia a falsidade da versão. Essas incongruências, cotejadas com as evidências de que ele atuou à paisana no delito, trazem a convicção firme no sentido de que ele atuou em igualdade de desígnios com os demais assaltantes, em ato criminoso organizado, com divisão de tarefas.
> (fls. 416)

Quanto ao depoimento do policial Clayton de Sales Francisco, que efetuou a prisão em flagrante de WILLIAM no hall de entrada da agência bancária, observo que tanto na fase extraprocessual (fls. 5), quanto em juízo (v. CD a fls. 375), a testemunha narrou a ocorrência com detalhes e de forma coerente com as demais provas produzidas nos autos, sendo suficiente para formar o juízo de certeza necessário à condenação, motivo pelo qual não há falar em aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Ressalte-se que a sistemática processual penal não impõe qualquer restrição à eficácia probatória de depoimentos feitos por policiais, até porque, ordinariamente, suas declarações têm expressiva relevância na elucidação do crime e de sua autoria. Não há nos autos qualquer elemento a indicar a má-fé do depoente ou a intenção de incriminar o réu por delito que não cometeu.

Portanto, *mantenho a condenação* de WILLIAN, EDILSON e FABIANO pela participação na tentativa de roubo perpetrada contra a agência da Caixa Econômica Federal de Embu

das Artes/SP.

Passo ao *reexame da dosimetria das penas.*

Procedo à análise simultânea das penas fixadas a WILLIAN, EDILSON e FABIANO, destacando eventuais situações peculiares, em observância ao princípio da individualização da pena.

Na *primeira fase*, o juízo *a quo* fixou a pena-base no máximo legal de 10 (dez) anos de reclusão, considerando a máxima reprovabilidade das condutas praticadas pelos réus.

Em relação às circunstâncias do delito, não há dúvidas de que devem ser consideradas desfavoráveis porque o roubo foi praticado mediante prévia divisão de tarefas, em uma data previamente escolhida na qual os cofres do banco estariam abastecidos de dinheiro, e com extrema violência praticada contra as vítimas, que permaneceram constantemente ameaçadas sob a mira de armas de fogo, especialmente após a invasão policial.

A culpabilidade dos réus e o grau de reprovabilidade de suas condutas também se mostram acima da média, uma vez que, durante a prática do roubo, FABIANO e EDILSON fizeram pessoas de reféns, enquanto WILLIAM vigiava o lado de fora da agência, visando ao sucesso da empreitada criminosa, que só não se efetivou em razão da chegada dos policiais.

No entanto, assiste parcial razão à defesa quanto ao pedido de redução da pena-base, pois a sua fixação no máximo mostra-se exagerada e desproporcional. Apesar da alta reprovabilidade das condutas dos acusados, as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhes foram desfavoráveis.

Diante disso, as penas-base devem ser fixadas em 7 (sete) anos de reclusão.

Na *segunda fase*, a sentença não reconheceu agravantes ou atenuantes para o réu WILLIAM, o que de fato não há, e também não considerou a presença da atenuante da confissão (CP, art. 65, III, "d") para os réus EDILSON e FABIANO, sob o fundamento de que eles não teriam contribuído para a elucidação do crime e de sua autoria.

Nesse ponto, assiste razão à defesa, pois EDILSON e FABIANO admitiram em juízo a autoria do delito e a prisão em flagrante não impede o reconhecimento dessa atenuante (STJ, AgRg no REsp 1317708/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22.10.2013, DJe 29.10.2013).

Quanto à fração de redução, ainda que não exista consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, a jurisprudência dos Tribunais, incluindo esta Corte, é no sentido da aplicação da fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida, em obediência ao princípio da proporcionalidade e ao próprio sistema trifásico de dosimetria da pena (CP, art. 68). Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INOCORRÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS.
> 1. Em face de o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e a jurisprudência desta Corte têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade. (grifei)
> 2. No entanto, é possível maior punição, ou seja, aplicação da reprimenda em patamar diverso de 1/6 (um sexto) quando situações excepcionais justificarem tal medida.
> (...)

7. Ordem parcialmente concedida.
(STJ, HC 198291/SP, Sexta Turma Rel. Min. OG Fernandes, j. 22.03.2012, DJe 11.04.2012)

Assim, aplicada a atenuante na fração de 1/6 (um sexto), e ausentes agravantes, as penas de EDILSON e FABIANO, nesta fase intermediária, ficam estabelecidas em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. A pena de WILLIAN permanece inalterada em 7 (sete) anos de reclusão.

Por fim, na *terceira fase* da dosimetria, o Juízo *a quo* reconheceu a incidência das causas de aumento de pena previstas nos incisos I, II e V do § 2º do art. 157 do Código Penal e, por isso, aumentou a pena em 1/2 (metade).

Restou sobejamente comprovado nos autos que os acusados praticaram o crime em conjunto, pelo que se mostra correta a incidência da majorante do concurso de pessoas, e também ficou bem demonstrado pela prova oral produzida que o roubo foi praticado com emprego de arma de fogo.

Também incide a causa de aumento de pena relativa à restrição à liberdade das vítimas, isso porque restou comprovado nos autos que os funcionários da agência bancária foram mantidos reféns durante a ação criminosa.

Quanto à fração aplicável ao aumento de pena, a mera indicação do número de majorantes não é suficiente para a exasperação em patamar superior ao mínimo, nos termos da Súmula nº 443 do STJ, não havendo, por outro lado, fundamentação concreta na sentença para justificar a adoção de fração superior, razão pela qual a reduzo, *de ofício*, para o patamar mínimo (um terço).

Por fim, incidiu a causa legal de diminuição de pena consistente na tentativa (CP, art. 14, II), devendo ser mantida a fração de redução no mínimo legal de 1/3 (um terço), considerando que o iter criminis percorrido esteve próximo da consumação do roubo, que só não ocorreu em razão da chegada dos policiais na agência bancária.

Assim, a pena definitiva fica definitivamente estabelecida em *5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão* para os réus EDILSON e FABIANO e em *6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão* para o réu WILLIAN.

No que se refere à *pena de multa*, observo que a sua fixação deve se dar de forma proporcional à pena corporal, conforme precedentes desta Turma (ACR 0002526-47.2011.4.03.6106/SP, Rel. Des. Federal Nino Toldo, j. 01.09.2015, e-DJF3 Judicial 1 03.09.2015), de modo que estabeleço a pena de *12 (doze) dias-multa* para os réus EDILSON e FABIANO e de *14 (catorze) dias-multa* para o réu WILLIAN.

Mantenho o *valor do dia-multa* fixado na sentença.

Quanto ao regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade, fixo o *regime semiaberto*, tendo em vista o *quantum* das penas ora estabelecido e os critérios previstos no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Considerando a *detração* do tempo que os acusados permaneceram presos preventivamente, verifico que não teriam direito a início do cumprimento das penas privativas de liberdade em regime menos gravoso do que o fixado, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Incabível a *substituição* dessas penas por restritivas de direitos, por não estar preenchido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Posto isso, *NEGO PROVIMENTO* à apelação de WILLIAN, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* às apelações de EDILSON e FABIANO para reduzir as penas-base, aplicar a atenuante da

confissão e redimensionar as penas de multa e, *DE OFÍCIO*, reduzo a pena-base de WILLIAN e fixo, para todos os réus, a fração de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal em 1/3 (um terço), nos moldes da fundamentação supra, ficando as penas definitivas dos acusados EDILSON LIMA DOS SANTOS e FABIANO DE MORAES LIMA estabelecidas em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo, e em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário mínimo, para o acusado WILLIAN LIMA DOS SANTOS.

Comunique-se imediatamente o teor deste julgamento ao juízo responsável pela fiscalização da prisão dos apelantes, para as providências cabíveis.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0004784-86.2017.4.03.6181

Apelante: JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA SOBRINHO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2019

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA DELITIVA E DOLO COMPROVADOS. *NOTITIA CRIMINIS* ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. LICITUDE. MOEDA FALSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. REINCIDÊNCIA.

1. A *notitia criminis* anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal. Pode, no entanto, ser utilizada para embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal.

2. No caso dos autos, a denúncia anônima não foi objeto de pronta instauração de inquérito policial e suporte para deferimento de medidas cautelares investigativas. Deu, sim, azo à averiguação preliminar por parte da Polícia Judiciária que, ao fim, logrou êxito em confirmar sua procedência e culminar com a prisão em flagrante do apelante.

3. Considerando a autorização dada pelo réu, não houve ofensa à inviolabilidade do seu domicílio profissional.

4. Tanto a Polícia Civil quanto a Polícia Federal são "polícias judiciárias" e entre elas há mera distinção de atribuições, não se podendo falar propriamente em "competências".

5. Não existem nos autos elementos que retirem o valor dos depoimentos dos policiais, de maneira que não é possível tê-los como inverídicos. Ademais, o depoimento de qualquer agente policial, à exceção das hipóteses em que evidenciada a má-fé ou abuso de poder (que não é o caso dos autos), merece credibilidade.

6. Materialidade comprovada.

7. Autoria e dolo comprovados. Configuração do tipo penal estampado no artigo 289, §1º, do Código Penal.

8. Na primeira fase da dosimetria da pena, não cabe a valoração negativa da personalidade do agente em razão da existência de processos criminais em seu desfavor. Isso porque a personalidade refere-se ao caráter do condenado cuja pena está sendo estipulada, e deve ser pautada em elementos concretos que evidenciem agressividade e/ou perversidade demonstrada e utilizada pelo agente na empreitada criminosa.

9. A conduta social diz respeito ao estilo de vida do agente, bem como ao seu comportamento perante a sociedade, no ambiente familiar e de trabalho, e na vizinhança (HC - HABEAS CORPUS - 409775 2017.01.84068-6, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/08/2018) e não se confundem com os seus antecedentes criminais, de forma que tal não pode ser utilizado para valorar negativamente a sua conduta social.

10. Agravante da reincidência e pena majorada na segunda fase em 1/6 (um sexto).

11. Ausentes os requisitos do artigo 44, II do CP, mantido o regime prisional semiaberto.
12. Pena definitiva fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, com valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à data do fato
13. Exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu.
14. Parcial provimento à apelação.

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, em rejeitar as preliminares e dar parcial provimento ao recurso da defesa de JOSE ANTONIO DA SILVA SOBRINHO, apenas para reduzir a pena-base, restando a pena definitiva fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, com valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à data do fato, nos termos da fundamentação supra, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Trata-se de ação penal pública incondicionada fundada em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de JOSE ANTONIO DA SILVA SOBRINHO, pela prática do crime definido no artigo 289, §1º do Código Penal.

Narrou a exordial acusatória (fls. 63/64) que policiais civis receberam uma denúncia de que o acusado estaria introduzindo moedas falsas em circulação no seu estabelecimento comercial, onde vendia roupas, localizado na Rua Rodolfo Garcia, 66 - Jabaquara - São Paulo/SP.

Ao chegarem ao local no dia 18/10/2013, o réu teria negado a informação e autorizado a busca no interior de sua loja. Durante a diligência, os policiais civis encontraram uma bolsa contendo diversas notas aparentemente falsas e, naquele momento, o réu evadiu-se do local, não sendo possível sua contenção. Apesar da fuga, os policias permaneceram na posse da cédula de identidade do acusado. Narra a denúncia que foram realizadas perícias para confirmar a autenticidade das notas apreendidas, tendo restado constatada a falsidade de 200 (duzentas) notas no valor de R$ 10,00 (dez reais) e de 62 (sessenta e duas) notas no valor de R$ 20,00 (vinte reais), bem como a sua capacidade de induzir em erro, por sua aparente qualidade.

O laudo pericial (fls. 21/23) apurou o montante de 262 (duzentas e sessenta e duas) cédulas, sendo formado por 200 (duzentas) cédulas no valor de R$ 10,00 (dez reais) e 62 (sessenta e duas) no valor de R$ 20,00 (vinte reais). Ademais, constatou-se a falsidade das notas e que tal falsificação é apta a ludibriar um homem médio.

A denúncia foi recebida pelo juízo em 27/04/2017 (fls. 67/68vº).

Processado o feito, sobreveio a r. sentença de fls. 145/154v, que julgou procedente a inicial, para condenar José Antônio da Silva Sobrinho pela prática do crime disposto no art. 289, §1º, do Código Penal à pena de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época dos fatos.

A defesa do réu José Antônio da Silva Sobrinho interpôs recurso de apelação às fls. 161, com suas razões às fls. 167/185. Requereu a reforma da r. sentença para absolvê-lo, em razão da ilicitude de prova da materialidade ou da ausência de provas de autoria. Subsidiariamente, pleiteia que a reincidência seja desconsiderada como circunstância desfavorável na primeira fase da dosimetria, haja vista já ter sido considerada como agravante na segunda fase.

Contrarrazões da acusação (fls. 187/191v), pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo não provimento do recurso de apelação interposto e execução provisória da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias (fls. 193/200v).

É o relatório.

Sujeito à revisão na forma regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Dos Fatos

Consoante já relatado, a acusação imputa ao réu a conduta definida no art. 289, §1º, do Código Penal, que dispõe (g.n.):

> Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:
> Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.
> § 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

Da inocorrência de prova ilícita

Preliminarmente, a defesa do réu sustenta que deve ser decretada a nulidade das provas derivadas da busca pessoal, pois fora realizada de forma ilícita, eis que as diligências basearam-se em "denúncia" anônima, sem qualquer registro oficial e ofendeu a inviolabilidade de domicílio profissional do réu.

Outrossim, sustenta a nulidade da prova sob o fundamento de que o crime de moeda falsa fora apurado por Autoridade Policial "incompetente" (Polícia Civil do Estado de São Paulo), na medida em que o delito possui como sujeito passivo a União Federal, razão pela qual deveria ter sido investigado pela Polícia Federal.

Sem razão a defesa. Senão vejamos.

Da inviolabilidade do domicílio

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal dispõe que "a casa é asilo inviolável do

indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Conforme consta no Boletim de Ocorrência (fls. 04/06), durante a busca realizada pelos policiais, o réu conversava muito, tentando tirar a atenção deles e o próprio acusado deixou a carteira de identidade com um dos policiais, que foi levada à delegacia com a bolsa contendo as cédulas falsas.

Em Juízo, os policiais civis Marco Antônio Mendes Cardoso e Valter de Oliveira (mídia às fls. 125), afirmaram de forma uníssona que, na data dos fatos, receberam da chefia de investigação uma denúncia de que no estabelecimento comercial de José Antônio havia uma grande quantidade de cédulas falsas. Então, dirigiram-se ao local, onde foram recebidos pelo ora apelante, que negou a denúncia, permitindo que fosse feita a revista em seu estabelecimento comercial.

Segundo afirmaram, o policial Marco Antônio entrou no estabelecimento para realizar a busca, enquanto o policial Valter permaneceu na entrada, conversando com o réu. No momento em que a bolsa foi localizada, o réu evadiu-se do local, deixando sua cédula de identidade com Valter.

Já as testemunhas da defesa, Daiana Rosa dos Santos, Lucia Eli Hilario e Rayane Mayara dos Santos Campos afirmaram que estavam na loja do réu na data dos fatos e viram quando dois homens armados entraram no referido estabelecimento e que no mesmo momento saíram correndo.

O réu ficou em silêncio em sede policial e, em Juízo, afirmou que na data dos fatos os policiais entraram em seu estabelecimento com armas em punho perguntando sobre alguém conhecido como "Bola". Alegou que no momento em que as pessoas que estavam em seu estabelecimento correram, ele também correu.

Contudo, o depoimento do réu não é verossímil. Ele sabia que se tratava de policiais, uma vez que não apresentaria seus documentos a estranhos, ainda mais se pensasse se tratar de bandidos, como deu a entender.

As testemunhas da defesa em nada acrescentam à argumentação de inviolabilidade de domicílio, pois sequer ouviram nada, apenas correram ao ver os homens.

Destaque-se que não existem nos autos elementos que retirem o valor dos depoimentos dos policiais, de maneira que não é possível tê-los como inverídicos. Ademais, o depoimento de qualquer agente policial, à exceção das hipóteses em que evidenciada a má-fé ou abuso de poder (que não é o caso dos autos), merece credibilidade. Também neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na

> seara fático-probatória, inviável nessa via processual. 3. Mostra-se incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a revaloração probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 201202753285, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:17/03/2016 - g.n.).

Saliente-se, outrossim, que as declarações apresentadas em juízo pelos policiais participantes dos fatos estão em consonância com as demais provas coligidas ao feito.

Não se verifica, por conseguinte, hipótese de violação de domicílio.

Nesse sentido:

> TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DOSIMETRIA DA PENA I - A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente está comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante e demais documentos relacionados ao flagrante (fls. 02/39), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 40/43), pelo Laudo Preliminar de Constatação (fls. 44/45) e pelo Laudo de Exame Químico Toxicológico (fls. 335/336), além do laudo de constatação referente às peças relacionadas com o tráfico (fls. 338/340), os quais apuraram que o material encontrado em poder dos acusados tratava-se de cocaína. II - Não há de se falar em violação de domicílio , uma vez que, além de ter sido permitida a entrada dos policiais, enquanto os acusados guardavam a droga, a consumação do delito se prorroga no tempo, tendo este permanecido em flagrante delito. Nessa condição, não é possível falar que o ingresso na residência com a apreensão do objeto do crime ofende a inviolabilidade do domicílio , eis que caracterizada a hipótese uma das exceções ao princípio da inviolabilidade do domicílio . (...) XI - Apelação da defesa parcialmente provida para reduzir a pena-base de todos os réus ao mínimo legal, de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, reconhecer a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à razão de 1/6 e fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena. De ofício, procedida à detração de que trata o artigo 387, § 2º,do CPP, mantendo-se, contudo, inalterado o regime, tornando a pena definitiva para os acusados JEYSON ORLANDO ROA QUEVEDO, MARIO NOVAK e RADUZ HORVATH em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 485 dias-multa, fixados estes em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data dos fatos, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.(ACR 00061150320144036119, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:. - grifei).

Assim, considerando a autorização dada pelo réu, não houve ofensa à inviolabilidade do seu domicílio profissional.

Da denúncia anônima

A denúncia anônima constituiu apenas a motivação da autoridade policial e a sua mera transcrição é indiferente para o delito, devendo, a partir dela, ser iniciada investigação.

O artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". A vedação do anonimato consta na Carta como uma limitação da garantia de livre manifestação do pensamento, ou liberdade de expressão. Portanto, é nesse contexto - ligado à liberdade de manifestação do pensamento - que a restrição ao anonimato deve ser interpretada. A garantia de liberdade de manifestação do pensamento constante da Carta visa assegurar ao cidadão a possibilidade de expressar qualquer ideia, do

ponto de vista filosófico, político, ideológico, científico, intelectual, sem que por isso possa sofrer qualquer tipo de perseguição ou punição.

Não há como extrair dessa vedação constitucional ao anonimato, ligada à liberdade de expressão, que toda e qualquer denúncia anônima dirigida às autoridades policiais seja ilícita, e ilícita toda e qualquer investigação policial ou ação penal que dela se derivem. Uma *notitia criminis* anônima, dirigida a uma autoridade policial, é um mero relato de um fato criminoso, e não uma manifestação do pensamento no sentido constitucionalmente protegido.

Ademais, observa-se que, no caso dos autos, a denúncia anônima não foi objeto de pronta instauração de inquérito policial e suporte para deferimento de medidas cautelares investigativas. Deu, sim, azo à averiguação preliminar por parte da Polícia Judiciária que, ao fim, logrou êxito em confirmar sua procedência, pois com base na denúncia anônima, que narrava a introdução em circulação de cédulas contrafeitas no estabelecimento do réu, passada aos policiais pela chefia de investigações, se dirigiram até o estabelecimento, onde, com a anuência do réu realizaram a busca e encontraram a bolsa contendo as notas, confirmando a denúncia.

Nesse sentido é a jurisprudência do E. STJ, *verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA AUTORIZADA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ENUNCIADO 24 DA SÚMULA VINCULANTE. APURAÇÃO DE OUTROS ILÍCITOS ALÉM DO DELITO FISCAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. É possível a quebra do sigilo telefônico antes da constituição definitiva do crédito tributário quando as investigações não se destinam, unicamente, à averiguação da prática do crime de sonegação fiscal, havendo a suspeita de que outros delitos, como os de corrupção ativa e passiva, teriam sido cometidos. Precedentes do STJ e do STF. DENÚNCIA ANÔNIMA IMPUTANDO A PRÁTICA DE ILÍCITOS. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES PARA A APURAÇÃO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE INEXISTENTE. 1. *Esta Corte Superior de Justiça, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do Inquérito 1957/PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal*. 2. No caso dos autos, após receber denúncia anônima relatando a suposta prática de crimes contra a ordem tributária e de corrupção ativa e passiva, a Corregedoria Fazendária realizou diligências nos postos fiscais, constatando a verossimilhança dos informes apócrifos, tendo a autoridade policial obtido mandado de busca e apreensão na empresa e residência do recorrente e, apenas após a obtenção de tais elementos de convicção, é que representou pela quebra de sigilo telefônico dos investigados, o que afasta a eiva articulada na irresignação. ILICITUDE DA PRIMEIRA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA QUE NÃO TERIA SIDO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE MONITORAMENTO DO NOVO NÚMERO DE TELEFONE UTILIZADO PELO INVESTIGADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Não há na irresignação a íntegra dos autos referentes às interceptações telefônicas, tendo o inconformismo sido instruído com apenas dois requerimentos de monitoramento telefônico, uma manifestação do Ministério Público, e uma decisão judicial, peças selecionadas pela defesa e que não se revelam suficientes para que se ateste a ocorrência de alguma irregularidade ou ilicitude na quebra do sigilo telefônico realizada. 2. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do

direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. POSSIBILIDADE DE MOTIVAÇÃO COM BASE NO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EIVA NÃO CONFIGURADA. 1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna). 2. Do teor da única decisão judicial anexada aos autos, verifica-se que a magistrada que permitiu a quebra do sigilo telefônico motivou, adequada e suficientemente, com base na manifestação ministerial, a existência de indícios contra os investigados, bem como a indispensabilidade da medida, restando integralmente atendidos os comandos do artigo 5º da Lei 9.296/1996 e do artigo 93, IX, da Constituição Federal. 3. Ainda que o Juízo tenha se reportado ao parecer ministerial, o certo é que existindo motivos para o deferimento da medida, como ocorreu na espécie, não há impedimento à adoção dos fundamentos empregados em outros documentos ou manifestações existentes no processo. Precedentes. 4. Recurso desprovido.
(STJ, RHC 201301433545, Relator Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, DJE DATA:20/05/2016)

Da (in)competência da Polícia Civil

Tanto a Polícia Civil quanto a Polícia Federal são "polícias judiciárias" e entre elas há mera distinção de atribuições, não se podendo falar propriamente em "competências".

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGENTE SUSPEITO DE LEVAR, NO INTERIOR DE SEU ORGANISMO, CÁPSULAS CONTINENTES DE COCAÍNA. PROCEDIMENTO MÉDICO QUE CONFIRMOU A SUSPEITA. INQUÉRITO INSTAURADO PELA POLÍCIA CIVIL. DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR. NULIDADE REJEITADA. TESTEMUNHA DISPENSADA EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE OBJEÇÃO. PRECLUSÃO. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ATO REALIZADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 11.900/2009. ARGUIÇÃO OPORTUNA. NULIDADE RECONHECIDA.
1. A competência da Justiça Federal é aferida in statu assertionis e à vista de substrato probatório mínimo. Assim, se o réu é acusado, com base em elementos constantes do inquérito policial, de haver praticado tráfico transnacional de drogas, a competência para processar e julgar o fato é da Justiça Federal.
2. *O fato de a Polícia Civil haver investigado crime de competência da Justiça Federal não vicia a ação penal.*
3. Não viola o direito de não se auto-incriminar a submissão do agente a procedimento médico que veio a constatar, no interior de seu organismo, a existência de cápsulas continentes de cocaína. Ausência, outrossim, de qualquer objeção ou resistência do agente, a confirmar a validade da prova.
4. Se ambas as partes arrolaram determinada testemunha e se esta é dispensada em audiência pela acusação sem qualquer objeção da defesa, tem-se por consumada a preclusão lógica, devendo ser rejeitada a alegação de cerceamento de defesa.
5. É nulo o interrogatório realizado por sistema de videoconferência antes do advento da Lei nº 11.900/2009 e sob oportuno protesto da defesa. Entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalva do entendimento pessoal do relator.
6. Apelação provida em parte.
(DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, EIFNU - EMBARGOS INFRIN-

GENTES E DE NULIDADE nº 0001221-02.2008.4.03.6181, Órgão julgador: Segunda Turma, Data do julgamento: 20/01/2009, e-DJF3 Judicial 2 DATA:29/01/2009)

Assim, afasto as preliminares apontadas pela defesa.

Da materialidade

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão acostado às fls. 07/08; o Laudo Documentoscópico elaborado pelo Instituto de Criminalística da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo, às fls. 21/23; e, o Laudo Pericial elaborado pela Seção de Criminalística da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, às fls. 30/33, que concluíram pela falsidade de todas as 262 cédulas apreendidas.

No tocante à aptidão das cédulas para ludibriar pessoas, restou salientado pelos peritos que: "Apesar das irregularidades apontadas nas cédulas falsas analisadas, o signatário considera que as falsificações NÃO SÃO GROSSEIRAS. Isso se dá em razão de as referidas cédulas terem sido reproduzidas com bastante nitidez dos dizeres e das impressões macroscópicas do papel-moeda autêntico. Tais reproduções dos aspectos visuais comuns às cédulas autênticas levaram o signatário a concluir que tais simulacros de cédulas podem passar por autênticos no meio circulante, enganando terceiros de boa-fé" (fls. 32/33).

Assim, restou asseverado que as cédulas apreendidas possuem atributos capazes de iludir pessoas desconhecedoras dos elementos de segurança das cédulas autênticas.

Destarte, tratando-se de cédulas falsas capazes de ludibriar pessoas, configurado está o tipo penal.

Da autoria e do dolo

Observo, neste ponto, que o tipo penal imputado ao réu somente é punido se presente o dolo, ante a inexistência de previsão expressa no Código Penal da modalidade culposa (art. 18, parágrafo único, do CP), bem como que, em se tratando do §1º do art. 289 do Código Penal, o dolo consubstancia-se na ciência, por parte do agente, acerca da falsidade da moeda.

Posto isso, passo à análise da existência do dolo na conduta do acusado.

Os elementos constantes dos autos indicam que o réu tinha conhecimento de que guardava consigo moeda falsa.

O réu não soube explicar, de forma satisfatória, qual seria a origem das cédulas falsas encontradas em sua posse.

Na seara policial, o réu se manteve em silêncio.

Em seu interrogatório judicial (mídia de fl. 125), o réu confessou já ter sido condenado anteriormente pelo mesmo tipo penal (artigo 289, 1º, CP), mas negou a prática do crime apurado nestes autos. Afirmou que os policiais civis chegaram à sua loja de roupas sem identificação e queriam fazer um "acerto" e perguntando sobre uma pessoa vulgarmente chamada de "Bola", que ele disse desconhecer. Disse, ainda, que, após perceber que as pessoas que estavam em sua loja começaram a correr, ele decidiu se evadir para dentro da comunidade em que mora.

A versão do réu não é crível e sem qualquer lastro probatório.

Como já destacado por ocasião da análise das preliminares, as testemunhas da defesa, Daiana Rosa dos Santos, Lucia Eli Hilario e Rayane Mayara dos Santos Campos afirmaram que estavam na loja do réu na data dos fatos e viram quando dois homens armados entraram no referido estabelecimento e que no mesmo momento saíram correndo e não mencionaram qualquer conversa entre o acusado e os policiais.

O réu tampouco esclareceu como a sua identidade ficou com os policiais civis Marco Antônio Mendes Cardoso e Valter de Oliveira, os quais afirmaram (mídia às fls. 125) de forma uníssona que, na data dos fatos, receberam da chefia de investigação uma denúncia de que no estabelecimento comercial de José Antônio havia uma grande quantidade de cédulas falsas. Então, dirigiram-se ao local, onde foram recebidos pelo ora apelante, que negou a denúncia, permitindo que fosse feita a revista em seu estabelecimento comercial.

Segundo afirmaram, o policial Marco Antônio entrou no estabelecimento para realizar a busca, enquanto o policial Valter permaneceu na entrada, conversando com o réu. No momento em que a bolsa foi localizada, o réu evadiu-se do local, deixando sua cédula de identidade com Valter.

Sendo assim, entendo que o réu não trouxe elementos minimamente hábeis a infirmar as provas produzidas nos autos.

Portanto, estando comprovadas a materialidade e autoria delitiva do réu, configurado o dolo pelo conhecimento prévio da falsidade das cédulas apreendidas, mantenho a condenação do apelante pela prática do crime previsto no artigo 289, § 1º do Código Penal e passo à dosimetria da pena.

Dosimetria da pena

A sentença recorrida condenou JOSE ANTONIO DA SILVA SOBRINHO à pena de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época dos fatos.

Nesse ponto, o *decisum* prolatado em primeiro grau merece alguns reparos.

1ª Fase:

Na primeira fase, a magistrada sentenciante fixou a pena-base em em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Para tanto, assim fundamentou:

> Na primeira fase, diante da análise da culpabilidade, observo que o juízo de reprovação é normal à espécie. O acusado ostenta consideráveis antecedentes, todavia, tal circunstância será considerada como agravante, não exasperando a pena base, sob pena de inaceitável bis in idem. Conduta social e personalidade devem ser tomadas em desfavor do acusado, principalmente porque se verifica grande quantidade de apontamentos criminais em seu nome, o que revela ser ele pessoa voltada à criminalidade, demonstrando fazer dessa atividade ilícita o seu meio de vida, conforme já exposto. O motivo, circunstâncias e consequências do delito são normais à espécie. E, por último, não há que se falar em comportamento da vítima. À vista dessas considerações, fixo a pena base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Como se vê, em que pese a magistrada "a quo" não ter valorado antecedentes criminais do réu, para utilizá-los a título de reincidência, na segunda fase da dosimetria, o fez a título de conduta social e personalidade.

Não cabe a valoração negativa da personalidade do agente em razão da existência de processos criminais em seu desfavor. Isso porque a personalidade refere-se ao caráter do condenado cuja pena está sendo estipulada, e deve ser pautada em elementos concretos que evidenciem agressividade e/ou perversidade demonstrada e utilizada pelo agente na empreitada criminosa. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. ILEGALIDADE MANIFESTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, COM A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. É ônus do agravante impugnar as causas específicas de inadmissão do recurso especial, sob pena de incidência da Súmula n. 182 do STJ. 2. Nas razões do agravo em recurso especial, o agravante nada alegou em relação à apontada impossibilidade de cabimento de recurso especial para discutir suposta violação de norma constitucional e à mencionada ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial. 3. *A simples afirmação de que o réu possui personalidade voltada para o crime, sem menção a nenhum elemento concreto dos autos que, efetivamente, evidencie especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, não justifica o aumento da pena-base*. 4. Os malefícios gerados pelo tráfico de drogas à sociedade como um todo são elementos inerentes ao próprio tipo penal violado (abstratamente considerado), de maneira que não autorizam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria. 5. Agravo regimental não provido. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reduzir a pena-base do recorrente ao mínimo legal e, por conseguinte, tornar a sua sanção definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 666 dias-multa. ..EMEN: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, concedendo habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 743772 2015.01.68947-5, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:22/08/2018 ..DTPB:. - grifei).

De sua vez, a conduta social diz respeito ao estilo de vida do agente, bem como ao seu comportamento perante a sociedade, no ambiente familiar e de trabalho, e na vizinhança (HC - HABEAS CORPUS - 409775 2017.01.84068-6, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/08/2018) e não se confundem com os seus antecedentes criminais, de forma que tal não pode ser utilizado para valorar negativamente a sua conduta social, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA.
> 1. A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.
> 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.
> 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido.
> (STF - RHC 130.132 - RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI - Segunda Turma - DJE 24/05/2016).

As demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP não prejudicam o réu e não há que se falar em análise de antecedentes, pois ausente a apelação da acusação.

Assim, considerando que restaram afastadas as valorações negativas da personalidade e

conduta social, havendo duas circunstâncias judicias desfavoráveis ao réu, reduzo a pena-base para o mínimo legal, em *3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa.*

2ª fase:

Nesta etapa, a magistrada sentenciante entendeu por bem aplicar a agravante de reincidência, eis que o réu possui outra condenação, com trânsito em julgado (foi expedida guia de execução penal definitiva em nome do réu, em 19/08/2011, para o cumprimento da pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, fixada em sentença proferida nos Autos nº 0000555-35.2004.403.6118, que tramitaram perante a 1ª Vara Federal de Guaratinguetá/SP, sendo que em menos de 05 (cinco) anos, na data exata de 18/10/2013, o acusado cometeu o delito apurado neste feito).

Presente a agravante da reincidência (art. 61, I do CP), a pena deve ser elevada em 1/6 (um sexto) nesta fase, restando fixada *em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.*

3ª fase

Nesta etapa, não há causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas, razão pela qual torno definitiva a pena *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.*

Valor do dia-multa

Mantenho o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, ante a ausência de informações precisas a respeito da situação econômico-financeira do réu, bem como por inexistir recurso ministerial.

Do regime inicial de cumprimento de pena

A magistrada *a quo* fixou o regime inicial semiaberto, o que se mantém, mesmo com a redução da pena ao patamar inferior a quatro anos, dada a reincidência do réu.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Inviável a substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausentes os requisitos do artigo 44, inciso II do CP.

Da execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpretou o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte e interpostos recursos dirigidos às Cortes Superiores (Recurso Extraordinário e Recurso Especial), expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu, cabível também para o caso de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (STF, HC nº 141.978 AgR/SP). Dispensadas tais providências em caso de

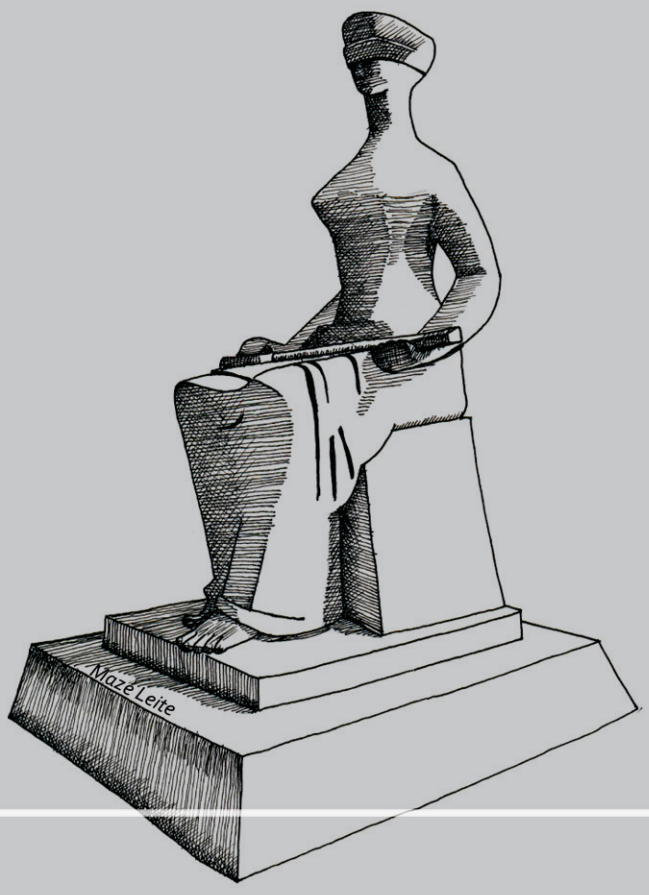
trânsito em julgado, hipótese em que terá início a execução definitiva da pena.

Por todo o exposto, *REJEITO AS PRELIMINARES E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO* da defesa de JOSE ANTONIO DA SILVA SOBRINHO, apenas para reduzir a pena-base, restando a pena definitiva fixada em *3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, com valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à data do fato*, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL
0035213-09.2009.4.03.9999

Apelante: KEMILY MONTEIRO DA SILVA SANTOS (incapaz)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIARÍO. PROCESSO CIVIL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. RENDA DO SEGURADO A SER AFERIDA. TESE 896 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO REPETITIVO. NASCIMENTO DO BENEFICIÁRIO APÓS A PRISÃO. AUSÊNCIA DE RISCO SOCIAL FUTURO. CONTINGÊNCIA PRÉVIA. INVERSÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO SEGURO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. BENEFÍCIO INDEVIDO. ACÓRDÃO MANTIDO.

- Em decisão proferida nos Recursos Extraordinários (REs 587365 e 486413), o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, pacificou a matéria, entendendo que o âmbito de aplicação do conceito de baixa renda, previsto no inciso IV, do art. 201, da CF/88, se restringe ao segurado e não aos dependentes deste (RE 587365/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.3.2009).

- Noutro passo, alega a parte autora que a condição de *desempregado* afasta a necessidade de limite de renda, a que estão submetidos todos os possíveis beneficiados do auxílio-reclusão. Trata-se de questão submetida a decisão de afetação, para fins de representação da controvérsia em julgamento submetido à sistemática de repetitivo, na forma do artigo 543-C do CPC/73 (AREsp 578044 e AREsp 578939, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data da Publicação em 08/10/2014).

- Para além, o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial 1.485/417/MS, referente ao tema 896 do STJ, foi publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 02/02/2018. No acórdão, foi firmada a tese: "*Para a concessão do auxílio-reclusão (art. 80 da Lei nº 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laborativa remunerada no momento do recolhimento da prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição*".

- Porém, no presente caso, não se pode ignorar que a autora nasceu em 2005, após segurado já se encontrar recluso havia vários anos (desde 2000). Ocorre que a previdência social serve para a cobertura de eventos, contingências ou riscos sociais imprevistos, a ocorrerem posteriormente no tempo.

- "O termo risco social", ensinam Machado da Rocha e Baltazar Júnior, "é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo. Na terminologia do seguro, chamam-se tais eventos de 'riscos' e por dizerem respeito ao próprio funcionamento da sociedade, denominam-se 'riscos sociais'. Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos seus beneficiários a *cobertura de determinadas contingências sociais. Em sua essência, as normas buscam amparar os trabalhadores e seus dependentes quando vitimados por eventos, reais ou presumidos, que venham*

a produzir perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou despertem outra necessidade considerada socialmente relevante. Os riscos sociais cuja cobertura é suportada pelo regime geral são elencados no art. 1º desta Lei, excetuado expressamente no § 1º do art. 9º, o desemprego involuntário, que é objeto de lei específica (Lei 7.998/90, alterada pela Lei 8.900/94), para os trabalhadores em geral." (g.n., MACHADO DA ROCHA, Daniel; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27-32) (g. n.)

- Segundo Odonel Urbano Gonçalves, "A palavra *previdência* é derivada do verbo prever, sinônima de antever. Prever ou antever, como o nome está a exprimir, tem significado de *ver antecipadamente* fato ou situação que poderá ocorrer no futuro. *Amauri Mascaro Nascimento* lembra que a palavra *previdência* significa a faculdade de prever, acautelar-se, providenciar hoje para que não falte amanhã. E, citando lição de *Nair Lemos Gonçalves*, acrescenta: O evidente propósito de, antecipadamente, reunir recursos dos interessados e organizar mecanismos que pudessem e possam atender a contingências sociais prováveis e futuras. É isto a previdência social" (g.n., URBANO GONÇALVES, Odonel. Manual de Direito Previdenciário, 12ª edição, São Paulo, Atlas, 2007).
- Na relação jurídica previdenciária, primeiramente o interessado paga uma contribuição social para que, no caso de ocorrer no futuro um risco social, obter um benefício previdenciário. Na presente hipótese, o risco social (reclusão) deu-se previamente ao nascimento da parte autora, o que inverte toda a lógica do sistema de seguro social.
- A concessão do benefício em tal caso corresponderia a contratar um seguro após a ocorrência do evento danoso, o que aberra do senso lógico e jurídico. A previdência social tem natureza de seguro social, de modo que, *mutatis mutandis*, tal pensamento se aplica. Por isso, não se afigura possível juridicamente a concessão de auxílio-reclusão nesses casos.
- Benefício indevido. Acórdão mantido, por fundamento diverso.

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 maioria, manter o acórdão, por fundamento diverso, nos termos do voto do relator, que foi acompanhado pela Des. Federal Ana Pezarini e pela Des. Federal Tânia Marangoni. Vencidos a Des, Federal Marisa Santos e o Des. Federal Gilberto Jordan.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de auxílio-reclusão.

Em recurso de apelação, a parte autora sustenta, em síntese, o preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício.

As contrarrazões foram apresentadas.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

Os autos subiram a este Egrégio Tribunal.

Em decisão monocrática, o relator negou provimento à apelação.

Ao agravo interposto em face desta decisão, esta Nona Turma negou provimento.

O MPF interpôs recurso especial, tendo os autos retornado a este gabinete por força do artigo 1.040, *caput*, II e III, do NCPC.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Conheço da apelação porquanto satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

Visa a parte autora à concessão do benefício de auxílio-reclusão.

Fundado no artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal, o artigo 80, da Lei 8.213/91, prevê que o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado, de baixa renda (texto constitucional), recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou abono de permanência.

Está disciplinado no artigo 80 da Lei n. 8.213/91, nos seguintes termos:

> Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa, nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação da declaração de permanência na condição de presidiário.

Também prevê o artigo 13 da Emenda Constitucional n. 20/98:

> Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

À obtenção do auxílio-reclusão, portanto, são necessários os seguintes requisitos: condição de dependente, recolhimento do segurado a estabelecimento prisional, qualidade de segurado do recolhido à prisão e de sua renda bruta mensal não excedente ao limite. Segundo o art. 26, I, da Lei n. 8.213/91, a concessão desse benefício independe do cumprimento do período de carência.

No caso vertente, o atestado de permanência carcerária demonstra o encarceramento em 15/8/2000 (fl. 25).

Com relação à qualidade de segurado, oriunda da filiação da pessoa à Previdência, na forma dos artigos 11 e 13 da Lei n. 8.213/91, verifica-se (sistema CNIS/DATAPREV) que o último vínculo empregatício do encarcerado se estendeu de 15/2/2000 até 3/4/2000. Manteve, portanto, a qualidade de segurado por pelo menos 12 (doze) meses, nos termos do artigo 15, II, da Lei n. 8.213/91.

Com relação à condição de dependente, fixa o art. 16 da Lei n. 8.213/91, com a redação da Lei n. 9.032/95 (g. n.):

> 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.

No caso, pela cópia da certidão de nascimento anexa aos autos, a parte autora comprova a condição de filha do encarcerado, nascida em 13/6/2005 (f. 13) e, em decorrência, a sua dependência econômica (presunção legal).

O próximo debate que se trava a respeito circunscreve-se à renda geradora do direito ao auxílio-reclusão.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição Federal, pacificou o entendimento de que a renda a ser considerada é a do segurado preso, e não a de seus dependentes.

Com efeito, em decisão proferida nos Recursos Extraordinários (REs 587365 e 486413), o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, pacificou a matéria, entendendo que o âmbito de aplicação do conceito de baixa renda, previsto no inciso IV, do art. 201, da CF/88, se restringe ao *segurado* e não aos dependentes deste.

Neste sentido, trago à colação a notícia veiculada no informativo 540 do STF:

> A renda a ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão de que trata o art. 201, IV, da CF, com a redação que lhe conferiu a EC 20/98, *é a do segurado preso e não a de seus dependentes* (CF: "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: ... IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;"). Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, proveu dois recursos extraordinários interpostos pelo INSS para reformar acórdãos proferidos por Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, que aplicara o Enunciado da Súmula 5 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais, segundo o qual "para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não à do segurado recluso", e declarara a inconstitucionalidade do art. 116 do Regulamento da Previdência Social [Decreto 3.048/99: "Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)."], que teve como objetivo regulamentar o art. 80 da Lei 8.213/91. RE 587365/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.3.2009. (RE-587365) Grifei.

Firmadas essas premissas, tem-se que a última remuneração mensal informada (R$ 802,01 - referente ao mês de março de 2000 - sistema CNIS/DATAPREV - fl. 88) era muito superior ao limite vigente na data da cessação das contribuições (R$ 360,00 - art. 13 da Emenda Constitucional n. 20/98).

Nesse sentido, a remuneração do mês de abril de 2000 (R$ 206,71 - CNIS/DATAPREV - f. 88) não pode ser considerada para fins de constatação do limite estabelecido, conforme pretendido pela apelante, pois esta remuneração refere-se a poucos dias de trabalho.

Por outro lado, discute-se se no caso de desemprego, para fins de apuração da "baixa renda", deve-se considerar o último salário-de-contribuição ou a ausência de renda por ocasião do desemprego.

Entendo, pessoalmente, que deveria ser levada em conta o último salário-de-contribuição, nos termos estabelecidos na lei.

O auxílio-reclusão - medida de proteção social assaz controvertida, porque concedida à família de preso tendo como fato gerador a prisão causada por ato criminoso - só deve ser concedido enquanto satisfeitos os requisitos legais, afigurando-se descabida interpretação que estende a concessão do benefício a situações não abrangidas pela legislação estrita.

Porém, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é outro, à medida que tem decidido que a renda do segurado a ser considerada é a da data da prisão.

Trata-se de questão submetida a decisão de afetação, para fins de representação da controvérsia em julgamento submetido à sistemática de repetitivo, na forma do artigo 543-C do CPC/73 (AREsp 578044 e AREsp 578939, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data da Publicação em 08/10/2014).

O acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial 1.485/417/MS, referente ao tema 896 do STJ, foi publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 02/02/2018. Aplicar-se-ia ao caso o disposto no artigo 543-C do CPC/1973, atual 1.036 do CPC/2015).

No acórdão, foi firmada a tese: "Para a concessão do auxílio-reclusão (art. 80 da Lei nº 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laborativa remunerada no momento do recolhimento da prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição".

Porém, no presente caso, não se pode ignorar que a autora nasceu durante o período em que o segurado já se encontrava recluso havia vários anos.

Ocorre que a previdência social serve para a cobertura de eventos, contingências ou riscos sociais imprevistos, a ocorrerem posteriormente no tempo.

"O termo risco social", ensinam Machado da Rocha e Baltazar Júnior, "é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo. Na terminologia do seguro, chamam-se tais eventos de 'riscos' e por dizerem respeito ao próprio funcionamento da sociedade, denominam-se 'riscos sociais'. Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos seus beneficiários a cobertura de determinadas contingências sociais. Em sua essência, as normas buscam amparar os trabalhadores e seus dependentes quando vitimados por eventos, reais ou presumidos, que venham a produzir perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou despertem outra necessidade considerada socialmente relevante. Os riscos sociais cuja cobertura é suportada

pelo regime geral são elencados no art. 1º desta Lei, excetuado expressamente no § 1º do art. 9º, o desemprego involuntário, que é objeto de lei específica (Lei 7.998/90, alterada pela Lei 8.900/94), para os trabalhadores em geral." (g.n., MACHADO DA ROCHA, Daniel; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27-32) (g. n.)

> A palavra previdência é derivada do verbo prever, sinônima de antever. Prever ou antever, como o nome está a exprimir, tem significado de ver antecipadamente fato ou situação que poderá ocorrer no futuro. Amauri Mascaro Nascimento lembra que a palavra previdência significa a faculdade de prever, acautelar-se, providenciar hoje para que não falte amanhã. E, citando lição de Nair Lemos Gonçalves, acrescenta: O evidente propósito de, antecipadamente, reunir recursos dos interessados e organizar mecanismos que pudessem e possam atender a contingências sociais prováveis e futuras. É isto a previdência social (g.n., URBANO GONÇALVES, Odonel. Manual de Direito Previdenciário, 12ª edição, São Paulo, Atlas, 2007).

Ou seja, primeiramente o interessado paga uma contribuição social para que, no caso de ocorrer no futuro um risco social, obter um benefício previdenciário. Essa a essência da relação jurídica previdenciária.

Na presente hipótese, o risco social (reclusão) deu-se previamente ao nascimento da parte autora, o que inverte toda a lógica do sistema de seguro social.

Tal situação equivale à do requerimento de pensão por morte no caso de nascimento de filho por inseminação artificial, utilizando-se o sêmen congelado do *de cujus* 5 (cinco) anos após o falecimento deste último. Situação que extravasa flagrantemente o intuito protetivo da previdência social.

Mais que isso, tal contexto corresponderia a contratar um seguro privado após a ocorrência do evento danoso, o que aberra do senso lógico e jurídico. A previdência social tem natureza de seguro social, de modo que, *mutatis mutandis*, tal pensamento se aplica.

Em casos que tais, pretende-se que seja concedido um benefício com o propósito de custear - à custa dos contribuintes - as necessidades do beneficiário com base em evento pretérito, a reclusão do pai, situação que que não está abrangida pelo sistema de previdência social.

Por isso, não se afigura possível juridicamente a concessão de auxílio-reclusão nesses casos.

Ante o exposto, em juízo regressivo, mantenho o acórdão, posto por fundamento diverso, na forma do artigo 1.041 do NCPC.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Desembargadora Federal Marisa Santos: Cuida-se de declarar o voto proferido no julgamento do agravo legal que manteve a sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de auxílio-reclusão, cujo recurso especial interposto foi submetido à sistemática dos recursos repetitivos.

Na sessão de julgamento de 26 de setembro de 2018, o senhor Relator, em juízo regressivo, manteve o acórdão, por fundamento diverso. Apresentei divergência para, em juízo positivo

de retratação, reconhecer o direito ao recebimento do benefício.

Passo a declarar o voto.

A qualidade de segurado do recluso é questão incontroversa.

No Tema 896 (julgamento em 22/11/2017, acórdão publicado em 02/02/2018), o STJ fixou a tese de que o recluso em período de graça tem renda zero, com o que devido o benefício.

Conforme o entendimento dominante do STJ, quando o recluso mantém a qualidade de segurado e comprova o desemprego na data do encarceramento, fica assegurado o recebimento do benefício aos dependentes, pelo princípio *in dubio pro misero*.

A questão controvertida é a possibilidade da filha, nascida anos após o encarceramento do segurado, ser beneficiária do auxílio-reclusão.

O fato de o segurado se encontrar recluso antes do nascimento não tem o condão de excluir do futuro dependente o direito ao benefício. Uma vez comprovada a qualidade de dependente do segurado, deve ser ajustada apenas e tão somente a data do início do recebimento do benefício, a qual, por certo, não será a data da prisão.

O termo inicial do benefício é a data de nascimento da autora (13/6/2005).

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) definiu a tese jurídica de que, "em princípio, o fato de o beneficiário ter nascido após 300 dias da prisão de seu genitor não impede, por si, o direito ao auxílio-reclusão". (Processo nº 0500965-76.2016.4.05.8311, Relator Juiz Federal Fernando Moreira Gonçalves, 25/10/2017).

As parcelas vencidas deverão ser acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos e de juros moratórios a partir da citação.

A correção monetária será aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017, ressalvada a possibilidade de, em fase de execução do julgado, operar-se a modulação de efeitos, por força de decisão a ser proferida pelo STF.

Os juros moratórios serão calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, e incidirão a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2.009, os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13.05.2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07.08.2012, e legislação superveniente, bem como Resolução 458/2017 do Conselho da Justiça Federal.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

Em juízo positivo de retratação, nos termos do art. 1.040, II do CPC/2015, DOU PROVIMENTO ao agravo legal e concedo o benefício, a partir do nascimento da autora, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS

APELAÇÃO CÍVEL
0029756-54.2013.4.03.9999

Apelante: ANITA GOMES ALVES (= ou > de 60 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE ÓBITO. VASTA DOCUMENTAÇÃO APTA AO RECONHECIMENTO DA MORTE PRESUMIDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EX-COMPANHEIRA. RECEBIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. TERMO INICIAL. DATA DA DECLARAÇÃO DA MORTE PRESUMIDA. DATA DO JULGADO. LOPS E DECRETO 83.080/79. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. CONCESSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA.
1 - A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum,* encontrando-se atualmente regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.
2 - Inexiste certidão de óbito acostada aos autos, tampouco declaração de morte presumida.
3 - É cediço que a Justiça Federal é competente para reconhecer a morte presumida para fins previdenciários, conforme jurisprudência do C. STJ.
4 - O art. 7º do Código Civil de 2002 dispõe sobre as hipóteses de morte presumida. O Código Civil de 1916 igualmente trazia referida previsão nas hipóteses dos arts. 481 e 482, que tratavam da sucessão definitiva.
5 - *In casu*, não obstante a parte autora não ter postulado referida declaração, constata-se que o INSS não se insurgiu quanto à questão, tendo, inclusive, cessado o benefício do segurado de aposentadoria por invalidez (NB 0690282354), pelo motivo 48 "cessado no sistema antigo", enviando ofício à demandante, no qual consta que o instituidor da pensão alimentícia veio a óbito (fls. 40, 43/44).
6 - O conjunto probatório permite concluir pela presunção do falecimento do Sr. Florisvaldo Bruno dos Santos, isto porque, às fls. 109/183 há cópia de boletim de ocorrência, no qual se investigava o homicídio do segurado, em 08 ou 09/11/1985, sendo colhido o depoimento de um de seus filhos, Adilson Bruno dos Santos. Apesar de a perícia, pelo material colhido (ossos de fêmur e ossos da cintura ilíaca), concluir "que a morte do não identificado, deu-se por causa indeterminada" (grifei), houve denúncia e sentença de pronúncia pelo suposto crime.
7 - A parte autora empreendeu diligências em nome do Sr. Florisvaldo, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais de Maracás-BA e em Certidão de Prontuário no Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton, visando obter algum registro (fls. 184/185).

8 - Ante o princípio da economia processual, considerando a provável data do delito de homicídio constante na investigação criminal (08 ou 09/11/1985), observo que o companheiro da autora encontra-se desaparecido há quase 33 (trinta e três) anos, o que autoriza a declaração de morte presumida, para fins previdenciários, nos termos do mencionado art. 78 da Lei nº 8.213/91.
9 - Resta verificar se a demandante faz jus ao recebimento do benefício de pensão por morte, à luz da legislação vigente à provável época do óbito.
10 - Para a concessão do benefício de pensão por morte sob a vigência das legislações mencionadas é percuciente verificar: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado e d) carência de 12 contribuições mensais.
11 - O evento morte restou presumido, conforme demonstrado, em 08 ou 09/11/1985. Os requisitos relativos à qualidade de segurado do *de cujus* e a carência restaram incontroversos, tendo em vista que recebia o benefício de aposentadoria por invalidez (NB 0690282354) desde 1º/10/1979 (fl.40).
12 - A celeuma cinge-se em torno da condição de dependente da autora. Sustentou, na exordial, ter vivido na companhia do Sr. Florisvaldo Bruno dos Santos, com quem teve 04 (quatro) filhos, e que, separados, dependia economicamente do mesmo, o qual pagava pensão alimentícia.
13 - Anexou aos autos, certidão de casamento do filho Carlos Antônio dos Santos, atestando a filiação em comum e o nascimento em 08/08/1968 (fl. 14), bem como cópia da petição inicial de ação de alimentos em que sustentava ter vivido maritalmente com o Sr. Florisvaldo por 24 (vinte e quatro) anos, pleiteando alimentos provisionais para si e para o menor, à época, Carlos Antônio dos Santos (fls. 19/22), termo de audiência de conciliação e certidão de objeto e pé do processo nº 400/81, que correu perante a 2ª Vara da Comarca de Ribeirão Pires-SP, no qual ficou acordado, em 16/06/1981, que o *"réu se obriga a pagar a autora, a importância mensal de Cr$4.0000,00 (quatro mil cruzeiros) a título de pensão alimentícia"* (fls. 24, 26/27).
14 - Para comprovar a dependência econômica, também foram ouvidas duas testemunhas, em 08/04/2013, as quais afirmaram que a parte autora viveu com o Sr. Florisvaldo, do qual estava separada, sem precisarem por quanto tempo. A Sra. Márcia Regina de Oliveira aduziu que a autora mencionava depender economicamente da pensão que recebia e a Sra. Solange Ripoli Pereira informou que *"acredita que a autora vivia da pensão paga pelo segurado"* (fls. 81/82).
15 - Quanto ao ponto, o art. 38 da LOPS, assegurava, no § 2º, que: *"No caso de o cônjuge estar no gozo de prestação de alimentos, haja ou não desquite, ser-lhe-á assegurado o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado (incluído pela Lei nº 5.890/1973)"*.
16 - Não obstante a lei conferir ao ex-cônjuge referida garantia, é certo que a ex-companheira que recebe pensão alimentícia, igualmente, faz jus ao mesmo direito.
17 - Assim, devidamente comprovada, pela prova material e testemunhal, a dependência da autora em relação ao falecido.
18 - Alie-se, como elemento de convicção, que a pensão alimentícia concedida não cessou quando o filho Carlos Antônio dos Santos completou a maioridade, de modo que referida prestação, de fato, era concedida à demandante.
19 - Por derradeiro, é insubsistente o argumento da autarquia de que a mera percepção de aposentadoria por invalidez pela parte autora, desde 1º/10/1990 (fls. 62/64),

afasta a dependência econômica, eis que esta somente é elidida por robusta prova em sentido contrário, o que não se observa dos autos.
20 - No que tange ao termo inicial do benefício, nos termos do art. 72, I, do Decreto nº 83.080/79, a pensão por morte é contada da data da declaração de morte presumida, de modo que, sendo esta reconhecida nesta oportunidade, fixa-se a DIB na data do julgamento da presente demanda.
21 - Correção monetária dos valores em atraso calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente quando da elaboração da conta, com aplicação do IPCA-E nos moldes do julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE) e com efeitos prospectivos.
22 - Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.
23 - Inversão do ônus sucumbencial, condenando o INSS no pagamento dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a sentença (Súmula 111, do STJ), uma vez que, sendo as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária suportadas por toda a sociedade, a verba honorária deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente.
24 - O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Explica-se. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judicias que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não se considera lógico e razoável referido discrímen, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação. Por tais razões, imperiosa a fixação do termo final, para a incidência da verba honorária, na data da prolação da sentença.
25 - Isenção da autarquia securitária do pagamentos das custas processuais, nos termos da lei.
26 - A hipótese da ação comporta a outorga de tutela específica nos moldes do art. 497 do Código de Processo Civil. Dessa forma, visando assegurar o resultado concreto buscado na demanda e a eficiência da prestação jurisdicional, independentemente do trânsito em julgado, determina-se seja enviado e-mail ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, instruído com os documentos da parte autora, a fim de serem adotadas as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão, para a implantação do benefício no prazo máximo de 20 (vinte) dias.
27 - Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial pro-

vimento à apelação da autora para condenar o INSS na implantação do benefício de pensão por morte, desde a declaração de morte presumida, ocorrida por ocasião deste julgado, estabelecer que os valores em atraso sejam corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora na forma da fundamentação, bem como para condenar no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença, e conceder a tutela específica para implantação do benefício no prazo de 20 (vinte) dias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por ANITA GOMES ALVES em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte.

A r. sentença de fls. 79/80, julgou improcedente o pedido, ante a ausência de dependência econômica, condenando a parte autora no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor corrigido da causa, ressalvada a gratuidade conferida.

Em razões recursais de fls. 84/87, pleiteia a reforma da sentença, ao fundamento de que recebia pensão alimentícia do falecido e que, não obstante aposentar-se por invalidez, o requisito da dependência econômica restou comprovado.

Intimado, o INSS apresentou contrarrazões à fl. 89.

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Instada a juntar aos autos cópia da certidão de óbito do segurado, sob pena de extinção do processo (fls. 92 e 100), a parte autora anexou os documentos de fls. 109/185 (cópia de inquérito policial e busca cartorária).

Vistas ao INSS e ao Ministério Público Federal, apenas este órgão se manifestou, opinando pelo desprovimento da apelação (fls. 195-verso/199).

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A pensão por morte é regida pela legislação vigente à época do óbito do segurado, por força do princípio *tempus regit actum,* encontrando-se atualmente regulamentada nos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado falecido, aposentado ou não.

Inicialmente, verifica-se inexistir certidão de óbito acostada aos autos, tampouco declaração de morte presumida.

É cediço que a Justiça Federal é competente para reconhecer a morte presumida para fins previdenciários, conforme jurisprudência do C. STJ, *in verbis:*

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO DE DIREITO. AÇÃO EM QUE SE DEDUZ PRETENSÃO A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DA MORTE PRESUMIDA DO CÔNJUGE DA AUTORA PARA O ÚNICO FIM DE OBTENÇÃO DE PENSÃO POR MORTE.
> COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 78, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91.
> 1. Tendo o pedido de reconhecimento de morte presumida o único propósito de percepção de pensão por morte (ex. vi do art. 78 da Lei n. 8.213/91), cabe à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide. Precedentes: CC 121.033/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Data da Publicação 3/8/2012; CC 112.937/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Data da Publicação 03/12/2010.
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Parnaíba, para julgamento da lide.
> (CC 130.296/PI, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 29/10/2013)
> RECURSO ESPECIAL. PENSÃO. MORTE PRESUMIDA. COMPETÊNCIA.
> 1. O reconhecimento da morte presumida do segurado, com vistas à percepção de benefício previdenciário (art. 78 da Lei nº 8.213/91), não se confunde com a declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e de Processo Civil, razão pela qual compete à Justiça Federal processar e julgar a ação.
> 2. Recurso conhecido e provido.
> (REsp 256.547/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 11/09/2000, p. 303)

O art. 7º do Código Civil de 2002 dispõe sobre as hipóteses de morte presumida:

> Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
> I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
> II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
> Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

O Código Civil de 1916 igualmente trazia referida previsão nas hipóteses dos arts. 481 e 482, que tratavam da sucessão definitiva.

Por sua vez, a Lei de Benefícios, no art. 78, com idêntica redação do art. 42 da LOPS, incluída pelo Decreto-lei nº 443/1969, preceitua:

> Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.
> § 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em conseqüência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

> § 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

In casu, não obstante a parte autora não ter postulado referida declaração, constata-se que o INSS não se insurgiu quanto à questão, tendo, inclusive, cessado o benefício do segurado de aposentadoria por invalidez (NB 0690282354), pelo motivo 48 "cessado no sistema antigo", enviando ofício à demandante, em 11/04/2011, no qual consta que o instituidor da pensão alimentícia veio a óbito "em 19/04/2006" (fls. 40, 43/44).

Ademais, o conjunto probatório permite concluir pela presunção do falecimento do Sr. Florisvaldo Bruno dos Santos, isto porque, às fls. 109/183 há cópia de boletim de ocorrência, no qual se investigava o homicídio do segurado, em 08 ou 09/11/1985, sendo colhido o depoimento de um de seus filhos, Adilson Bruno dos Santos. Apesar de a perícia, pelo material colhido (ossos de fêmur e ossos da cintura ilíaca), concluir "que a morte do não identificado, deu-se por causa indeterminada" (grifei), houve denúncia e sentença de pronúncia pelo suposto crime.

Além disso, a parte autora empreendeu diligências em nome do Sr. Florisvaldo, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais de Maracás-BA e em Certidão de Prontuário no Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton, visando obter algum registro (fls. 184/185).

Desta forma, ante o princípio da economia processual, considerando a provável data do delito de homicídio constante na investigação criminal (08 ou 09/11/1985), observo que o companheiro da autora encontra-se desaparecido há quase 33 (trinta e três) anos, o que autoriza a declaração de morte presumida, para fins previdenciários, nos termos do mencionado art. 78 da Lei nº 8.213/91.

Assim, resta verificar se a demandante faz jus ao recebimento do benefício de pensão por morte, à luz da legislação vigente à provável época do óbito.

No caso, vigia a Lei nº 3.807/60 que exigia, no seu art. 36, um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais.

Quanto aos dependentes, assim regulamentava a legislação:

> *LOPS - Lei nº 3.807/60* (Redação dada pela Lei nº 5.890, de 1973)
> *Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:*
> *I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.*
> *II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida;*
> *III - o pai inválido e a mãe;*
> *IV - os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas.*
> *Art. 12. A existência de dependentes de quaisquer das classes enumeradas nos itens I e II do artigo II exclui do direito à prestação todos os outros das classes subsequentes.*
> *Parágrafo único. Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes indicados no item Ill do art. 11 poderão concorrer com a esposa, a companheira ou marido inválido, com a pessoa designada na forma do § 4º do mesmo artigo, salvo se existirem filhos com direito à prestação, caso em que caberá àqueles dependentes desde que vivam na dependência econômica do segurado e não sejam filiados a outro sistema previdenciário, apenas assistência médica.*
> *Art. 13. A dependência econômica das pessoas indicadas no item I do art. 11 é presumida e a das demais deve ser comprovada.*

Art. 14. Não terá direito à prestação o cônjuge desquitado, ao qual não tenha sido assegurada a percepção de alimentos, nem o que voluntariamente tenha abandonado o lar há mais de cinco anos, ou que, mesmo por tempo inferior, se encontre nas condições do artigo 234 do Código Civil.

Para a concessão do benefício de pensão por morte sob a vigência das legislações mencionadas é percuciente verificar: a) a ocorrência do evento morte; b) a comprovação da condição de dependente do postulante; e c) a manutenção da qualidade de segurado e d) carência de 12 contribuições mensais.

O evento morte restou presumido, conforme demonstrado, em 08 ou 09/11/1985.

Os requisitos relativos à qualidade de segurado do *de cujus* e a carência restaram incontroversos, tendo em vista que recebia o benefício de aposentadoria por invalidez (NB 0690282354) desde 1º/10/1979 (fl.40).

A celeuma cinge-se em torno da condição de dependente da autora.

Sustentou, na exordial, ter vivido na companhia do Sr. Florisvaldo Bruno dos Santos, com quem teve 04 (quatro) filhos, e que, separados, dependia economicamente do mesmo, o qual pagava pensão alimentícia.

Anexou aos autos, certidão de casamento do filho Carlos Antônio dos Santos, atestando a filiação em comum e o nascimento em 08/08/1968 (fl. 14), bem como cópia da petição inicial de ação de alimentos em que sustentava ter vivido maritalmente com o Sr. Florisvaldo por 24 (vinte e quatro) anos, pleiteando alimentos provisionais para si e para o menor, à época, Carlos Antônio dos Santos (fls. 19/22), termo de audiência de conciliação e certidão de objeto e pé do processo nº 400/81, que correu perante a 2ª Vara da Comarca de Ribeirão Pires-SP, no qual ficou acordado, em 16/06/1981, que o *"réu se obriga a pagar a autora, a importância mensal de Cr$4.0000,00 (quatro mil cruzeiros) a título de pensão alimentícia"* (fls. 24, 26/27).

Para comprovar a dependência econômica, também foram ouvidas duas testemunhas, em 08/04/2013, as quais afirmaram que a parte autora viveu com o Sr. Florisvaldo, do qual estava separada, sem precisarem por quanto tempo. A Sra. Márcia Regina de Oliveira aduziu que a autora mencionava depender economicamente da pensão que recebia e a Sra. Solange Ripoli Pereira informou que *"acredita que a autora vivia da pensão paga pelo segurado"* (fls. 81/82).

Quanto ao ponto, o art. 38 da LOPS, assegurava, no § 2º, que: *"No caso de o cônjuge estar no gozo de prestação de alimentos, haja ou não desquite, ser-lhe-á assegurado o valor da pensão alimentícia judicialmente arbitrada, destinando-se o restante à companheira ou ao dependente designado (incluído pela Lei nº 5.890/1973)"*.

Não obstante a lei conferir ao ex-cônjuge referida garantia, é certo que a ex-companheira que recebe pensão alimentícia, igualmente, faz jus ao mesmo direito.

Assim, devidamente comprovada, pela prova material e testemunhal, a dependência da autora em relação ao falecido.

Alie-se, como elemento de convicção, que a pensão alimentícia concedida não cessou quando o filho Carlos Antônio dos Santos completou a maioridade, de modo que referida prestação, de fato, era concedida à demandante.

Por derradeiro, é insubsistente o argumento da autarquia de que a mera percepção de aposentadoria por invalidez pela parte autora, desde 1º/10/1990 (fls. 62/64), afasta a dependência econômica, eis que esta somente é elidida por robusta prova em sentido contrário, o que não se observa dos autos.

No que tange ao termo inicial do benefício, nos termos do art. 72, I, do Decreto nº 83.080/79, a pensão por morte é contada da data da declaração de morte presumida, de modo que, sendo esta reconhecida nesta oportunidade, fixa-se a DIB na data do julgamento da presente demanda.

A correção monetária dos valores em atraso deverá ser calculada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente quando da elaboração da conta, aplicando-se o IPCA-E nos moldes do julgamento proferido pelo C. STF, sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 810 e RE nº 870.947/SE), com efeitos prospectivos.

Ressalto que os embargos de declaração opostos contra referido acórdão tem por escopo a modulação dos seus efeitos - atribuição de eficácia prospectiva -, sendo que a concessão de efeito suspensivo não impede o julgamento do presente recurso, haja vista que o quanto lá decidido deverá ser observado apenas no momento da liquidação deste julgado.

Os juros de mora, incidentes até a expedição do ofício requisitório, devem ser fixados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, por refletir as determinações legais e a jurisprudência dominante.

Inverto, por conseguinte, o ônus sucumbencial, condenando o INSS no pagamento dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas devidas até a sentença (Súmula 111, do STJ), uma vez que, sendo as condenações pecuniárias da autarquia previdenciária suportadas por toda a sociedade, a verba honorária deve, por imposição legal, ser fixada moderadamente.

O termo *ad quem* a ser considerado continua sendo a data da prolação da sentença, ainda que reformada. E isso se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. Explico. Na hipótese de procedência do pleito em 1º grau de jurisdição e sucumbência da autarquia previdenciária, o trabalho do patrono, da mesma forma que no caso de improcedência, perdura enquanto não transitada em julgado a decisão final. O que altera são, tão somente, os papéis exercidos pelos atores judicias que, dependendo da sorte do julgamento, ocuparão polos distintos em relação ao que foi decidido. Portanto, não considero lógico e razoável referido discrímen, a ponto de justificar o tratamento diferenciado, agraciando com maior remuneração profissionais que exercem suas funções em 1º e 2º graus com o mesmo empenho e dedicação.

Por tais razões, imperiosa a fixação do termo final, para a incidência da verba honorária, na data da prolação da sentença.

Neste sentido, aliás, existem precedentes dessa 7ª Turma:

> AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPROVIMENTO.
> 1 - O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência (§2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011) ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (artigo 34 da Lei nº 10.741/2003) que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.
> 2 - *Os honorários de advogado devem ser mantidos em 10% sobre o valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.*
> 3 - Agravo legal improvido.
> (Agravo legal no processo nº 2015.03.99.014451-4, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Domingues, DE 04/02/2016). Grifos nossos.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ.

1. *Os honorários advocatícios, nas lides previdenciárias, devem incidir sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença, entendida esta, em interpretação restritiva, como ato emanado do juiz de primeiro grau, nos termos do artigo 162, § 1º, do CPC. Inteligência da Súmula 111 do STJ.*

2. Agravo a que se nega provimento.

(Agravo legal no processo nº 2015.03.99.009126-1, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Fausto de Santctis, DE 10/03/2016). Grifos nossos.

Isento a autarquia securitária do pagamento das custas processuais, nos termos da lei.

Por derradeiro, a hipótese da ação comporta a outorga de tutela específica nos moldes do art. 497 do Código de Processo Civil. Dessa forma, visando assegurar o resultado concreto buscado na demanda e a eficiência da prestação jurisdicional, independentemente do trânsito em julgado, determino seja enviado e-mail ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, instruído com os documentos da parte autora, a fim de serem adotadas as providências cabíveis ao cumprimento desta decisão, para a implantação do benefício no prazo máximo de 20 (vinte) dias.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da autora para condenar o INSS na implantação do benefício de pensão por morte, desde a declaração de morte presumida, ocorrida por ocasião deste julgado, estabelecer que os valores em atraso sejam corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora na forma da fundamentação, bem como para condenar no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença. Concedo a tutela específica para implantação do benefício no prazo de 20 (vinte) dias.

Comunique-se o INSS.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002408-08.2015.4.03.6114

Apelante: ANTONIO CARLOS BRAZ
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE AGRESSIVO TENSÃO ELÉTRICA ACIMA DE 250 VOLTS. NÃO COMPROVADA CONDIÇÃO ESPECIAL DE TRABALHO. PPP QUE NÃO DEMONSTRA EFETIVA EXPOSIÇÃO AO AGENTE. REEXAME DISPOSTO NO ART. 1.040 DO CPC. REsp 1.306.113/SC. NÃO CABIMENTO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO.
- O agente agressivo eletricidade, como consta na decisão, teve sua especialidade reconhecida no julgamento do REsp 1.306.113/SC (repetitivo), de relatoria do Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção (DJe 07/03/2013), mesmo tendo suprimida tal condição no Decreto 2.172/97
- Incidência da norma prevista no art. 1.040 do CPC.
- A hipótese, no caso concreto, diverge do acórdão paradigma, sendo relativa à não comprovação da exposição ao agente eletricidade porque a descrição das atividades é dúbia quanto à exposição habitual e permanente a tensão superior a 250 volts. O PPP traz indicação de exposição a baixa e alta tensão - aplicável somente quanto à alta tensão a informação trazida em parênteses quanto à exposição a 250 volts.
- Não há, portanto, habitualidade e permanência na exposição e, por esse motivo, a eletricidade não foi elencada como fator de risco - é o que se conclui dos termos do PPP apresentado. Caberia ao autor, em embargos de declaração, trazer novo PPP onde explicitada a questão. Não o fez, sendo que a questão foi julgada em agosto/2018.
- Incabível o juízo de retratação.
- Mantido o julgado tal como proferido.

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, julgar incabível o juízo de retratação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial pelo reconheci-

mento do exercício de atividades em condições especiais nos períodos que menciona, a partir da DER (25/08/2011).

O juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a concessão da gratuidade da justiça.

Sentença proferida em 28/09/2016.

O autor apelou, requerendo o atendimento integral do pedido porque o PPP apresentado, quando trata da descrição das atividades exercidas, menciona exposição a tensão elétrica superior a 250 volts.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Em julgamento monocrático de fls. 162/165, o Juiz Federal Convocado Otávio Port manteve os termos da sentença por não estar configurado erro material. Na descrição dos fatores de risco, foi mencionada apenas a exposição a ruído. Não comprovada a habitualidade e permanência a tensão elétrica superior a 250 volts, apenas foi citado trabalho de manutenção em redes de baixa e alta tensão, não explicitada a forma como ocorreria o trabalho.

O autor agravou da decisão, alegando, entre outras teses, que a atividade especial deve ser reconhecida nos termos do pedido inicial porque o PPP apresentado é expresso no exercício de atividades em instalações elétricas (o que incluiu maquinário e motores elétricos) com tensão sempre superior a 250 volts.

O acórdão de fls. 182/184, desta Nona Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo.

Foram opostos Embargos de Declaração contra o acórdão que negou provimento ao agravo interno, sustentando omissão e erro material na análise das provas. O PPP descreve que as atividades exercidas eram totalmente relacionadas a eletricidade, citando exposição a tensão superior a 250 volts como oficial eletricista e eletricista principal. Alega a periculosidade da função exercida e a ausência de EPI eficaz. Rejeitados em julgamento colegiado de fls. 199/203.

Interposto recurso especial pelo autor.

Em razão do decidido pelo STJ no RESP nº 1.306.113/SC que, adotando a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, assentou o entendimento segundo o qual é possível o enquadramento como atividade especial, para fins do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, do trabalho desenvolvido pelo segurado com exposição ao agente *eletricidade*, mesmo que prestado o labor após a vigência do Decreto nº 2.172/97, vieram os autos em obediência à disposição do art. 1.040, *caput*, inciso II e III do CPC/2015.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

Aplico ao caso as regras vigentes quando do julgamento do agravo, nos termos do Enunciado Administrativo 2 do STJ.

O art. 1.040 do CPC/2015 assim estabelece:

> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:
> I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos

> especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;
> II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;
> III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

O Juiz Federal Convocado Otávio Port assim se referiu à exposição ao agente eletricidade, na decisão impugnada:

> O autor pleiteou o reconhecimento do exercício de atividades em condições especiais de 06/03/1997 a 13/05/2010.
> O INSS já reconheceu o pedido nos períodos de 06/03/1979 a 31/08/1981 e de 18/04/1983 a 05/03/1997.
> O PPP apresentado pela Fundação Educacional Inaciana Padre Saboia de Medeiros (fls. 69/70), datado de 13/05/2010, traz como fator de risco exposição a ruído de 84 dB, inferior ao limite vigente à época da atividade.
> Segue a descrição das atividades do autor, como constantes no PPP:
> 18/04/1983 a 31/10/1984 - Executar trabalhados de menor complexidade e auxiliar o oficial eletricista em tarefas mais complexas como manutenção preventiva e corretiva dos componentes elétricos e eletrônicos de máquinas e equipamentos; circuitos elétricos, fusíveis, painéis, motores, geradores, redes aéreas e subterrâneas de baixa e alta tensão (250 volts)
> 01/11/1984 a atual (data do PPP) - executar a manutenção preventiva e corretiva dos componentes elétricos e eletrônicos de máquinas e equipamentos examinando e reparando, de modo geral, circuitos elétricos, fusíveis, painéis, motores, geradores, redes aéreas e subterrâneas de baixa e alta tensão (acima de 250 volts), para assegurar o funcionamento da eletromecânica da instalação.
> Nâo há erro material, como quer fazer crer o autor. Na descrição dos fatores de risco, foi mencionada apenas a exposição a ruído. Não comprovada a habitualidade e permanência a tensão elétrica superior a 250 volts, apenas foi citado trabalho de manutenção em redes de baixa e alta tensão, não explicitada a forma como ocorreria o trabalho.
> Instado a se manifestar sobre as provas a serem produzidas, o autor requereu o julgamento antecipado (fls. 124).
> Mantida a sentença.

A Nona Turma negou provimento ao agravo interposto, acompanhando o relator, que acresceu à decisão a explanação que segue:

> A decisão claramente explicitou a impossibilidade de se enquadrar a atividade especial, sem menção a fator de risco eletricidade no PPP. Apesar da descrição das atividades fazer constar exposição a alta tensão (considerada como acima de 250 volts), a ausência de menção ao fato no campo “exposição a fatores de risco” não autoriza a presunção de efetiva exposição - mesmo porque a descrição das atividades pode simplesmente constar de programa da empresa, não gerando vinculação com o fator de risco, especialmente após 06/03/1997, quando somente a atividade submetida a risco nos termos do PPP pode ser considerada como exercida em condições especiais.

O julgamento dos embargos de declaração rejeitados seguiram o mesmo raciocínio:

A questão foi analisada nos termos do entendimento de iterativa jurisprudência, que remete o reconhecimento da atividade especial à comprovação da exposição ao fator de risco tensão elétrica superior a 250 volts por meio de PPP. Não basta a referência na descrição das atividades exercidas, necessária a citação expressa do agente no campo especifico relativo aos agentes de risco. O responsável técnico pelos registros ambientais refere somente aos fatores de risco constantes do PPP, não havendo responsabilidade quanto à descrição das atividades exercidas.

Não há necessidade de esclarecimentos adicionais da motivação que levou à decisão e reforçada no julgamento do agravo.

O agente agressivo eletricidade, como consta na decisão, teve sua especialidade reconhecida no julgamento do REsp 1.306.113/SC (repetitivo), de relatoria do Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção (DJe 07/03/2013), mesmo tendo suprimida tal condição no Decreto 2.172/97:

> RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).
> 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.
> 2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ.
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.
> 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

A hipótese, no caso concreto, diverge do acórdão paradigma, sendo relativa à não comprovação da exposição ao agente eletricidade porque a descrição das atividades é dúbia quanto à exposição habitual e permanente a tensão superior a 250 volts. O PPP traz indicação de exposição a baixa e alta tensão - aplicável somente quanto à alta tensão a informação trazida em parênteses quanto à exposição a 250 volts.

Não há, portanto, habitualidade e permanência na exposição e, por esse motivo, a eletricidade não foi elencada como fator de risco - é o que se conclui dos termos do PPP apresentado.

O autor poderia, em embargos de declaração, trazer novo PPP onde explicitada a questão. Não o fez, sendo que a questão foi julgada em agosto/2018.

Portanto, incabível o juízo de retratação.

Devolvam-se os autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência, para as providências que entender cabíveis.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0033698-26.2015.4.03.9999

Apelante: ANGELICA FIORENTIN DELGADO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2019

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. QUALIDADE DE SEGURADO NÃO COMPROVADA . RECURSO IMPROVIDO
1. A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme *a data do requerimento*, da seguinte forma: (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.
2. O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: 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 ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; II - os pais; 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; (...)
3. Na presente demanda, a ocorrência do evento morte de Luiz Sergio Delgado (aos 57 anos), em 08/08/2013 encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 16v).
4. Quanto à condição de dependente da parte autora em relação ao "de cujus", verifico que é presumida por se tratar de cônjuge do falecido.
5. Em relação à qualidade de segurado, a parte autora não logrou em comprovar a qualidade do falecido.
Foram juntadas cópias da CTPS, na qual consta como último vínculo empregatício de 01/08/2010 a 14/09/2010 (fl. 27). Logo, deixou de ostentar a condição de segurado em 15/11/2011.
6. De outro lado, o "de cujus" não faria jus à aposentadoria por idade, pois faleceu aos 55 anos, sendo a idade mínima para se aposentar, 65 anos - trabalhador urbano.
7. A parte autora não faz jus ao benefício postulado - pensão por morte, devendo a sentença ser mantida.
8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia

Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão por morte de cônjuge, falecido em 08/08/2013.

A autora alega, em síntese, que restou comprovada a qualidade de segurado e a dependência econômica.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme *a data do requerimento*, da seguinte forma: (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.

Deve-se atentar, sobre o tema, ao que prescreve a súmula 340, do STJ, no sentido de que o termo inicial das pensões decorrentes de *óbitos anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97* é sempre *a data do óbito* do segurado porque se aplicam as normas então vigentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, entendeu que o benefício previdenciário da *pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito* de seu instituidor.

Não constitui demasia sublinhar que, por não correr a prescrição em relação aos *dependentes absolutamente incapazes*, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, este será o termo inicial do benefício.

Na redação original do artigo 75, da Lei nº Lei 8.213/91, a RMI da pensão por morte era calculada mediante a aplicação do coeficiente de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (dois). Caso decorrente de acidente de trabalho, o coeficiente era de 100% (cem por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso.

Com as modificações da Lei nº 9.032/95, o RMI passou a ser de 100% (cem por cento) do salário de benefício, mesmo que decorrente de acidente de trabalho.

Atualmente, o valor da renda mensal, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, corresponde a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado

recebia na data do óbito, e, se não estava aposentado, 100% (cem por cento) da aposentadoria que receberia se fosse aposentado por invalidez.

O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*:

> 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 ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
> II - os pais;
> 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;
> § 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
> § 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.
> § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

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.

Havendo mais de um dependente, a renda mensal do benefício é rateada em partes iguais (artigo 77, da Lei nº Lei 8.213/91), e, cessando o direito de um dos dependentes, sua parte reverte em favor dos demais (artigo 77, § 1º, da Lei nº Lei 8.213/91).

Nota-se que, nos termos do § 4º do artigo em questão, é imperioso que os beneficiários comprovem a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, sendo que em relação às pessoas discriminadas no inciso I, a dependência é presumida. Tal *condição de dependente*, cumpre sublinhar, deve ser *aferida no momento do óbito do instituidor*, já que é com o falecimento que nasce o direito.

Conforme a lição de FREDERICO AMADO (In "Direito e Processo Previdenciário Sistematizado", 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 658-659), "também serão dependentes preferenciais o parceiro homoafetivo e o ex-cônjuge ou companheiro(a) que perceba alimentos" (...) assim como "o *cônjuge separado de fato*", mas este sem a presunção de dependência econômica. Com relação ao filho e ao irmão do instituidor, ressalta que o benefício só será devido quando a "invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado".

Nos termos do art. 26, I, da Lei 8.213/91, o deferimento de pensão por morte independe do cumprimento de carência, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Contudo, após a edição da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, pos-

teriormente 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.

O *termo final* do benefício em questão, de acordo como o parágrafo 2º do artigo 77, da Lei 8.213/91, ocorre com: (i) a morte do pensionista; (ii) a emancipação ou a idade de 21 anos, salvo se inválido, do filho, equiparado ou irmão; (iii) a cessação da invalidez do pensionista inválido; (iv) o levantamento da interdição do pensionista com deficiência mental ou intelectual; e (v) o reaparecimento do segurado, no caos de morte presumida.

A atual redação do referido dispositivo inovou, ainda, ao estabelecer *prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro*, conforme a idade do 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)

Na presente demanda, a ocorrência do evento morte de Luiz Sergio Delgado (aos 57 anos), em 08/08/2013 encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 16v).

Quanto à condição de dependente da parte autora em relação ao "de cujus", verifico que é presumida por se tratar de cônjuge do falecido.

Em relação à qualidade de segurado, a parte autora não logrou em comprovar a qualidade do falecido.

Foram juntadas cópias da CTPS, na qual consta como último vínculo empregatício de 01/08/2010 a 14/09/2010 (fl. 27). Logo, deixou de ostentar a condição de segurado em 15/11/2011.

De outro lado, o "de cujus" não faria jus à aposentadoria por idade, pois faleceu aos 55 anos, sendo a idade mínima para se aposentar, 65 anos - trabalhador urbano.

Por essas razões, a parte autora (apelante) não faz jus ao benefício postulado - pensão por morte, devendo a sentença ser mantida.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0042542-62.2015.4.03.9999

Apelantes: ANTONIA CONRADO DOS SANTOS, ALDEIR CONRADO DOS SANTOS E CLAUDEMIR CONRADO DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/02/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ADICIONAL DE 25%. JULGAMENTEO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.
1. Trata-se de ação visando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença.
2. Agravo retido não conhecido, nos termos do artigo 523, § 1º, do CPC/73, vigente à época da interposição.
3. Laudo médico pericial informa a existência de incapacidade laboral total e permanente para o trabalho fixando a data de início da incapacidade em momento posterior ao ajuizamento do feito, entretanto, o conjunto probatório evidencia a existência de restrição para o labor no momento do pedido administrativo.
4. Preenchidos os requisitos legais, de rigor a concessão do auxílio doença desde o pedido administrativo, e sua conversão em aposentadoria por invalidez na data de início da incapacidade total e permanente apurada na perícia judicial.
5. Concessão do adicional de 25%. Comprovada a necessidade de auxílio permanente de outras pessoas. A necessidade do aporte se deu no curso da ação. Julgamento *extra petita*. Inocorrência.
6. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux, observado quanto a este o termo inicial a ser fixado pela Suprema Corte no julgamento dos embargos de declaração.
7. Inversão do ônus de sucumbência.
8. Agravo retido não conhecido. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2019.
Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio doença previstos nos artigos 42 e 59/63 da Lei n. 8213/91.

Às fls. 97/98 o autor interpôs agravo retido contra a decisão de fls. 91 que nomeou o médico perito, aduzindo que o Expert não é especialista nas áreas de cardiologia e ortopedia.

A sentença prolatada em 20.05.2015 julgou improcedente o pedido inicial, posto que a incapacidade laboral apurada na perícia judicial é resultante de doença posterior ao pedido inicial. Condenou a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e de honorários arbitrados em R$ 500,00.

Apela a parte autora alegando para tanto que faz jus à aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25% desde a data do requerimento administrativo ou da data de início da incapacidade firmada no laudo pericial.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Não conheço do agravo retido interposto pela parte autora, nos termos do artigo 523, § 1º, do CPC/73, vigente à época da interposição.

Passo ao exame do mérito.

A Lei nº 8.213/91, no artigo 42, estabelece os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, quais sejam: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando exigida, e moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/91, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

É dizer: a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que garanta a subsistência enseja a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez; a incapacidade total e temporária para o exercício de atividade que garanta a subsistência justifica a concessão do benefício de auxílio-doença e a incapacidade parcial e temporária somente legitima a concessão do benefício de auxílio-doença se impossibilitar o exercício do labor ou da atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias pelo segurado.

A condição de segurado (obrigatório ou facultativo) decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes.

O artigo 15 da Lei nº 8.213/91 dispõe sobre as hipóteses de manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuições; trata-se do denominado período de graça, durante o qual remanesce o direito a toda a cobertura previdenciária. Também é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.

Nesse passo, acresça-se que no que toca à prorrogação do período de graça ao trabalhador desempregado, não obstante a redação do §2º do artigo 15 da Lei nº. 8.213/1991 mencionar a necessidade de registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Incidente de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (Pet. 7.115), firmou entendimento no sentido de que a ausência desse registro poderá ser suprida quando outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal, se revelarem aptas a comprovar a situação de desemprego.

A perda da qualidade de segurado está disciplinada no §4º desse dispositivo legal, ocorrendo no dia seguinte ao do término do prazo para recolhimento da contribuição referente ao mês de competência imediatamente posterior ao final dos prazos para manutenção da qualidade de segurado.

Depreende-se, assim, que o segurado mantém essa qualidade por mais um mês e meio após o término do período de graça, independente de contribuição, mantendo para si e para os seus dependentes o direito aos benefícios previdenciários.

Anote-se que a eventual inadimplência das obrigações trabalhistas e previdenciárias acerca do tempo trabalhado como empregado deve ser imputada ao empregador, responsável tributário, conforme preconizado na alínea a do inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.213/91, não sendo cabível a punição do empregado urbano pela ausência de recolhimentos, computando-se, assim, o período laborado para fins de verificação da qualidade de segurado.

Por fim, quanto à carência, exige-se o cumprimento de 12 (doze) contribuições mensais para a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, conforme prescreve a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 25, inciso I, *in verbis*: "Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais;".

No caso concreto, o extrato do sistema CNIS de fls. 58/60 evidencia o preenchimento dos requisitos de qualidade de segurado e carência no momento do pedido administrativo, ante a existência de diversos vínculos de trabalho desde 1976, e recolhimentos de contribuição previdenciária em períodos intercalados entre os anos de 2010 e 2013.

O autor, trabalhador braçal, com 60 anos de idade no momento da perícia judicial, alega que é portador de problemas ortopédicos, hipertensão arterial e epilepsia, condição, que alega, lhe traz incapacidade laboral.

O laudo médico pericial elaborado em 10.11.2014 (fls. 118/126) revela que o autor é portador de cardiopatia hipertensiva, epilepsia e sequela de acidente vascular cerebral isquêmico com déficit motor em membro superior direito, andar atáxico e déficit cognitivo. Informa a existência de incapacidade total e permanente desde a data do AVC (maio de 2013).

Embora o médico perito tenha fixado a data de início da incapacidade no momento do acidente vascular cerebral, não informou a ausência de incapacidade para o trabalho em momento anterior.

A documentação médica carreada aos autos revela que no momento do ajuizamento do feito o autor apresentava:

- alterações na coluna cervical, dorsal e lombar (fls. 33/35) com restrição para esforço físico conforme atestado médico de fls. 36 datado de 18.10.2012;

- hipertensão arterial e problemas cardíacos com reação aos esforços (fls. 39/40);

- epilepsia (fls. 42) com indicação de internação para tratamento no período de 03.06.2013

a 05.06.2013 (fls. 88);

A cópia da CTPS do autor (fls. 12/26) e o extrato sistema CNIS de fls. 28/30 revelam que o autor exerceu trabalho braçal desde 1976, e certamente o quadro clínico delineado pela documentação médica acostada à peça inicial acarreta em alguma restrição para o trabalho.

A hipertensão arterial, o problema cardíaco e a epilepsia, enfermidades apuradas na perícia, já estavam relatadas na peça inicial e nos documentos médicos que a acompanhavam.

Desta forma, trata-se de medida razoável a concessão do auxílio doença desde a data do pedido administrativo realizado em 13.02.2012 (fls. 32) e sua conversão em aposentadoria por invalidez em 05.2013. Anoto que noticiado o óbito do autor em 04.03.2015 (fls. 164), é nesta data que deve ser fixado o termo final da aposentadoria por invalidez.

Por fim, embora de fato em sua peça inicial o autor não tenha manifestado interesse na concessão do adicional de 25%, verifica-se que o evento que gerou a necessidade do aporte se deu no curso do processo.

Exigir-se o pedido administrativo ou ajuizamento da questão é medida que somente penaliza o segurado, e lhe subtrai direito a que, neste feito, já está demonstrado que faz jus.

Neste sentido confira-se a jurisprudência:

> Trata-se de pedido de uniformização nacional suscitado pela parte ora requerente, pretendendo a reforma do acórdão proferido pela Turma Recursal de origem, no qual se discute a possibilidade de concessão do adicional de 25% sobre o benefício da aposentadoria por invalidez independentemente de prévio requerimento administrativo.
> É o relatório.
> O presente recurso comporta provimento. Verifico que a Turma Nacional de Uniformização, por meio do PEDILEF 50045061820114047107, também se manifestou sobre a matéria, verbis:
> "PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONCEDENDO O BENEFÍCIO COM O ACRÉSCIMO DE 25%. ARTIGO 45 da Lei 8.213/1991. RECURSO DO INSS. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL DO ACRÉSCIMO DOS 25%. TURMA RECURSAL DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. PEDIDO IMPLÍCITO. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. Ação proposta em face do INSS com pedido de concessão de aposentadoria por invalidez.
> 2. Sentença de procedência do pedido concedendo o benefício da aposentadoria por invalidez com o acréscimo de 25%, eis que na prova pericial realizada, o perito judicial constatou que o segurado necessita de ajuda permanente de terceiros.
> 3. Recurso Inominado do INSS. A Turma Recursal do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao Recurso, sob o argumento de que não houve pedido expresso na exordial acerca do adicional dos 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991.
> 4. Incidente de uniformização de jurisprudência manejado pela parte autora, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001, sob o fundamento de que o acórdão não acompanha o entendimento da Turma Recursal de São Paulo.
> 5. Cotejo analítico entre o acórdão aventado e o paradigma - dissídio jurisprudencial instaurado.
> 6. A Turma Recursal do Rio Grande do Sul decidiu que conceder o adicional de 25% sem pedido expresso da parte autora ofenderia os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e ainda que não houve pedido administrativo para tanto.
> 7. Não se pode olvidar, no entanto, que nos pedidos que envolvem benefícios de incapacidade, a jurisprudência permite a concessão de benefícios em maior ou menor amplitude, como é o caso do auxilio doença ou da aposentadoria por invalidez, sem que isso ofenda os princípios constitucionais do direito processual. Da mesma forma, não há razões jurídicas que possam

impedir a concessão do adicional de 25% quando o segurado comprova a necessidade de acompanhamento permanente de terceiros. Acrescente-se, ainda, que as doenças que geram incapacidade para o trabalho e a vida civil, podem ser agravadas no tempo decorrido entre a data do pedido administrativo e a data da realização da perícia judicial, ocasião em que o perito judicial pode concluir, que o segurado teve sua condição física agravada a ponto de necessitar de auxílio permanente de terceiros para a realização de atividades do cotidiano.
8. O aresto da Turma Recursal de São Paulo apontado como paradigma enfrentou esta questão da seguinte forma: "Destarte, ainda que a autora não tenha requerido explicitamente o adicional de 25% na exordial, não há que se falar em decisão *extra petita*, pois diagnosticado pelo perito judicial a necessidade de auxílio de terceiros, a autora faz jus ao mencionado adicional, que possui natureza acessória do benefício previdenciário, constituindo pedido implícito ao pedido de aposentadoria por invalidez."
9. Ademais, prescreve o Código de Processo Civil, em seu artigo 286, *caput*, que o pedido deve ser certo ou determinado. Entretanto, há casos em que a parte autora não realiza determinado pedido na petição inicial, porque o interesse judicial ainda não se materializou, mas por amparo legal, o juiz tem a obrigação de examinar e deliberar sobre ele por ocasião da sentença, quando ele decorrer como acessório do principal.
11. No caso, o pedido de adicional de 25% sobre o valor da aposentadoria somente será devido se caracterizado a incapacidade total, daí se conclui que o pedido de acréscimo à aposentadoria por invalidez, decorrente da necessidade ou não de auxílio permanente de um terceiro para a realização de atividades do cotidiano é acessória ao pedido principal. Se o pedido principal, no caso a aposentadoria por invalidez, não se comprovar, não há pedido acessório a ser analisado. Assim, constatada a necessidade de ajuda de uma terceira pessoa, não pode ser vedado ao juiz conceder o adicional dos 25% à aposentadoria por invalidez, com o único objetivo de obrigar o segurado a movimentar novamente a estrutura administrativa e judicial para obter um apêndice do seu direito.
12. Por fim, não há que se falar em desrespeito ao contraditório ou à ampla defesa quando a autarquia ré participa e tem ciência da prova produzida e dos atos do processo.
13. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e provido, para determinar o restabelecimento da sentença de primeira instância." Assim, levando-se em consideração a sistemática dos recursos representativos da controvérsia, dos sobrestados por força de repercussão geral e dos incidentes de uniformização processados na TNU, em que se devem observar as diretrizes estabelecidas nos arts. 1.030, II, do CPC e 17 c/c 16, III, ambos do RITNU, os autos devem ser devolvidos à Turma Recursal de origem para aplicação do entendimento pacificado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização. Ante o exposto, com fundamento no art. 16, II, do RITNU, admito o incidente de uniformização e, prosseguindo no julgamento, a ele dar provimento. Assim sendo, determino a restituição dos autos à origem para a adequação do julgado. Intimem-se.
(DECISAO DO PRESIDENTE, Número 0000113-50.2015.4.01.3819, Classe Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Presidência), Relator(a) MINISTRO RAUL ARAÚJO, TNU, TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO, Data 09/11/2017, Data da publicação 09/11/2017)

Assim, comprovada a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa, de rigor a concessão da benesse a partir de maio de 2013, a teor do art. 45 da Lei n. 8213/91.

As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR - Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux.

Nesse passo, acresço que os embargos de declaração opostos perante o STF contra tal julgado tem por objetivo único a modulação dos seus efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, pelo que o excepcional efeito suspensivo concedido por meio da decisão proferida em 24.09.2018 e publicada no DJE de 25.09.2018, surtirá efeitos apenas no tocante à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, que deverá ser observado quando da liquidação do julgado.

Inverto o ônus da sucumbência e condeno o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ao pagamento de honorários de advogado fixados em 10% do valor da condenação, consoante entendimento desta Turma e artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto eis que o recurso foi interposto na sua vigência, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicando as normas dos §§1º a 11º do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015.

O art. 4º, I, da Lei 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, estabelece que as autarquias federais são isentas do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite perante a Justiça Federal.

Entretanto, consoante disposto no § 1º do artigo 1º da mencionada lei, "rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal.". Conclui-se, assim, que a isenção de custas nas causas processadas na Justiça Estadual depende de lei local que a preveja.

Nesse passo, verifico que no que se refere às ações que tramitam perante a Justiça Estadual de São Paulo, como *in casu*, a isenção de custas processuais para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS está assegurada nas Leis Estaduais nºs 4.952/85 e 11.608/03.

Diante do exposto, não conheço do agravo retido interposto pela parte autora e, DOU PARCIAL PROVIMENTO à sua apelação, nos termos da fundamentação exposta.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0040245-14.2017.4.03.9999

Apelante: IVONILDA DE CARVALHO BARROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO: PRÉVIO PERCURSO DA VIA ADMINISTRATIVA. INTERESSE DE AGIR. REPERCUSSÃO GERAL. RE nº 631.240/MG. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PROCESSO PRONTO PARA JULGAMENTO. LOAS. REQUISITOS SATISFEITOS.

I - O interesse de agir se caracteriza pela materialização da utilidade-necessidade do provimento jurisdicional. Assim, para o exercício do direito de ação, faz-se necessária a afirmação de lesão a um direito. É a existência de um conflito de interesses que justifica a intervenção do Poder Judiciário, sem o qual não há solução possível.

II - Tratando-se de ação de natureza previdenciária, é imprescindível, em regra, o prévio requerimento na esfera administrativa, sem o qual não há pretensão resistida da Autarquia, tampouco lesão a um direito, nem interesse de agir.

III - A exigência de prévia postulação na via administrativa não constitui, ademais, afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ("A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), pois o direito de ação tem como limite as condições da ação, e a ausência de uma delas configura a carência de ação, dispensando o Juízo de se manifestar sobre o mérito da pretensão.

IV - Consagrou-se o entendimento de que a exigência de prévio requerimento administrativo não viola a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV), ressalvando-se, contudo, a possibilidade de formulação direta do pedido perante o Poder Judiciário quando se cuidar de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, ou nos casos em que notória ou reiterada a resistência autárquica.

V - Depois de 03/09/2014 (data do julgamento proferido pelo C. STF), não se aplicam as regras de modulação de efeitos e não mais se admite, salvo algumas exceções, o ajuizamento da ação de benefício previdenciário sem o prévio requerimento administrativo. No caso, verifico que a autora ajuizou o presente feito em 2017 não se cogitando, portanto, da aplicação das regras de modulação.

VI - Todavia, embora, no caso concreto, tenha o INSS oferecido contestação abrangendo, tão somente, a matéria preliminar relativa à necessidade de prévio requerimento administrativo, não caracterizando resistência à pretensão formulada, fato é que a fase instrutória está encerrada, com a produção de provas e manifestação das partes.

VII - Não se afigura razoável, portanto, a reabertura da instrução processual na hipótese em que aperfeiçoados - com a observância do contraditório - os atos probatórios, situação que acarretaria, inclusive, violação ao princípio da duração razoável do processo.

VIII - Como visto, a autarquia teve a oportunidade de analisar e manifestar-se sobre o caso, à luz das provas produzidas e quedou-se inerte, limitando-se a sustentar a ausência de interesse de agir.
IX - Comprovada a incapacidade para o trabalho e a situação de miserabilidade, a procedência da ação é de rigor.
X - Recurso provido. Com fulcro no artigo 1.013, §3º, I, do CPC, julgado procedente o pedido, condenando-se o INSS a pagar à autora, o benefício denominado LOAS, no valor de um salário mínimo, a partir da citação, nos termos do expendido no voto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, com fulcro no artigo 1.013, §3º, I, do CPC, julgar procedente o pedido e condenar o INSS a pagar à autora, o benefício denominado LOAS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2019.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA: Trata-se de apelação interposta por Ivonilda de Carvalho Barros em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão do benefício assistencial - LOAS.

A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do CPC/2015.

Em suas razões recursais, a parte autora pugna pelo provimento do recurso ao argumento, em síntese, de que o acesso à Justiça é garantido constitucionalmente.

Ademais, argumenta que a autora comprovou os requisitos legais necessários à concessão do benefício pleiteado.

Os autos subiram a este Eg. Tribunal.

Certificado pela Subsecretaria da Sétima Turma, nos termos da Ordem de Serviço nº 13/2016, artigo 8º, que a apelação foi interposta no prazo legal e, ainda, que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

O MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA: Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

O interesse de agir se caracteriza pela materialização da utilidade-necessidade do provimento jurisdicional. Assim, para o exercício do direito de ação, faz-se necessária a afirmação de lesão a um direito. É a existência de um conflito de interesses que justifica a intervenção do Poder Judiciário, sem o qual não há solução possível.

Tratando-se de ação de natureza previdenciária, é imprescindível, em regra, o prévio requerimento na esfera administrativa, sem o qual não há pretensão resistida da Autarquia, tampouco lesão a um direito, nem interesse de agir.

Para reclamar a atividade jurisdicional do Estado, faz-se necessário, antes, a postulação do seu pedido na via administrativa, o que não se confunde com o seu prévio exaurimento, este, sim, representando um injustificado obstáculo de acesso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, é o entendimento expresso na Súmula nº 9 desta Egrégia Corte ("Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa") e na Súmula nº 213 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça ("O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária").

A exigência de prévia postulação na via administrativa não constitui, ademais, afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ("A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), pois o direito de ação tem como limite as condições da ação, e a ausência de uma delas configura a carência de ação, dispensando o Juízo de se manifestar sobre o mérito da pretensão.

Sobre o tema, já há entendimento consolidado no C. Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
> 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
> 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.
> 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
> 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
> 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
> 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

> 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
> 8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
> 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE nº 631.240/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, DJe 10/11/2014)

Consagrou-se o entendimento de que a exigência de prévio requerimento administrativo não viola a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV), ressalvando-se, contudo, a possibilidade de formulação direta do pedido perante o Poder Judiciário quando se cuidar de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, ou nos casos em que notória ou reiterada a resistência autárquica.

Igual entendimento foi perfilhado pelo Eg. STJ, por ocasião do julgamento do RESP nº 1.369.834/SP, resolvido nos termos do artigo 543-C do CPC/73:

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR AO QUE DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 631.240/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob rito do artigo 543-B do CPC, decidiu que a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014).
> 2. Recurso especial do INSS parcialmente provido a fim de que o Juízo de origem aplique as regras de modulação estipuladas no RE 631.240/MG. Julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC. (REsp nº 1.369.834/SP, 1ª Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/12/2014)

Importante destacar que, em relação às ações ajuizadas até 03.09.2014 (data do julgamento proferido pelo C. STF), no âmbito do RE nº. 631.240/MG foram estabelecidas as seguintes regras de transição:a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no

pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

Portanto, depois de 03/09/2014 (data do julgamento proferido pelo C. STF), não se aplicam essas regras de modulação de efeitos e não mais se admite, salvo algumas exceções, o ajuizamento da ação de benefício previdenciário sem o prévio requerimento administrativo.

No caso, verifico que a autora ajuizou o presente feito em 2017 e, por conseguinte, não seria caso de aplicação das regras de modulação.

Contudo, impõe-se distinguir a situação posta nesta demanda e aquela presente no julgamento paradigma, de forma a se verificar a ocorrência de similitude fática entre elas.

Embora, no caso concreto, tenha o INSS oferecido contestação abrangendo, tão somente, a matéria preliminar relativa à necessidade de prévio requerimento administrativo, não caracterizando resistência à pretensão formulada, fato é que a fase instrutória está encerrada, com a produção de provas e manifestação das partes.

Não se afigura razoável, portanto, a reabertura da instrução processual na hipótese em que aperfeiçoados - com a observância do contraditório - os atos probatórios, situação que acarretaria, inclusive, violação ao princípio da duração razoável do processo.

Como visto, a autarquia teve a oportunidade de analisar e manifestar-se sobre o caso, à luz das provas produzidas e quedou-se inerte, limitando-se a sustentar a ausência de interesse de agir.

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados:

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DO RE 631.240, MG.
> 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento firmado no RE 631.240, MG, julgado sob o regime da repercussão geral, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo, evidenciando situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (3.9.2014)" - REsp 1.369.834, SP, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil.
> 2. A Primeira Turma, todavia, resolveu afastar a aplicação do RE 631.240, MG, por ausência de similitude fática, quando houver julgamento com resolução de mérito e determinação de implantar o benefício previdenciário (AgRg no AREsp 377.316, MG) - hipótese dos autos.
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 254264/PR, Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF - 4ª Região, publicado no DJe de 18/05/2015)
>
> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA POSTULAÇÃO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO DAS QUESTÕES DE MÉRITO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DIREITO AO BENEFÍCIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. TEORIA DAS DISTINÇÕES.
> 1. Hipótese na qual busca o INSS, via recurso especial, seja o processo extinto, sem julgamento do mérito, por ofensa aos artigos 3º e 267 do CPC porque a parte não fez o prévio requerimento do benefício na via administrativa.
> 2. No caso dos autos, o Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido e concedeu o benefício, o que se distingue do que decidido no RE n. 631.240/MG. Nesse sentido, confiram-se: AgRg

no AREsp 377.316/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24/03/2015; AgRg no AREsp 254.264/PR, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 18/05/2015.
3. Hipótese distinta da apreciada pelo STF no RE 631.240/MG, razão pela qual inaplicável o determinado pela Suprema Corte ao processo em análise.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp nº 370852/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, publicado no DJe 15/06/2015)

Idêntico entendimento foi adotado pela Eg. Sétima Turma desta Corte Regional, conforme ementa cujo excerto transcrevo:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AGRAVO RETIDO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA) E STF (REPERCUSSÃO GERAL). INAPLICABILIDADE. DISTINÇÃO. FEITO JULGADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONTEMPORÂNEO AOS FATOS ALEGADOS. BENEFÍCIO INDEFERIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO DE OFÍCIO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. APELAÇÃO DO INSS PREJUDICADA.
1 - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 631.240/MG, resolvido nos termos do artigo 543-B do CPC/73, assentou o entendimento de que a exigência de prévio requerimento administrativo a ser formulado perante o INSS antes do ajuizamento de demanda previdenciária não viola a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV). Ressalvou-se, contudo, a possibilidade de formulação direta do pedido perante o Poder Judiciário quando se cuidar de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, ou ainda, quando notório e reiterado o entendimento do INSS em desfavor da pretensão do segurado.
2 - Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça revisitou sua jurisprudência de modo a perfilhar o posicionamento adotado pela Suprema Corte, o que se deu quando do julgamento do RESP nº 1.369.834/SP, resolvido nos termos do artigo 543-C do CPC/73.
3 - No caso em exame, trata-se de pedido concessivo de benefício previdenciário de aposentadoria por idade, não sendo, portanto, a hipótese de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido. Da mesma forma, o pleito não se enquadra nos casos em que notória ou reiterada a resistência autárquica.
4 - O caso sub examen, contudo, detém a peculiaridade de já ter sido decidido em primeiro grau de jurisdição. E, se assim o é, há que se fazer a necessária distinção entre a situação posta nesta demanda e aquela presente no julgamento paradigma, de forma a se verificar a ocorrência de similitude fática entre elas.
5 - Malgrado tenha o INSS oferecido contestação abrangendo, tão somente, a matéria preliminar afeta à necessidade de prévio requerimento administrativo, de forma a não caracterizar resistência à pretensão formulada, fato é que fora exaurida a fase instrutória, com a produção de provas e manifestação das partes, tudo a ensejar a prolação de sentença de mérito.
6 - Foge à razoabilidade, portanto, reabrir-se a instrução processual na hipótese em que aperfeiçoados - com a observância do contraditório - todos os atos probatórios, situação que, em boa medida, desprestigiaria o princípio da duração razoável do processo, alçado, inclusive, a preceito constitucional. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
(...)
7 - Reconhecida a ausência de similitude fática entre o caso ora posto a julgamento e o precedente firmado pelo STF, razão pela qual se revela desnecessária, aqui, a prévia postulação administrativa.

> 15 - Extinção da demanda, sem resolução do mérito, a fim de possibilitar a propositura de nova ação, caso a requerente venha a conseguir documentos que comprovem o labor desenvolvido na qualidade de rurícola até o implemento do requisito etário. Entendimento consolidado do C. STJ, em julgado proferido sob a sistemática dos recursos repetitivos, conforme art. 543-C do CPC/1973: REsp 1.352.721/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016.
> (...)
> 17 - Agravo retido desprovido. Extinção do processo sem resolução do mérito de ofício. Ausência de prova do trabalho rural. Verbas de sucumbência. Dever de pagamento suspenso. Gratuidade da justiça. Apelação do INSS prejudicada. . (AC 0000269-34.2016.4.03.9999/SP, Rel: Des. Fed. Carlos Delgado, julgamento em 26/02/2018)

Portanto, ausente similitude fática entre o caso concreto e o precedente firmado pelo C.STF, afigura-se desnecessário o prévio pedido administrativo.

O caso, contudo, não é de devolução dos autos ao Juízo de origem , uma vez que a legislação autoriza expressamente o julgamento imediato do processo quando presentes as condições para tanto, nos termos do art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

> Art. 1.013, § 3º, II:
> A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
> (...)
> § 3º. Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:
> (...)
> II - Decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir.

Considerando que a causa está madura para julgamento e que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, com a citação válida do ente autárquico e, ainda, amparado pela legislação processual aplicável, ingresso no exame do mérito da demanda.

O Benefício Assistencial requerido está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelas atuais disposições contidas nos artigos 20, 21 e 21-A, todos da Lei 8.742/1993.

O Benefício da Prestação Continuada (BPC) consiste na garantia de um salário mínimo mensal ao idoso com 65 anos ou mais ou pessoa com deficiência de qualquer idade com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo (que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 anos), que o impossibilite de participar, em igualdade de condições, com as demais pessoas da vida em sociedade de forma plena e efetiva. Tratando-se de benefício assistencial, não há período de carência, tampouco é necessário que o requerente seja segurado do INSS ou desenvolva alguma atividade laboral, sendo imprescindível, porém, a comprovação da hipossuficiência própria e/ou familiar.

O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal garante o benefício em comento às pessoas com deficiência que não possuam meios de prover à sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A previsão deste benefício guarda perfeita harmonia com a Constituição de 1988, que hospedou em seu texto princípios que incorporam exigências de justiça e valores éticos, com previsão de tarefas para que o Estado proceda à reparação de injustiças.

Concebida dentro de uma perspectiva do Estado Social de Direito, a Constituição valoriza e protege os direitos sociais básicos, estabelece normas pragmáticas, enfim, apresenta conteúdo contrário ao de uma Constituição do Estado Liberal, afastando-se do repouso, do formalismo e do divórcio entre Estado e Sociedade.

A dignidade humana permeia todas as matérias constitucionais, sendo um valor supremo. E a cidadania não se restringe ao seu conteúdo formal, sendo a legitimidade do exercício político pelos indivíduos apenas uma das vertentes da cidadania, que é muito mais ampla e tem em seu conteúdo constitucional a legitimidade do exercício dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Os Princípios Fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, dão suporte às normas públicas voltadas ao amparo de pessoas em situação de miséria.

A estrutura do Estado brasileiro insculpida no texto constitucional está informada pelos direitos e valores nela declarados, que necessitam de permanente conformação com às demandas sociais. Como destaca Paulo Bonavides, seguindo o norte das constituições democráticas, a Constituição brasileira carrega traços do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre igualdade e a liberdade.

É com esse espírito que o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V da Carta deve ser compreendido.

O §2º do artigo 20 da Lei 8742/1993, define pessoa com deficiência como 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.

O conceito adotado pela ONU (Organização das Nações Unidas), na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ingressou formalmente no ordenamento pátrio com a ratificação desta Convenção e promulgado pelo Decreto nº 6.949/2009. Em 2015, com a Lei 13.146/2015, o conceito de pessoa com deficiência foi ampliado. A norma preceitua que as barreiras limitadoras não precisam ser "diversas", não precisam se "somar", bastando a presença de única limitação. Ao mesmo tempo, verifica-se que as limitações de que trata a Lei atual ampliam a noção de incapacidade pura e simples para o trabalho e para a vida independente, eis que devem ser considerados, também, para a perfeita análise da situação de vulnerabilidade do requerente, fatores sociais e o meio em que a pessoa com deficiência vive, isto é, um conjunto de circunstâncias capazes de impedir a integração justa, plena e igualitária na sociedade daquele que necessita de proteção social.

Nesse sentido, as avaliações de que trata o §6º do artigo 20, que sujeita a concessão do benefício às avaliações médica e social, devendo a primeira considerar as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo do requerente, e, a segunda, os fatores ambientais, sociais e pessoais a que está sujeito.

Insta salientar, ainda, que o fato de a incapacidade ser temporária não impede a concessão do benefício, nos termos da Súmula 48 da TNU:

> A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

No que diz respeito ao requisito socioeconômico, o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993, em linhas gerais, considera como hipossuficiente para consecução deste benefício pessoa cuja

renda por pessoa do grupo familiar seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Andou bem o legislador, ao incluir o § 11 no artigo 20, com a publicação da Lei 13.146/2015, normatizando expressamente que a comprovação da miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade do requerente possam ser comprovadas por outros elementos probatórios, além da limitação da renda per capita familiar.

Com efeito, cabe ao julgador avaliar o estado de necessidade daquele que pleiteia o benefício, consideradas suas especificidades, não devendo se ater à presunção absoluta de miserabilidade que a renda per capita sugere: Precedentes do C. STJ: AgRg no AREsp 319.888/PR, 1ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 03/02/2017; AgRg no REsp 1.514.461/SP, 2ª Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 24/05/2016; REsp 1.025.181/RS, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 29/09/2008).

Para efeito da mensuração da renda per capita, o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, instituído pelo Decreto nº 6.214/2017, definiu Grupo Familiar em seu artigo 4º, assim dispondo:

> Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:
> (...)
> V- família para cálculo da renda per capita: conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, 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;
> (...)

Mencionado artigo também normatizou, em seu inciso VI e §2º, as rendas que poderão ser excluídas no cômputo da renda familiar, bem como as que devem ser consideradas nesse cálculo, vejamos:

> (...)
> VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 19.
> (...)
> § 2º - Para fins do disposto no inciso VI do *caput*, não serão computados como renda mensal bruta familiar:
> I - benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária;
> II - valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;
> III - bolsas de estágio supervisionado;
> IV - pensão especial de natureza indenizatória e benefício de assistência médica, conforme disposto no art. 5º;
> V - rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS; e
> VI - rendimentos decorrentes de contrato de aprendizagem.
> (...)

Por fim, cabe uma última ponderação, que é a consideração feita ao artigo 19, mencionado no inciso VI do artigo supracitado:

> Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.
> Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

De acordo com esse artigo, se algum dos membros do Grupo Familiar receber igual benefício assistencial, referido benefício deve ser excluído da renda per capita familiar.

O STJ, em sede de Recurso Repetitivo, já sedimentou o entendimento de que a mesma regra deve ser aplicada, por analogia, também para quando houver benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo.

Vejamos:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI N. 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA PER CAPITA . IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.
> 1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.
> 2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.
> 3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008. (STJ, REsp nº 1.355.052/SP, Primeira Seção, Ministro Relator BENEDITO GONÇALVES, DJe 05/11/2015).

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO QUE FAÇA PARTE DO NÚCLEO FAMILIAR. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO). ENTENDIMENTO ASSENTADO NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.355.052/SP, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. 1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.355.052/SP, sob o regime dos recursos repetitivos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que: "Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93".
> 2. Agravo regimental não provido. ..EMEN:(STJ, AgRg no AResp 332.275/RS, 1ª Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 07/12/2015).

Nesse sentido, os julgados desta C. Corte Regional (7ª Turma, Ap 2015.03.99.030993-0, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, DJ 24/10/2016; 7ª Turma, Ap 2014.03.00.013459-1, Rel. Des. Fed. Toru Yamamoto, DJ 27/04/2017; 8ª Turma, ApReeNec2013.61.39.001566-7, Rel. Des. Fed. Tania Marangoni, e-DJF3 04/09/2017).

CASO CONCRETO

A incapacidade para o trabalho restou demonstrada de forma inequívoca nos autos.

Realizada a perícia médica, o *expert* do Juízo concluiu que a autora padece de psicose não orgânica; transtorno depressivo recorrente e episódio atual grave com sintomas psicóticos, tendo sido categórico no sentido de que os males que a acometem a incapacitem para o trabalho e não permitem que exerça qualquer atividade para que possa prover seu sustento.

Em resposta ao quesito 14 (a pessoa periciada está incapaz para o trabalho), o *expert* disse que sim e que a incapacidade é definitiva (fls. 48/60).

No quesito 15 respondeu que a incapacidade é total devido ao quadro confusional da periciada, com lapsos de memória.

Em resposta aos quesitos do Juízo asseverou que a incapacidade é parcial, para a vida independente no sentido de trabalhar, ir aos lugares necessários, organizar-se quanto a horários e localizações, conseguindo realizar auto cuidado como vestir-se, escovar dentes e tomar banho.

Por sua vez, o estudo social de fls. 35/40, realizado em 04/02/2017 comprova a situação de miserabilidade vivida pela autora, *verbis*:

> A visita domiciliar foi realizada na residência da senhora Ivonilda de Carvalho Barros, 62anos, solteira, na tarde do dia 04 de fevereiro de 2017, situada na Avenida Costa e Silva -651 -Coester. No local, conforme solicitado, foi feita uma entrevista com a requerente, seu curador e sua cunhada, todos residentes na casa. A requerente, que até menos de um ano residia em São Paulo, veio para Fernandópolis após ser irmão, que não via há mais de 20 anos, ir buscá-la. Na capital, ela vivia há cerca de seis meses como moradora de rua, passando fome e frio, desde que seu companheiro morreu. Bastante confusa e de pouca fala, Ivonilda não soube responder com clareza as perguntas, nem mesmo o motivo da morte do seu filho e do companheiro. Ela sofre de depressão e foi diagnosticada com distúrbios mentais. Na simples residência em que hoje vive com o irmão e cunhada, uma casa alugada pelo valor de R$380,00 (trezentos e oitenta reais), Ivonilda divide quarto com um sobrinho. O imóvel é bem simples, porém bem localizado. Composto por dois quartos, sala, cozinha e banheiro, com piso e telhão, casa toda fechada, bem organizada, apesar de ser bastante quente. A única fonte de renda da casa provém da aposentadoria do senhor José, irmão da requerente, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), valor esse que é dividido para o pagamento das contas de água e energia - em torno de R$ 200,00 (duzentos reais), somadas, alimentação-uma média de R$ 600,00 (seiscentos reais) e remédios que são utilizados por Ivonilda e seu irmão José, cerca de R$ 300,00 (trezentos reais), segundo relataram. Para complementar a renda, a senhora Antônia, cunhada da requerente, confecciona e vende pães, obtendo um faturamento estimado de R$150,00 (cento e cinquenta reais) por mês. O jovem Guilherme, 22 anos, segundo declarou seus avós, trabalha com serviços gerais, mas está parado há mais de cinco meses, não tendo, portanto, nenhum faturamento.

A assistente social, ao final, conclui:

> Com base na visita realizada foi possível constatar que a autora é aparentemente depressiva, de pouca fala e confusa. Vive hoje em um ambiente familiar graças a solidariedade do irmão que atirou das ruas de São Paulo, onde ela estava vivendo como andarilha, sem ninguém, e passando fome e frio. A requerente não dispõe de nenhum recurso próprio, vive de favor na casa, embora seja muito bem cuidada pelos familiares. Ela faz uso de medicamentos contínuos, parte não fornecida pela rede pública de saúde e que necessita ser comprada.

Portanto, comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício, a procedência da ação é de rigor.

TERMO INICIAL

Nos termos da jurisprudência pacífica do Eg. STJ, o termo inicial para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada é a data do requerimento administrativo ou, na sua ausência, a partir da citação.

Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CUSTAS DO PROCESSO IMPUTADAS À AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 178/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. É assente o entendimento do STJ no sentido de que, na existência de requerimento administrativo, este deve ser o marco inicial para o pagamento do benefício discutido.
> 2. Deve ser observada a Súmula 178/STJ, considerando que a ação fora ajuizada perante a Justiça Estadual.
> 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1617493/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017)

Vale destacar que a inconstitucionalidade do critério de correção monetária introduzido pela Lei nº 11.960/2009 foi declarada pelo Egrégio STF, ocasião em que foi determinada a aplicação do IPCA-e (RE nº 870.947/SE, repercussão geral).

Tal índice deve ser aplicado ao caso, até porque o efeito suspensivo concedido em 24/09/2018 pelo Egrégio STF aos embargos de declaração opostos contra o referido julgado para a modulação de efeitos para atribuição de eficácia prospectiva, surtirá efeitos apenas quanto à definição do termo inicial da incidência do IPCA-e, o que deverá ser observado na fase de liquidação do julgado.

E, apesar da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp repetitivo nº 1.495.146/MG), que estabelece o INPC/IBGE como critério de correção monetária, não é o caso de adotá-lo, porque em confronto com o julgado acima mencionado.

Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, portanto, aplicam-se, *(1) até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009*, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal; e, *(2) na vigência da Lei nº 11.960/2009*, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo Egrégio STF, no julgamento do RE nº 870.947/SE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam, *(2.1)* os juros moratórios serão calculados segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e *(2.2)* a correção monetária, segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença (Súmula nº 111/STJ).

No que se refere às custas processuais, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, tanto no âmbito da Justiça Federal (Lei nº 9.289/96, art. 4º, I) como da Justiça Estadual de São Paulo (Lei 9.289/96, art. 1º, § 1º, e Leis Estaduais nºs 4.952/85 e 11.608/2003).

Tal isenção, decorrente de lei, não exime o INSS do reembolso das custas recolhidas pela parte autora (artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.289/96), inexistentes, no caso, tendo em

conta a gratuidade processual que foi concedida à parte autora.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e, com fulcro no artigo 1.013, §3º, I, do CPC, julgo procedente o pedido e condeno o INSS a pagar à autora, o benefício denominado LOAS, no valor de um salário mínimo, a partir da citação, nos termos do expendido.

É o voto.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0020603-21.2018.4.03.9999

Apelante: VANDERLEI GARCIA DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE PROVA MÉDICO-PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA ANULADA.
- Depreende-se dos extratos do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fls. 55/57 que, em decorrência do falecimento de João da Silva, ocorrido em 08/04/1998, o INSS instituiu-lhe administrativamente o benefício previdenciário de pensão por morte (NB 21/1379302410), o qual esteve em vigor entre 08/04/1998 e 01/03/2016.
- O autor houvera sido submetido a processo de interdição, conforme sentença proferida em 22 de fevereiro de 2001, nos autos nº 902/99, os quais tramitaram pela 3ª Vara da Comarca de Penápolis - SP (fl. 12 e 128/129). Não obstante, postulou pelo levantamento da interdição, ao argumento de ter adquirido condições de exercer os atos da vida civil, cujo pedido foi acolhido, pela sentença proferida em 12 de janeiro de 2015 (fl. 194).
- De acordo com o que restou consignado pelo *expert* no laudo pericial realizado naqueles autos (fls. 179/181), com data de 28 de março de 2014, conquanto o autor tivesse recuperado sua capacidade, não poderia, em razão da natureza da enfermidade (transtorno esquizoafetivo - CID X F 25), dispor de acompanhamento psiquiátrico regular.
- Na exordial aduz ter pleiteado a cessação administrativa do benefício de pensão por morte, mas que isso decorreu de um surto psicótico, o que poderia ser comprovado através de perícia médica.
- A produção de prova médico-pericial torna-se indispensável ao deslinde da causa, a fim de se aferir se, no momento em que o postulante requereu o cancelamento administrativo do benefício, se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais.
- O julgamento antecipado da lide, quando necessária a produção de provas ao deslinde da causa, implica em cerceamento de defesa, ensejando a nulidade da sentença proferida.
- Matéria preliminar e parecer do Ministério Público Federal acolhidos.
- Sentença anulada.

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 a matéria preliminar suscitada pela parte autora e o parecer do Ministério Público Federal, a fim de anular a sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante

do presente julgado.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada por VANDERLEI GARCIA DA SILVA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário de pensão por morte (NB 21/1379302410).

A r. sentença proferida às fls. 260/261 julgou improcedente o pedido.

Em razões recursais de fls. 264/269, pugna a parte autora, preliminarmente, pela anulação da sentença, em decorrência de cerceamento de defesa, caracterizado pelo julgamento antecipado da lide, sem que lhe tivesse sido propiciada a produção de prova médico-pericial. No mérito, requer a procedência do pedido, com o imediato restabelecimento da pensão por morte.

Sem contrarrazões.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 275/276, em que se manifesta pela anulação da sentença, com o retorno dos autos à primeira instância, para a produção de prova pericial, a fim de se aferir se o autor estava no gozo de suas faculdades mentais, no momento em que pleiteou o cancelamento administrativo da pensão, conforme alegado na exordial.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Sustenta a parte autora sua dependência econômica em relação ao falecido genitor, na condição de filho inválido.

Depreende-se dos extratos do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV de fls. 55/57 que, em decorrência do falecimento de João da Silva, ocorrido em 08/04/1998, o INSS instituiu-lhe administrativamente o benefício previdenciário de pensão por morte (NB 21/1379302410), o qual esteve em vigor entre 08/04/1998 e 01/03/2016.

O autor houvera sido submetido a processo de interdição, conforme sentença proferida em 22 de fevereiro de 2001, nos autos nº 902/99, os quais tramitaram pela 3ª Vara da Comarca de Penápolis - SP (fl. 12 e 128/129).

Não obstante, consoante se verifica da petição de fls. 158/159, com data de 07/03/2013, postulou pelo levantamento da interdição, ao argumento de ter adquirido condições de exercer os atos da vida civil, cujo pedido foi acolhido, pela sentença proferida em 12 de janeiro de 2015 (fl. 194).

De acordo com o que restou consignado pelo *expert* no laudo pericial realizado naqueles autos (fls. 179/181), com data de 28 de março de 2014, conquanto o autor tivesse recuperado sua capacidade, não poderia, em razão da natureza da enfermidade (transtorno esquizoafetivo

- CID X F 25), dispor de acompanhamento psiquiátrico regular.

Na exordial aduz ter pleiteado a cessação administrativa do benefício de pensão por morte, mas que isso decorreu de um surto psicótico, o que poderia ser comprovado através de perícia médica.

Preceituam os arts. 370 e 355, I do Código de Processo Civil (CPC 2015), respectivamente, que:

> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
> Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
>
> Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:
> I - não houver necessidade de produção de outras provas.

In casu, aplicável a exegese dos referidos dispositivos legais, uma vez que a produção de prova médico-pericial torna-se indispensável ao deslinde da causa, a fim de se aferir se, no momento em que o postulante requereu o cancelamento administrativo do benefício, se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais.

Assim, o julgamento antecipado da lide, quando necessária a produção de provas ao deslinde da causa, implica em cerceamento de defesa, ensejando a nulidade da sentença proferida.

Nesse contexto, impositivo, pois, remeter-se a demanda ao juízo *a quo*¸ para regular processamento do feito, com a produção de prova médico-pericial.

Ante o exposto, *acolho a matéria preliminar suscitada pela parte autora e o parecer do Ministério Público Federal e anulo a r. sentença recorrida*, determinando a remessa dos autos à Vara de origem, para seu regular processamento.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5000538-63.2018.4.03.6136

Apelante: TANIA MARIA MAZININI
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA DE PROFESSOR. EXCLUSÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.
- Cuida-se de pedido de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professor, com a exclusão do fator previdenciário.
- A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.
- O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
- Assim, tem-se que, o benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.
- A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição.
- Portanto, não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.
- Apelo da parte autora improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de março de 2019.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI:

Cuida-se de pedido de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professor, com a exclusão do fator previdenciário.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora sustentando, em síntese, que faz jus a aposentadoria por tempo de serviço, como professora, de acordo com o artigo 56, da Lei nº 8.213/91, sem a incidência do fator previdenciário.

Recebido e processado o recurso, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL *TÂNIA MARANGONI*:

A questão em debate consiste na possibilidade de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, como professora, que percebe desde 26/04/2010, com a exclusão do fator previdenciário.

Inicialmente, é importante ressaltar que a aposentadoria por tempo de serviço, como professor, não se confunde com a aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91.

A aposentadoria especial é devida, desde que cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Por sua vez, a aposentadoria por tempo de serviço de professor disciplinada no artigo 202, inciso III, da Constituição Federal, em sua redação original, estabelece que é garantida a aposentadoria após 30 (trinta) anos, ao professor, e após 25 (vinte e cinco), à professora, por efetivo exercício de função de magistério.

De se observar que, o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a matéria dispôs, em seu artigo 59, que se entende como de efetivo exercício em funções de magistério: I) a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, autorizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.

A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.

O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Assim, tem-se que, o benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.

Neste sentido, destaco:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. DESCONFIGURADO O CARÁTER ESPECIAL DO BENEFÍCIO. MAGISTÉRIO EDUCAÇÃO INFANTIL E NO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO. CÁLCULO DA RMI. FATOR PREVIDENCIÁRIO. APLICABILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA ("PER RELATIONEM"). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.

1. Trata-se de apelação cível de sentença que julgou improcedente o pedido formulado pela parte autora de revisão de sua aposentadoria, de professor do ensino fundamental, de modo a considerá-la como benefício de natureza especial, afastando do seu cálculo a aplicação do fator previdenciário.

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. Desta feita, observada a harmonia da sentença com o entendimento deste colegiado, tomam-se por empréstimo suas razões de decidir.

3. (...) Ocorre que hoje, na Lei nº 8.213/91, sob cuja égide foi concedido o benefício em apreço, os artigos 52 e 56 tratam da aposentadoria por tempo de serviço. Dentre eles, o artigo 56, na subseção que trata da aposentadoria por tempo de serviço, há regras quanto ao tempo de serviço para a concessão da aposentadoria ao professor - 30 anos para o professor homem, e 25 anos para a professora mulher, sempre de tempo de efetivo exercício do magistério -. Já a aposentadoria especial está disciplinada nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91. 4. Consoante o disposto no artigo 56 da Lei 8.213/91 e no § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, a atividade de professor deixou de ser considerada especial para ser contemplada com regra excepcional, em que se exige um tempo de serviço menor em relação a outras atividades, desde que se comprove o trabalho efetivo nessa condição. 5. Decerto, a atividade de professor era tratada como especial antes da Emenda Constitucional nº 18/81, nos termos do Dec. 53.831/64. É que com a Emenda Constitucional nº 18/81 os critérios para a aposentadoria especial dos professores restaram fixados pela Constituição Federal, estando revogadas as disposições do Decreto 53.831/64. Dessa forma, apenas ao trabalho realizado no período pretérito à EC 18/81 aplica-se o Decreto nº 53.831/64, que previa a atividade profissional de magistério (professores) como penosa (item 2.1.4 do Anexo). 6. Na vigência da Emenda Constitucional nº 18/81 e nas alterações constitucionais posteriores, a atividade de professor possui tempo diferenciado de aposentadoria, que não se confunde mais, porém, com a atividade especial/insalubre. Veio a Constituição Federal a prever diferente tempo para a aposentadoria de professor (30/25 anos), que deverá ser integralmente nessa condição prestado. 7. Por outro lado, o fator previdenciário foi introduzido pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que deu nova redação ao artigo 29, da Lei 8.213/91, consistindo em coeficiente a ser aplicado para apuração do salário de benefício e, conseqüentemente, da renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição. 8. No caso concreto, consoante a Carta de Concessão/Memória de Cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, observa-se que a aposentadoria da autora foi concedida em 18/08/2008, portanto na vigência da Lei nº 9.876/99, que estabelece o cálculo do benefício com utilização da média dos 80% dos maiores salários-de-contribuição, contidas no período compreendido entre julho/94 a maio/2001, e com a aplicação do fator previdenciário . 9. Descaracterizada a atividade de professor como especial, não há como afastar a aplicação do fator previdenciário do cálculo da RMI da aposentadoria desta categoria, cuja atividade é considerada comum. Na verdade, ficou assegurado aos professores o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, com a redução do tempo de serviço, apenas àqueles que comprovarem o exclusivo exercício do magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Precedente do STJ: (AgRg no AREsp 477.607/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014). Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, AC 08016965520134058100, Primeira Turma, data da decisão: 25/09/2014, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena).

É importante ressaltar que, o pedido de exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício, não merece prosperar.

A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, *in verbis*:

> Art. 29. O salário-de-benefício consiste:
> I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
> (...)
> § 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante no Anexo desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26/11/1999)
> § 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)
> § 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário , ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)
> I - 5 (cinco) anos, quando se tratar de mulher;
> II - 5 (cinco) anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;
> III - 10 (dez) anos, quando se tratar de professor a que comprove exclusivamente o exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.
> 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3o da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das

impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.
2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1o e 7o, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201.
3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.
4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.
5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.
6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar.
(STF - ADI-MC 2111 - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - julgamento em 16.03.2000 - rel. Min. Sydney Sanches)

Não é diverso o entendimento adotado por esta E. Corte, conforme julgados que destaco:

PREVIDENCIARIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO . CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.
II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.
V - Apelação da parte autora improvida.

(TRF - 3ª Região - AC 200961030000328 - AC - Apelação Cível - 1426209 - Décima Turma - DJF3 CJ1 data: 13/04/2010, pág.: 1617 - rel. Juiz Sérgio Nascimento)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO
- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.
- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo *caput* do artigo 201 da CF/88.
- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).
-Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- Agravo legal desprovido.
(TRF - 3ª Região - AC 200961830073600 - AC - Apelação Cível - 1476282 - Sétima Turma - DJF3 CJ1 data:17/03/2010, pág.: 600 - rel. Juíza Eva Regina).

Portanto, não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.

Pelas razões expostas, *negar provimento à apelação da parte autora.*

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
5004190-66.2018.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: MAURO ZUCOLIN
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC. AUXÍLIO-DOENÇA. PAGAMENTO DO BENEFÍCIO NOS PERÍODOS EM QUE O SEGURADO EXERCEU ATIVIDADE LABORATIVA REMUNERADA. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.
1 - A princípio, o exercício de atividade laborativa é incompatível com o recebimento do benefício por incapacidade. Contudo, diante do indeferimento do pedido de benefício por incapacidade, o exercício de atividade laborativa pelo segurado não configura, por si só, a recuperação da capacidade laborativa, mas sim uma necessidade para garantir a própria sobrevivência no curso do processo. Aliás, foi justamente esse o entendimento adotado pelo r. julgado rescindendo para determinar o pagamento do benefício mesmo nos períodos em que a parte autora (ora réu) exerceu atividade laborativa remunerada. Diante disso, não seria correto punir a parte que teve que se sacrificar para continuar trabalhando, mesmo não tendo totais condições para tanto.
2 - Verifica-se que o julgado rescindendo apenas optou por uma solução possível para o caso, adotando o entendimento majoritário desta E. Corte, no sentido de permitir o pagamento do benefício de auxílio-doença mesmo nos períodos em que o segurado exerceu atividade remunerada.
3 - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita ou ao afastamento de sua incidência no caso, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF.
4 – Ação Rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada em 07/03/2018 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 966, inciso V (violação de norma jurídica) do Código

de Processo Civil, em face de MAURO ZUCOLIN, objetivando a desconstituição parcial da decisão que concedeu à parte autora (ora réu) o benefício de auxílio-doença desde a cessação administrativa.

Alega o INSS que o r. julgado em questão incorreu em violação ao artigo 60, §6º, da Lei nº 8.213/91, ao determinar o pagamento do benefício mesmo nos períodos em que comprovadamente houve o desempenho de atividade laborativa. Pleiteia o INSS a antecipação da tutela para suspender a execução do julgado até o julgamento da presente ação rescisória. Por fim, requer a rescisão do v. acórdão rescindendo, face à violação literal a dispositivo federal, para que seja julgado improcedente o pedido.

Foi indeferida a antecipação de tutela.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação, alegando a inexistência de violação à norma jurídica, uma vez que o r. julgado rescindendo concluiu pela procedência do pedido, após análise das provas produzidas na ação originária. Afirma também que o fato da pessoa ter contribuído perante o INSS não significa que ela esteja exercendo atividade remunerada, mas o fez para não perder sua qualidade de segurado. Alega ainda que a possibilidade de melhora do seu estado de saúde e obtenção de novo emprego, se vier a ocorrer de fato, não constitui obstáculo à concessão do benefício, o qual pode vir a ser suspenso, dentro do devido processo legal, se o Requerido lograr êxito em se reinserir no mercado de trabalho. Por tais razões, requer seja a presente demanda julgada improcedente. Subsidiariamente, requer seja afastada qualquer obrigação de restituição dos valores já recebidos a título de benefício previdenciário concedido pelo julgado rescindendo. Requer, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Foram concedidos os benefícios da justiça gratuita ao ora réu.

O INSS apresentou réplica.

O INSS e a parte ré apresentaram suas razões finais.

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar no presente processo.

É o Relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Inicialmente, verifico que o v. acórdão rescindendo transitou em julgado em 16/10/2017. Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 07/03/2018, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 975 do CPC.

O INSS fundamenta sua pretensão com base no artigo 966, V, do CPC:

> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> V - violar manifestamente norma jurídica.

Consoante comentário ao referido dispositivo legal, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, o qual traz lição de Pontes de Miranda

e Barbosa Moreira: "Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc".

Desta feita, a norma ofendida não precisa necessariamente ser veiculada por lei, para admissão do litígio rescisório.

Todavia, para a viabilidade da ação rescisória fundada no art. 966, V, do CPC de 2015, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art, 485, inc. V, do CPC).

O ora réu ajuizou a ação originária, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

O v. acórdão rescindendo pronunciou-se nos seguintes termos:

> (...)
> Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho.
> O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida.
> A apelação sustenta que não houve preenchimento do requisito incapacidade.
> De acordo com o laudo pericial (fls. 85/90), o(a) autor(a), nascido(a) em 1975, é portador(a) de "patologia discal da coluna vertebral lombar que causa lombociatalgia esquerda, parestesias, perda de força muscular, perde de equilíbrio; determinando incapacidade laborativa total, omniprofissional e temporária".
> Correta a concessão do auxílio-doença.
> Nesse sentido:
> "PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PERÍODO DE CARÊNCIA. INEXIGÊNCIA.
> - O benefício do auxílio-doença deve ser concedido ao segurado, desde que comprovada a incapacidade total e temporária para o desempenho de suas atividades, não se lhe aplicando a exigência do período de carência de contribuições, 'ex vi' do art. 26, II da Lei 8.213/91.
> - Recurso especial não conhecido".
> (STJ, 6ª Turma, RESP 177841, DJ 21/09/1998, p.00253, Rel. Min. Vicente Leal).
> Quanto ao termo inicial do benefício, de acordo com laudo pericial a suspensão administrativa do auxílio-doença ocorreu de forma indevida, pois não houve alteração do quadro clínico. A manutenção da atividade habitual ocorre porque a demora na implantação do benefício previdenciário, na esfera administrativa ou judicial, obriga o(a) trabalhador(a), apesar dos problemas de saúde incapacitantes, a continuar a trabalhar para garantir a subsistência, colocando em risco sua integridade física e agravando suas enfermidades. Portanto, o benefício é devido também no período em que o autor exerceu atividade remunerada. Sendo assim, deve ser fixado na data da cessação administrativa (fl. 29 - 17/07/2012).
> Devem ser descontadas as parcelas pagas a título de auxílio-doença.
> As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária desde os respectivos vencimentos.
> A correção monetária será aplicada nos termos da Lei n. 6.899/91 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, observado o disposto na Lei n. 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n. 870.947).
> Os demais consectários legais não foram objeto de impugnação.

DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO para fixar o termo inicial do benefício na data da cessação administrativa (17/07/2012).
É como voto.

Afirma o INSS que o v. acórdão rescindendo teria incorrido em violação de lei, ao determinar o pagamento do benefício de auxílio-doença mesmo nos períodos em que o autor (ora réu) exerceu atividade remunerada.

In casu, o r. julgado rescindendo concedeu ao ora réu o auxílio-doença desde a cessação do benefício na via administrativa (17/07/2012).

Ocorre que o ora réu recebeu remuneração nos períodos de julho/2012 a setembro/2012, de janeiro/2013 a fevereiro/2013 e de maio/2013 a agosto/2013, conforme demonstrado no extrato do CNIS trazido pelo INSS.

De fato, a princípio, o exercício de atividade laborativa é incompatível com o recebimento do benefício por incapacidade. Contudo, diante do indeferimento do pedido de benefício por incapacidade, o exercício de atividade laborativa pelo segurado não configura, por si só, a recuperação da capacidade laborativa, mas sim uma necessidade para garantir a própria sobrevivência no curso do processo.

Aliás, foi justamente esse o entendimento adotado pelo r. julgado rescindendo para determinar o pagamento do benefício mesmo nos períodos em que a parte autora (ora réu) exerceu atividade laborativa remunerada.

Diante disso, não seria correto punir a parte que teve que se sacrificar para continuar trabalhando, mesmo não tendo totais condições para tanto.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. CONCESSÃO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DURANTE O PERIODO DO BENEFÍCIO. DESCONTO. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JF. JULGAMENTO PELO STF DO RE 870.947. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ.
1. Os requisitos da aposentadoria por invalidez estão previstos no artigo 42, da Lei nº 8.213/91, a saber: constatação de incapacidade total e permanente para o desempenho de qualquer atividade laboral; cumprimento da carência; manutenção da qualidade de segurado.
2. No caso dos autos, a perícia médica constatou incapacidade laborativa total e permanente em razão de cirrose hepática, hipertensão portal e varizes esofágicas por consequência da hepatite C e desnutrição protéico-calórica, a partir de 18/12/2014. O recolhimento de contribuições à Previdência não infirma a conclusão do laudo pericial de incapacidade para o trabalho. Muitas vezes eventual atividade laborativa ocorre pela necessidade de subsistência, considerado o tempo decorrido até a efetiva implantação do benefício.
3. Não há se falar, assim, em desconto das prestações correspondentes ao período em que a parte autora tenha recolhido contribuições à Previdência Social, após a data do termo inicial, eis que a parte autora foi compelida a laborar, ainda que não estivesse em boas condições de saúde.
4. Com relação à correção monetária e juros de mora, vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos

para Cálculos da Justiça Federal.
5. A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR, também para a atualização da condenação.
6. Honorários advocatícios devidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a prolação da sentença, nos termos do enunciado da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.
7. Apelação do INSS parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2209106 - 0002132-35.2015.4.03.6127, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 13/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DA BENESSE.
I- Ante o agravamento do estado de saúde da autora, cabível a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, reconhecendo-se a inviabilidade de seu retorno ao trabalho e, ainda, a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
II-Infere-se que desempenhou atividade laborativa, por necessidade de sobrevivência, não havendo de se cogitar sobre eventual desconto dos períodos em que houve percepção de remuneração salarial.
III-O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez deve ser fixado a contar da data do segundo laudo pericial (30.03.2016).
IV-Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor das prestações vencidas até a presente data, uma vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo "a quo", nos termos da Súmula 111 do STJ e de acordo com entendimento firmado por esta 10ª Turma.
V-Determinada a implantação imediata do benefício de aposentadoria por invalidez, com data de início - DIB em 30.03.2016, e renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.
VI-Apelação da parte autora parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2301119 - 0011334-55.2018.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 19/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2018)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. INCAPACIDADE. QUALIDADE DE SEGURADO. TERMO INICIAL. RECOLHIMENTOS POSTERIORES. CONTRIBUIÇÃO INDIVIDUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MULTA
I - Aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, 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.
II - Tendo em vista as patologias apresentadas pela autora, revelando sua incapacidade total e permanente para o labor, bem como idade (69 anos) e sua atividade laborativa habitual (faxineira), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91, incluído o abono anual.
III - Termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez fixado na data da citação (29.06.2016; fl. 39), em consonância com o decidido pelo RESP nº 1.369.165/SP, DJ. 07.03.2014, Rel. Min. Benedito Gonçalves, e tendo em vista a resposta ao quesito nº 14; do laudo.

IV - O fato de a autora possuir recolhimentos posteriores não impede a concessão do benefício em comento, tendo em vista que muitas vezes o segurado, ainda que incapacitado, objetiva manter sua condição de segurado, não se cogitando sobre eventual desconto do período em que verteu contribuições à Previdência Social.
V - Mantidos os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma, conforme previsto no art. 85, § 11, do Novo CPC.
VI - Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.
VII - Apelação do INSS provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.
(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2279318 - 0037706-75.2017.4.03.9999, Rel. JUÍZA CONVOCADA SYLVIA DE CASTRO, julgado em 13/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2018)

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA - DEMONSTRADA A INCAPACIDADE LABORAL - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - DATA DE CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS - PRELIMINAR REJEITADA - APELO IMPROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.
1. Por ter sido a sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e, em razão de sua regularidade formal, conforme certificado nos autos, a apelação interposta deve ser recebida e apreciada em conformidade com as normas ali inscritas.
2. Para a obtenção da aposentadoria por invalidez, deve o requerente comprovar, nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/91, o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.
3. Para a obtenção do auxílio-doença, deve o requerente comprovar, nos termos do artigo 59 da Lei nº 8.213/91, o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade laboral por mais de 15 (quinze) dias.
4. NO CASO DOS AUTOS, o exame médico, realizado pelo perito oficial em 04/08/2015, concluiu que a parte autora, vendedora, idade atual de 66 anos, está incapacitada para o exercício da atividade laboral, como se vê do laudo oficial.
5. Ainda que o magistrado não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem os artigos 436 do CPC/73 e artigo 479 do CPC/2015, estas devem ser consideradas, por se tratar de prova técnica, elaborada por profissional da confiança do Juízo e equidistante das partes.
6. O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que falar em realização de nova perícia judicial. Atendeu, ademais, às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados, e levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos.
7. O INSS, ao impugnar o laudo oficial, não apresentou qualquer documento técnico idôneo capaz de infirmar as suas conclusões.
8. Restou incontroverso, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
9. Presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, vez que restaram demonstrados a condição de segurada da parte autora, o cumprimento da carência exigida por lei e a sua incapacidade para o exercício da atividade laborativa, era de rigor a concessão do

benefício de auxílio-doença.
10. Não há provas, nos autos, de que a autora continuou trabalhando, não sendo suficiente para tanto os recolhimentos efetuados como contribuinte individual.
11. E, ainda que estivesse, do fato de a parte autora continuar trabalhando não se deduz que esteja válida para o trabalho, visto que a sua incapacidade laboral restou comprovada através de prova técnica. É de se presumir que o retorno ao trabalho se deu por questões de sobrevivência, em que pesem as suas condições de saúde. (Precedentes da e. 7ª Turma, AC Nº 0031573-95.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, DE 31/08/2017)
12. Restou incontroverso, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91, como se vê do extrato CNIS em anexo.
13. Presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício, vez que restaram demonstrados a condição de segurada da parte autora, o cumprimento da carência exigida por lei e a sua incapacidade para o exercício da atividade laborativa, era de rigor a concessão do benefício de auxílio-doença.
14. O termo inicial do benefício deve ser fixado, em regra, à data do requerimento administrativo ou, na hipótese de restabelecimento, à data da cessação indevida.
15. No caso, a autora não recebia auxílio-doença, do que se conclui que a fixação do termo inicial do benefício à data da cessação constitui erro material, que pode e deve ser corrigido de ofício.
16. Relativamente ao termo final do benefício, não poderia a sentença fixar uma data para a cessação do auxílio-doença, medida que se assemelha ao procedimento conhecido como "alta programada", que a jurisprudência firmada nesta Egrégia Corte vem entendendo ser indevida. Na verdade, o termo "ad quem" do benefício deverá ser aquela data em que se verificar a plena capacidade da parte autora para a sua atividade habitual, devendo ela ser submetida a exames periódicos junto ao INSS, nos termos do artigo 60, parágrafo 10, da Lei nº 8.213/91.
17. Quanto aos valores do benefício devidos no período em que o segurado manteve vínculo empregatício e recebeu remuneração, é de se adotar o entendimento consolidado nesta Colenda Turma, no sentido de que, "premido a laborar, diante do direito vilipendiado e da necessidade de sobrevivência, com recolhimentos ao RGPS, não se pode admitir a penalização do segurado com o desconto dos valores do benefício devido no período em que perdurou o contrato de trabalho. Até porque, nessas circunstâncias, tal raciocínio serviria de estímulo ao mercado informal de trabalho, absolutamente censurável e ofensivo à dignidade do trabalhador, eis que completamente à margem da fiscalização estatal, o que implicaria, inclusive, em prejuízo ao erário e ao custeio do regime" (AC Nº 0031573-95.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, DE 31/08/2017).
18. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, e, após, considerando a natureza não-tributária da condenação, os critérios estabelecidos pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 870.947/PE, realizado em 20/09/2017, na sistemática de Repercussão Geral, quais sejam: juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009; e correção monetária segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.
19. Não tendo a sentença fixado os critérios a serem observados, pode esta Corte fazê-lo, inclusive de ofício, para adequar o julgado ao entendimento adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.
20. Vencido o INSS, a ele incumbe o pagamento de honorários advocatícios, mantidos em 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença (Súmula nº 111/STJ), até porque

moderadamente arbitrados pela decisão apelada.
21. Somente existiria razão de ser na fixação verba honorária da parte autora se esta restasse vencida, o que não é o caso, sendo acerto, ademais, que sua execução, de qualquer maneira, estaria suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015, por ser ela beneficiária da assistência judiciária gratuita.
22. Preliminar rejeitada. Apelo improvido. Sentença reformada em parte.
(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2239948 - 0014757-57.2017.4.03.9999, Rel. JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, julgado em 26/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/03/2018)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NÃO CARACTERIZADAS. ESCLARECIMENTOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.
1 - No v. acórdão embargado não se vislumbram omissões; no entanto, de rigor o registro, a título de esclarecimentos, da fundamentação relativa ao desconto no valor do benefício por incapacidade do período em que a parte autora exerceu atividade laborativa e à correção monetária.
2 - A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstando a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade. Posicionamento de acordo com precedente da 3ª Seção desta e. Corte, que rechaça expressamente a possibilidade de desconto nos períodos em que houve contribuição previdenciária pela parte autora.
3 - A correção monetária deve ser aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente (conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal), observados os termos da decisão final no julgamento do RE n. 870.947, Rel. Min. Luiz Fux.
4 - Embargos de declaração parcialmente acolhidos para o fim de consignar os esclarecimentos declinados, integrando a decisão embargada.
(TRF 3ª Região, NONA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2238347 - 0013970-28.2017.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, julgado em 11/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2018)

Sendo assim, verifica-se que o julgado rescindendo apenas optou por uma solução possível para o caso, adotando o entendimento majoritário desta E. Corte, no sentido de permitir o pagamento do benefício de auxílio-doença mesmo nos períodos em que o segurado exerceu atividade remunerada.

No mais, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita ou ao afastamento de sua incidência no caso, desautoriza a propositura da ação rescisória, a teor da Súmula n. 343 do STF, que assim dispõe:

> Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Logo, o entendimento esposado pelo v. acórdão rescindendo não implicou violação aos artigos mencionados pelo INSS, mostrando-se descabida a utilização da ação rescisória com fulcro no inciso V, do artigo 966, do CPC.

Diante disso, não se prestando a demanda rescisória ao reexame da lide, ainda que para correção de eventual injustiça, entendo não estar configurada hipótese de rescisão do julgado

rescindendo, nos termos do artigo 966, V, do CPC.

Dessa forma, depreende-se que com a utilização da presente rescisória objetiva o demandante, em última análise, obter a revisão do julgado, o que é vedado em sede de ação rescisória.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Terceira Seção:

> AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. VIOLAÇÃO MANIFESTA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRESUNÇÃO DE CAPACIDADE LABORATIVA PELO SIMPLES EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTO DO PERÍODO LABORADO, APÓS TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO STF. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. SOLUÇÃO BASEADA NO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. AÇÃO IMPROCEDENTE.
> 1. O pleito concernente à rescisão da decisão rescindenda com fundamento na existência de documento novo está atingido pelos efeitos da preclusão produzida no bojo da presente demanda, eis que, em face da decisão que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, o Instituto autor não interpôs o recurso cabível. Assim, o julgamento da ação rescisória deve considerar, tão somente, fundamentos elencados pelo Instituto autor, em seu aditamento à exordial, remanescendo, por ora, a análise das alegações quanto à existência de violação literal à disposição de lei, bem como de erro de fato.
> 2. A alegação defensiva de ausência de interesse de agir, fundamentada na existência de incapacidade laborativa do autor, confunde-se com o mérito da presente demanda, razão pela qual será com ele apreciado.
> 3. A rescisória é ação que objetiva derrubar a coisa julgada já formada. Busca impugnar decisão atingida pela coisa julgada material. Passada em julgado e a salvo de qualquer recurso. Sua finalidade não é rescindir todo e qualquer julgado. As hipóteses são restritas e taxativas, por se estar diante da autoridade da coisa julgada, de decisão que produziu, a todas as luzes, eficácia completa.
> 4. Para a maciça doutrina processual, violar literal disposição de lei significa desbordar por inteiro do texto e do contexto legal, importando flagrante desrespeito à lei, em ter a sentença de mérito sido proferida com extremo disparate, completamente desarrazoada.
> 5. É inadmissível a desconstituição do julgado com base em mera injustiça, em interpretações controvertidas, embora fundadas. A rescisória não se confunde com nova instância recursal. Exige-se mais, que o posicionamento adotado desborde do razoável, que agrida a literalidade ou o propósito da norma.
> 6. O INSS alega violação à literal disposição de lei pela r. decisão rescindenda, porquanto, consoante comprovam os documentos apresentados por ocasião da lide originária, bem como as informações constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, o réu vem exercendo atividade laborativa e recebendo remunerações, sem interrupções, desde 01/09/1987, junto à Prefeitura Municipal de Pinhalzinho. Segundo a autarquia, está comprovado que, mesmo após o termo inicial do benefício fixado na decisão rescindenda (20/09/2008), o réu não preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, caracterizando-se, portanto, a existência de violação à literalidade dos arts. 42, 46, 115 e 124, I, todos da Lei 8.213/91; aos arts. 884 a 886 do Código Civil, bem como ao art. 37 da Constituição Federal.
> 7. A questão concernente ao exercício de atividade laborativa pelo autor, por ocasião do ajuizamento da presente demanda, estava comprovada pelo registro em CTPS colacionado aos autos, tendo sido, inclusive, objeto de alegação defensiva pelo INSS, em sua contestação. A decisão rescindenda, ao elencar os documentos colacionados pelo autor, dentre eles, o registro em CTPS, claramente pontuou pela inexistência de impugnação quanto à sua veracidade, pela autarquia. Não obstante a comprovação ora relatada, o que se verifica é que o Juízo da lide

originária, fundamentando-se nas provas produzidas sob o crivo do contraditório, sobretudo, a perícia judicial, concluiu pela presença dos requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.
8. O simples exercício de atividade laborativa, após o termo inicial do benefício, não conduz à presunção quanto à existência de capacidade laborativa. Sobre a questão, há precedentes neste Tribunal pontuando expressamente que não é possível a presunção de existência de capacidade laborativa, pelo simples fato de autor ter exercido atividade laborativa, após o termo inicial do benefício, já que o mais provável é que ele, mesmo incapaz, tenha sido compelido a continuar exercendo suas atividades laborativas, a fim de prover sua própria subsistência.
9. O tema concernente à necessidade de desconto das prestações correspondentes ao período em que a parte autora tenha recolhido contribuições à Previdência Social, após a data do termo inicial, é objeto de divergência jurisprudencial, existindo entendimento firmado no âmbito desta Corte no sentido de que não prospera o desconto em referência, eis que a manutenção do vínculo empregatício decorreu do estado de necessidade do segurado.
10. Ausentes os requisitos para a desconstituição do julgado, com lastro no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973 (atualmente abrangido pelas disposições do art. 966, V, do CPC de 2015), pois não houve violação aberrante ao sistema jurídico pátrio, verificável "primo ictu oculi", pela r. decisão rescindenda, aplicando-se ao caso a Súmula 343 do STF.
11. O erro de fato conduz a uma sentença injusta, pois decorre de uma apreciação equivocada dos fatos. "O erro de fato deve ser apurável mediante o simples exame dos documentos e das demais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente. Esse pressuposto, já identificado pela doutrina produzida pelo CPC-1973, foi expressamente consagrado no inciso VIII do art. 966, que exige que o erro de fato seja 'verificável do exame dos autos.' (Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, Editora Jus Podivm, 13ª edição, págs. 506 /507).
12. No caso dos autos, com base no livre convencimento motivado do juiz, a sentença entendeu pela prevalência do teor da prova pericial, que atestou a existência de incapacidade laborativa parcial e permanente, além de ter considerado as condições pessoais e sociais do autor para concluir pela natureza total da incapacidade. Em sua fundamentação, o Juízo *a quo* considerou a existência dos documentos comprobatórios da existência de vínculo empregatício ativo. Contudo, tais documentos não foram capazes de afastar a conclusão pericial quanto à existência de incapacidade laborativa, não se verificando, portanto, a ocorrência de erro de fato apto a alterar a conclusão do julgado.
13. Ação julgada improcedente.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 8079 - 0013844-12.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 28/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2017)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO DE SALÁRIO E BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
I - A expressão "violar literal disposição de lei" está ligada a preceito legal de sentido unívoco e incontroverso, merecendo exame cuidadoso em prol da segurança e estabilidade das decisões judiciais.
II - Sustenta a Autarquia Federal violação ao disposto nos artigos 59, *caput*, 60 *caput* e 42, *caput*, todos da Lei nº 8.213/91, porque o réu trabalhou após o ajuizamento da demanda originária, não comprovando a incapacidade para o labor. Diante da impossibilidade de cumulação de salário e benefício previdenciário, devem ser descontados os períodos em que o réu exerceu atividade laborativa.
III - Julgado rescindendo concluiu pela concessão da aposentadoria por invalidez, porque

analisando os autos originários entendeu que o réu estava incapacitado total e permanente para o trabalho.
IV - Entendeu também que o fato de o autor da ação originária ter dado continuidade ao trabalho, mesmo após o ajuizamento da demanda, não afastaria o direito à concessão do benefício, porque muito provavelmente tenha laborado por não possuir outra fonte de renda para garantir sua própria subsistência, enquanto aguardava o julgamento do seu processo.
V - Decisão proferida segundo o princípio do livre convencimento motivado, amparado pelo conjunto probatório, e recorrendo a uma das soluções possíveis.
VI - Comprovada a incapacidade para o trabalho, não restou configurada a violação aos dispositivos de lei apontados, sendo devido o benefício de aposentadoria por invalidez, sem o desconto das prestações correspondentes ao período laborado.
VII - O entendimento esposado pelo julgado rescindendo não implicou em violação a literal disposição de lei, nos termos do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.
VIII - Rescisória julgada improcedente. Honorários advocatícios fixados em R$750,00 (setecentos e cinquenta reais), de acordo com o entendimento desta E. Terceira Seção.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9024 - 0033789-48.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 09/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/10/2014)

A par das considerações, não se concretizou a hipótese de rescisão prevista no artigo 966, V, do CPC, sendo medida de rigor a improcedência da ação rescisória.

Condeno o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS no pagamento de verba honorária, fixada nestes autos em R$ 1.000,00 (mil reais), conforme entendimento adotado pela Terceira Seção desta E. Corte Regional.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
5008325-24.2018.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: VANDERLEI ANTONIO LUCIANO DE AZEVEDO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. PERÍODO EM QUE O SEGURADO ESTEVE EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA NÃO ACIDENTÁRIO. CÔMPUTO PARA TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. QUESTÃO OBJETO DE AFETAÇÃO. TEMA 998. MATÉRIA CONTROVERTIDA. ÓBICE DA SÚMULA N. 343 DO E. STF. VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA NÃO CARACTERIZADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Não há exigência de esgotamento das instâncias recursais para a propositura da ação rescisória, bastando que tenha havido o trânsito em julgado. Nesse sentido, é o enunciado da Súmula n. 514 do e. STF: "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos". Portanto, em que pese a ausência de recurso especial e/ou extraordinário do acórdão rescindendo, ante o seu trânsito em julgado, é cabível a propositura da presente ação rescisória.

II - A possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. A interpretação adotada pela r. decisão rescindenda, no sentido de que é possível a execução de prestações pretéritas decorrentes de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição reconhecido na seara judicial até a véspera da concessão de benefício similar na esfera administrativa, encontra respaldo em julgados do e. STJ, o que tornaria a matéria em comento, ao menos, controversa, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF.

III - A r. decisão rescindenda, sopesando as provas constantes dos autos, notadamente os PPP's que instruíram o feito subjacente, concluiu que o ora réu, então autor, ficara efetivamente exposto aos agentes nocivos de natureza biológica descritos nos códigos 1.3.2 do Decreto nº 53.831/1964 e 1.3.4 do Decreto n 83.080/1974, em que atuou como atendente e auxiliar de enfermagem, nos períodos declinados na inicial, abarcando, inclusive, o período no qual ficou afastado em razão do gozo do benefício de auxílio-doença (17.08.2010 a 17.10.2010).

IV - A jurisprudência pátria já se manifestou no sentido de que os períodos nos quais o segurado esteve afastado de atividade remunerada, em razão de percepção de benefício de auxílio-doença, não elidem o seu direito à contagem especial, com acréscimo de 40%, desde que tais afastamentos se deem entre períodos de exercício de atividade remunerada sob condições especiais, nos termos do art. 65, parágrafo único, do Decreto n. 3.048/1999.

V - A questão em voga foi objeto de afetação por recurso especial repetitivo (REsp n. 1.759.098/RS), com o tema n. 998 do e. STJ: "Possibilidade de cômputo de tempo de serviço especial, para fins de inativação, do período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença de natureza não acidentária." Assim sendo, resta evidenciada a controvérsia da causa em comento, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF.
VI - Embora haja "...determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional..." (acórdão publicado do DJe de 17.10.2018), penso que tal ordem não se aplica ao caso vertente, uma vez que mesmo que no futuro o e. STJ firme entendimento contrário ao esposado pela r. decisão rescindenda, ainda assim ficaria mantida a controvérsia no momento da prolação do julgado, o que culminaria com adoção da mesma resolução ora adotada, não se justificando, portanto, a suspensão do presente feito.
VII - Honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.
VIII - Ação rescisória cujo pedido se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o pedido deduzido na ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de Fevereiro de 2019.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Senhor Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Cuida-se de ação rescisória fundada no art. 966, inciso V (violar manifestamente norma jurídica), do CPC, com pedido de tutela provisória de urgência, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de Vanderlei Antonio Luciano Azevedo, que objetiva a rescisão de acórdão proferido pela 10ª Turma, de lavra da Exma. Desembargadora Federal Lucia Ursaia, que anulou, de ofício, a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Araras/SP, em face de sua natureza citra petita, restando prejudicada a análise do reexame necessário e da apelação do INSS, e, aplicando o disposto no inciso III do § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a atividade especial de determinados períodos e conceder o benefício de aposentadoria especial, desde o requerimento administrativo. A r. decisão rescindenda transitou em julgado em 14.11.2017 (id 2340302 – pag. 169) e o presente feito foi distribuído em 24.04.2018.

Sustenta o autor, em síntese, que o ora réu havia ajuizado ação objetivando a averbação de tempo especial em diversos períodos e a concessão do benefício de aposentadoria especial, tendo o pedido sido julgado parcialmente procedente na Primeira Instância; que interposta apelação pelo INSS, este Tribunal anulou a sentença e julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo como de atividade especial, dentre outros períodos, o interregno de 10.04.1997 a 21.06.2013, tendo determinado, ainda, a imediata implantação do benefício de aposentadoria especial, com DIB em 08.03.2012; que o v. acórdão viola os artigos 2º; 5º; 40, §§ 4º e 10; 195,

§ 5º; e 201, caput e seu §§ 1º e 3º, da CF; artigo 57, caput e seu §5º da Lei 8.213/1991; artigo 6º da LINDB e art. 65 e seu parágrafo único do Decreto 3.048/1999, porquanto a d. Turma não se atentou para o fato de que, no período de 17.08.2010 a 17.10.2010, o réu esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário, motivo pelo qual tal lapso não poderia ser enquadrado como insalubre; que computados os demais interregnos reconhecidos como prejudiciais, o requerido totaliza apenas 24 anos, 11 meses e 01 dia de tempo de serviço exclusivamente especial, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria especial; que a legislação previdenciária autoriza o cômputo especial de períodos em gozo de benefício previdenciário somente em duas situações excepcionalíssimas: (i) no lapso de 07.05.1999 a 18.11.2003: apenas para os benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, em que haja comprovação pelo segurado da relação entre a incapacidade e o agente nocivo à sua saúde ou integridade física; (ii) no intervalo posterior a 19.11.2003: apenas para os benefícios de natureza acidentária entre períodos de atividade especial, sendo que a parte ré não se enquadrada em nenhuma dessas situações; que o julgado rescindendo conflita com o texto constitucional, com a consequente usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, uma vez que somente a Lei tem o condão de criar, majorar e estender benefícios previdenciários; que houve transgressão ao § 5º do artigo 195 da Constituição da República, diante da ausência de fonte de custeio para concessão do benefício; que simulou a possibilidade de estender a DIB para o término do último vínculo empregatício, contudo o réu não totaliza o tempo mínimo de 25 anos de atividade especial. Por fim, requer seja deferido o pedido de rescisão do julgado em epígrafe e, em novo julgamento, seja proferida decisão julgando improcedente o pedido de aposentadoria especial.

Pela decisão id 3074104 – págs. 1/3, foi indeferida a tutela de urgência requerida pelo autor.

Citado, o réu ofertou contestação, alegando que o ora autor não interpôs recurso contra o acórdão que reconheceu o direito à aposentadoria especial, não tendo tomado qualquer providência na oportunidade que teve para tanto; que há jurisprudência respaldando o entendimento de que o período de afastamento em virtude de auxílio-doença entre períodos de atividade especial deve ser reconhecido também como especial; que o TRF-4ª Região, em julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, firmou o entendimento no sentido de que o período de auxílio-doença previdenciário independe de comprovação de relação da moléstia com a atividade profissional do segurado, devendo ser considerado como tempo especial quando o trabalhador exercia atividade especial antes do afastamento; que o período em que laborou em atividade especial é suficiente para a concessão da aposentadoria especial, não havendo que se falar em erro material; que a aposentadoria especial foi implantada em 22.02.2018, tendo sido obrigado a pedir demissão das empresas/hospitais por onde laborou por quase 20 (vinte) anos. Pleiteia, por fim, pela improcedência do pedido.

Justiça gratuita deferida ao réu (id 3684598).

Não houve produção de provas.

Razões finais do réu (id 6545674 págs. 1/5).

Não houve apresentação das razões finais da parte autora.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

De início, cumpre esclarecer que não há exigência de esgotamento das instâncias recursais para a propositura da ação rescisória, bastando que tenha havido o trânsito em julgado. Nesse sentido, é o enunciado da Súmula n. 514 do e. STF: "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos".

Portanto, em que pese a ausência de recurso especial e/ou extraordinário do acórdão rescindendo, ante o seu trânsito em julgado, é cabível a propositura da presente ação rescisória.

Não havendo dúvidas quanto à tempestividade do ajuizamento da presente ação rescisória, passo ao juízo *rescindens*.

I - DO JUÍZO RESCINDENS

Dispõe o art. 966, inciso V, do CPC:

> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> V - violar manifestamente norma jurídica;

Verifica-se, pois, que para que ocorra a rescisão respaldada no inciso destacado deve ser demonstrada a violação à lei perpetrada pela decisão de mérito, consistente na inadequação dos fatos deduzidos na inicial à figura jurídica construída pela decisão rescindenda, decorrente de interpretação absolutamente errônea da norma regente.

De outra parte, a possibilidade de se eleger mais de uma interpretação à norma regente, em que uma das vias eleitas viabiliza o devido enquadramento dos fatos à hipótese legal descrita, desautoriza a propositura da ação rescisória. Tal situação se configura quando há interpretação controvertida nos tribunais acerca da norma tida como violada. Nesse diapasão, o E. STF editou a Súmula n. 343, in verbis:

> Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

No caso em tela, a r. decisão rescindenda, sopesando as provas constantes dos autos, notadamente os PPP's que instruíram o feito subjacente, concluiu que o ora réu, então autor, ficara efetivamente exposto aos agentes nocivos de natureza biológica descritos nos códigos 1.3.2 do Decreto nº 53.831/1964 e 1.3.4 do Decreto n 83.080/1974, em que atuou como atendente e auxiliar de enfermagem, nos períodos declinados na inicial, abarcando, inclusive, o período no qual ficou afastado em razão do gozo do benefício de auxílio-doença (17.08.2010 a 17.10.2010).

Com efeito, a jurisprudência pátria já se manifestou no sentido de que os períodos nos quais o segurado esteve afastado de atividade remunerada, em razão de percepção de benefício de auxílio-doença, não elidem o seu direito à contagem especial, com acréscimo de 40%, desde que tais afastamentos se deem entre períodos de exercício de atividade remunerada sob condições especiais, nos termos do art. 65, parágrafo único, do Decreto n. 3.048/1999. Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo transcrito:

> INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TEMA 8. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.
> O período de auxílio-doença de natureza previdenciária, independente de comprovação da relação da moléstia com a atividade profissional do segurado, deve ser considerado como

> tempo especial quando trabalhador exercia atividade especial antes do afastamento. (TRF 4, IRDR nº 5017896-60.2016.4.04.0000, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 25.10.2017).

Em seu brilhante voto, o Exmo. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum, refletindo sobre a diferença entre auxílio-doença previdenciário e auxílio-doença acidentário, para efeitos de tempo permanente de trabalho especial, assim concluiu:

> (...) A lei não exige correspondência entre o auxílio-doença acidentário e os agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho. Em ambos os casos, os segurados fica(ra)m afastados dos agentes nocivos. Assim, das duas uma, ou nenhum afastamento decorrente de gozo de benefício por incapacidade deve ser considerado como tempo de trabalho especial, ou os dois, auxílio-doença previdenciário e auxílio-doença acidentário, devem ser considerados, sob pena de se consubstanciar rematada violação ao princípio isonômico na medida em que se dedica tratamento diferenciado a realidades idênticas.

Por sua vez, em seu voto-vista, o também renomado Desembargador Federal Celso Kipper arrematou:

> (...) Neste sentido, entendo que o parágrafo único do art. 65 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, na redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013, ao limitar a consideração, como tempo especial, apenas ao período de auxílio-doença acidentário (sem, portanto, considerar o auxílio-doença previdenciário), acabou por desbordar da Lei de Benefícios, em uma interpretação conjunta dos seus arts. 55, inciso II, e 57, caput e §§ 3º, 4º e 5º.

Insta salientar que a questão em voga foi objeto de afetação por recurso especial repetitivo (REsp n. 1.759.098/RS), com o tema n. 998 do e. STJ: "Possibilidade de cômputo de tempo de serviço especial, para fins de inativação, do período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença de natureza não acidentária."

Assim sendo, resta evidenciada a controvérsia da causa em comento, a ensejar o óbice da Súmula n. 343 do e. STF.

Em síntese, não restou caracterizada a hipótese prevista no inciso V, do art. 966, do CPC, inviabilizando, assim, a abertura da via rescisória.

Por fim, cabe ressaltar que embora haja "...determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional..." (acórdão publicado do DJe de 17.10.2018), penso que tal ordem não se aplica ao caso vertente, uma vez que mesmo que no futuro o e. STJ firme entendimento contrário ao esposado pela r. decisão rescindenda, ainda assim ficaria mantida a controvérsia no momento da prolação do julgado, o que culminaria com adoção da mesma resolução ora adotada, não se justificando, portanto, a suspensão do presente feito.

II- DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA

Diante do exposto, *julgo improcedente o pedido deduzido na presente ação rescisória*. Honorários advocatícios que arbitro em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5039706-26.2018.4.03.9999

Apelante: IVAN MENDES DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DERIVADA DE AUXÍLIO DOENÇA, NOS TERMOS DO ART. 29, §5º, DA LEI Nº 8.213/91.
I- Na presente demanda, a parte autora pretende o recálculo da aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 29, §5º, da Lei nº 8.213/91, sem a incidência da regra prevista no art. 36, §7º, do Decreto nº 3.048/99.
II- A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que somente é cabível a aplicação do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 quando a fruição do benefício por incapacidade for intercalada por período de contribuição do segurado, conforme prescreve o art. 55, II, da referida lei, ou seja, reserva-se às hipóteses de aposentadoria por invalidez não decorrente de auxílio doença.
III- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de março de 2019.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao recálculo da renda mensal inicial de aposentadoria por invalidez, "*reconhecendo como valor da renda mensal inicial a importância de R$ 852,65 ou outro valor melhor que o inicialmente reconhecido de R$ 685,42*". Alega a parte autora que "É cristalina a regra contida na legislação previdenciária, no sentido de se fazer um novo cálculo quando o auxílio-doença de um beneficiário é convertido em aposentadoria por invalidez, devendo o cálculo da renda mensal inicial observar o determinado no artigo 29, inciso II da Lei 8.213/98. Não basta elevar em nove pontos percentuais o salário de benefício do autor como fez o réu neste vertente caso, portanto, necessário é que o instituto réu refaça as contas como se o autor tivesse continuado a contribuir durante o período em que esteve recebendo auxilio doença."

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou *improcedente* o pedido, tendo em vista que o benefício originário da aposentadoria por invalidez da parte autora foi devidamente recalculada nos termos do art. 29, II, da Lei 8.213/91, sendo certo que a "incidência da forma de cálculo prevista no Art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91, ocorre somente quando os benefícios por incapacidade são intercalados por períodos contributivos, o que não ocorreu no caso concreto. Desta forma, correto o cálculo do RMI do benefício do autor, sendo o caso de improcedência do pedido de revisão".

Inconformada, apelou a parte autora, alegando em breve síntese:

- que "quando convertido o auxílio doença em aposentadoria por invalidez, a carta de concessão de memória e cálculo, realizada pelo apelado apurou renda mensal inicial no valor de R$ 685,42";

- que o "apelante se utilizando de planilha elaborada pelo Tribunal de Justiça Federal da 4ª Região, utilizando-se dos mesmos dados apurou como renda mensal inicial o valor de R$ 852,65, uma diferença de quase 25%, conforme demonstrado nos documentos de fls. 21/24" e

- que a autarquia "ao fazer os cálculos de renda mensal inicial do apelante, limitou-se apenas a modificar o coeficiente de cálculo de novo benefício, passando de 91% para 100% do seu salário benefício, deixando de observar o disposto no artigo 29, inciso II e § 5º da Lei 8.213/91. Pela narrativa do artigo acima narrado, deveria o instituto apelado, ao proceder ao cálculo da renda mensal inicial do apelante, somente considerar a contribuição correspondente a 80% dos maiores salários recebidos, e não modificar o coeficiente de 91% para 100%."

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Primeiramente, devo ressaltar que a parte autora é beneficiária de aposentadoria por invalidez com vigência a partir de 29/12/06, derivada de auxílio doença.

Em sua redação original, dispunha o artigo 29 da Lei nº 8.213/91:

> Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.
> (...)
> § 5 . Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

A Lei nº 9.876/99 trouxe alterações importantes na redação do caput do referido artigo, mantendo o seu §5º:

> Art. 29. O salário-de-benefício consiste:
> I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o

> período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
> II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.
> (...)
> § 5. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

O Decreto nº 3.048/99, que aprovou o regulamento da Previdência Social, estabeleceu em seu artigo 36, §7º, que "a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Na presente demanda, a parte autora pretende o recálculo da aposentadoria por invalidez a partir do disposto no art. 29, §5º, da Lei nº 8.213/91, sem a incidência da regra prevista no art. 36, §7º, do Decreto nº 3.048/99.

Dito de outra forma, visa a apuração de nova RMI da sua aposentadoria, substituindo-se a atual - elaborada a partir da aplicação do coeficiente de 100% sobre o salário de benefício do auxílio doença que a precedeu - por aquela calculada que, tomando como período de cálculo os meses anteriores à DIB, adota os valores do salário de benefício do auxílio doença como salário de contribuição.

A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que somente é cabível a aplicação do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 quando a fruição do benefício por incapacidade for intercalada por período de contribuição do segurado, conforme prescreve o art. 55, II, da referida lei, ou seja, reserva-se às hipóteses de aposentadoria por invalidez não decorrente de auxílio doença.

Nesse sentido, merece destaque o julgamento proferido na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 583.834, in verbis:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.
> 1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (caput do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.
> 2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. *E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.*
> 3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.
> 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
> 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.

(STF, RE nº 583.834/SC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 21/9/11, v.u., DJe 14/2/12, grifos meus)

Transcrevo, outrossim, jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA*. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REVISÃO DA RMI. ART. 29, II E § 5º, DA LEI 8.213/91 ALTERADO PELA LEI 9.876/99. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA APURAÇÃO DO VALOR INICIAL DOS BENEFÍCIOS. EXIGÊNCIA DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO INTERCALADOS COM PERÍODOS DE AFASTAMENTO POR INCAPACIDADE. RECURSO DESPROVIDO.
1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são unânimes em reconhecer a legalidade da apuração da renda mensal inicial - RMI dos benefícios de aposentadoria por invalidez oriundos de auxílio-doença.
2. Nos termos do disposto nos arts. 29, II e § 5º, e 55, II, da Lei 8.213/91, o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição somente será admissível se, no período básico de cálculo - PBC, houver afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária.
3. A aposentadoria por invalidez decorrente da conversão de auxílio-doença, sem retorno do segurado ao trabalho, será apurada na forma estabelecida no art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/99, segundo o qual a renda mensal inicial - RMI da aposentadoria por invalidez oriunda de transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.
4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.
(STJ, REsp. nº 1.410.433/MG, Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 11/12/13, v.u., DJe 18/12/13, grifos meus)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 28, § 9º, DA LEI N. 8.212/1991 E 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.
1. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991.
2. O art. 28, § 9º, a, da Lei n. 8.212/1991, que disciplina o custeio da Previdência Social, veda a utilização de benefício como se fosse salário-de-contribuição, para fins de cálculo da renda mensal inicial.
3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença antecedente, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.
4. Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.076.508-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 19/2/09, v. u., DJU de 6/4/09, grifos meus)

Em feliz passagem de seu voto, o E. Ministro Jorge Mussi deixou bem explicitado o posicionamento que se deve adotar ao afirmar que "vigora neste Colegiado o entendimento de que a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei n. 8.213/91. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, §5º, da aludida lei. Tal não se deu no presente caso, uma vez que não se noticia nos autos que a parte autora tenha

intercalado períodos contributivos com o recebimento de benefício decorrente de incapacidade. Ademais, o art. 28, §9º, a, da Lei n. 8.212/1991, que disciplina o custeio da Previdência Social, veda a utilização de benefício como se fosse salário-de-contribuição, para fins de cálculo da renda mensal inicial. (...) Nesse contexto, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença antecedente, em conformidade com o artigo 36, §7º, do Decreto n. 3.048/1999."

Desse modo, tendo em vista que, no presente caso, o benefício por incapacidade não foi intercalado com período contributivo, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez da parte autora deve ser equivalente a 100% do salário de benefício do auxílio doença antecedente, conforme determina o art. 36, §7º, do Decreto 3.048/99.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5062849-44.2018.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelado: MATILDE HERREIRA
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Relatora para Acórdão: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA VANESSA VIEIRA DE MELLO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GENITORA. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMIVA CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 111, STJ. CONSECTÁRIOS. OBSERVÂNCIA DO RE 870.947.
- Nossa Carta Magna de 1988 contempla o direito à percepção do benefício previdenciário, direito de cunho constitucional, inserto nos arts. 194 e seguintes da Carta Magna.
- O art. 74, da Lei nº 8.213/91, determina ser devido o benefício de pensão por morte ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, a partir do óbito, do requerimento ou de decisão judicial, se for o caso de morte presumida.
- Indiscutível a qualidade de segurado do autor. Gozava aposentadoria por invalidez, desde 01/05/1991.
- Quanto à dependência econômica, verifica-se que o *de cujus* residia com a mãe. O endereço de residência constante da certidão de óbito do filho é o mesmo declarado pela autora, fato que é corroborado pelo teor da certidão do oficial de justiça, que atesta ter sido a autora intimada nesse endereço, a comparecer à audiência. Acrescente-se que a conta de luz referente ao endereço da família estava em nome do filho falecido da requerente.
- A autora, viúva, analfabeta, nascida em 26/02/48, com 70 anos de idade, vive em situação de vulnerabilidade, tanto que o INSS concedeu-lhe benefício assistencial, desde 1/12/2006. Agregue-se que, conforme atestado médico acostado aos autos, lavrado em 21/08/2017, a requerente foi diagnosticada com câncer de colo de útero em 2004, com seguimento clínico no serviço da santa casa de misericórdia – Araçatuba.
- Colhe-se dos depoimentos prestados em audiência que o filho falecido sempre residiu com a parte autora e contribuía para o sustento do grupo familiar de forma preponderante.
- De acordo com o conjunto probatório produzido nos autos, observa-se que os dispêndios para o sustento da autora não poderiam ser suportados, apenas, com o benefício assistencial de que é titular. Ressalte-se, nesse particular, que no caso de famílias menos abastadas, há, por assim dizer, uma espécie de mútua dependência entre seus componentes, de tal modo que os rendimentos auferidos por todos hão de somar-se na busca da digna subsistência, sendo imprescindíveis à manutenção do lar e da vida em família. Dependência econômica configurada.
- Deve o INSS arcar com os honorários advocatícios em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do novo Código de Processo Civil, observando-se o disposto nos §§ 3º e 5º desse mesmo dispositivo

legal e considerando-se as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito à revisão. Aplico o disposto na súmula n. 111 do STJ).
- Juros e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.
- Apelação do INSS provida em parte, apenas para fixar honorários advocatícios nos termos da fundamentação, explicitando os critérios de juros e correção monetária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por maioria, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Juíza Federal Convocada Vanessa Mello, que foi acompanhada pela Desembargadora Federal Marisa Santos e pelo Desembargador Federal Gilberto Jordan (que votou nos termos do art. 942 *caput* e §1º do CPC). Vencido o Relator que lhe dava provimento. Julgamento nos termos do disposto no artigo 942 *caput* e § 1º do CPC. Lavrará acórdão a Juíza Federal Convocada Vanessa Mello , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de março de 2019.

Juíza Federal Convocada VANESSA VIEIRA DE MELLO - Relatora para Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença proferida em ação previdenciária que julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte à autora, discriminando consectários, concedida a tutela provisória de urgência.

O INSS busca a reforma do julgado, uma vez não configurada a dependência econômica, alegando precipuamente que os autores recebem, cada qual, salário mínimo, e que a colaboração no pagamento das despesas familiares não configura dependência econômica. Quanto aos honorários de advogado, se mantida a condenação, requer seja aplicado o § 4º, II, do artigo 85 do NCPC.

Contrarrazões apresentadas.

Os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias: Conheço da apelação, porque presente os requisitos de admissibilidade.

No mérito, a pretensão da parte autora não pode ser acolhida, pelas razões que passo a expor.

Fundado no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 74, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

Cuida-se, portanto, de benefício que depende da concorrência de dois requisitos básicos: a qualidade de segurado do falecido e a de dependente dos autores.

A carência é inexigível, a teor do artigo 26, I, da já mencionada Lei nº 8.213/91.

Para a obtenção da pensão por morte, portanto, são necessários os seguintes requisitos: condição de dependente e qualidade de segurado do falecido. Segundo o art. 26, I, da Lei n. 8.213/91, a concessão desse benefício independe do cumprimento do período de carência.

Desse modo, cumpre apreciar a demanda à luz do artigo 74 da Lei n. 8.213/91, com a redação que lhe foi ofertada pela Medida Provisória n. 1.596-14, de 10/11/97, posteriormente convertida na Lei n. 9.528, de 10/12/97, vigente na data do falecimento:

> 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 noventa dias depois deste;
> II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
> III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Quanto à *qualidade de segurado* do *de cujus*, oriunda da filiação da pessoa à Previdência, não é matéria controvertida nestes autos.

Em relação à condição de *dependente*, fixa o art. 16 da Lei n. 8.213/91, em sua redação original (g. n.):

> 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, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
> II - *os pais*;
> (...)
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

A certidão de óbito inserta aos autos digitais (ID 7335220) comprova o falecimento de Carlos Roberto de Souza, em 11/03/2017.

Ocorre que não está patenteada a dependência econômica da autora em relação a seu filho.

Antes do falecimento, a parte autora não estava inscrita como dependente do *de cujus* perante o INSS.

O *de cujus* era aposentado por invalidez, com renda mensal de um salário mínimo.

A autora recebia e recebe BPC, também no valor de um salário mínimo.

A autora alega que o filho pagava despesas da casa (compras, luz é água).

As duas testemunhas ouvidas prestaram depoimentos amigáveis à parte autora.

Porém, como o filho segurado vivia com a mãe, ora autora, ele tinha o dever de colaborar com as despesas.

O falecido gerava suas próprias despesas e usufruía das benesses de morar com a mãe

(casa, comida, roupa lavada etc) e tinha obrigação constitucional de arcar com tais despesas, sob pena de sobrecarregar os pais (artigo 229 da Constituição Federal).

Amiúde se mistura o fato de haver auxílio em eventuais despesas com dependência econômica.

Desautorizado, dessarte, concluir que haja dependência econômica nesses casos, mormente porque a renda da autora e do filho eram idênticas.

Repetindo, o fato de a remuneração do filho de alguma forma integrar o orçamento familiar não significa que os pais tenham direito à pensão, sob pena de desvirtuar o sentido da lei.

A pensão por morte não serve para incrementar o orçamento doméstico ou melhorar a qualidade de vida do(s) beneficiário(s).

Não cabe benefício previdenciário pelo simples fato de um filho viver com os pais e dividir despesas da casa.

A função do benefício de pensão por morte é suprir o desfalque econômico da família ante a morte de um dos arrimos da casa, mas tal situação não se verificou nos autos, pois a renda do *de cujus* constituía complemento à renda do pai.

Assim, no presente caso a concessão do benefício não atenderia sua função substancial, já que teria, isso sim, caráter assistencial.

Oportuno citar lição de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar a respeito do assunto (Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Editora Livraria do Advogado, 3ª Edição, Pág. 88):

> Pelo simples fato de os filhos residirem com os pais, em famílias não abastadas, é natural a existência de colaboração espontânea para uma divisão de despesas da casa, naquilo que aproveita para toda a família. Porém, sendo estas contribuições eventuais, favorecendo o orçamento doméstico, mas cuja ausência não implica um desequilíbrio na subsistência dos genitores, há que ser afastada a condição de dependência dos pais.

Entendo, assim, indevido o benefício:

Cito julgados pertinentes, originários deste TRF da 3ª Região:

> PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEI 8.213/91 - MÃE - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. 1. Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual *tempus regit actum* impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado. 2. Qualidade de segurado do falecido comprovada, tendo em vista que o falecido recebia aposentadoria por invalidez na data do óbito. 3. Ausência de comprovação da dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido. 4. Apelação desprovida (APELAÇÃO CÍVEL 1433831, NONA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/10/2010 PÁGINA: 1376, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS).

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AÇÃO AJUIZADA COM VISTAS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO POR MORTE. AGRAVO IMPROVIDO. - Recurso interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, do CPC. - A parte autora não faz jus ao beneficio pois não configuram dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, visto que a parte autora recebe benefício de aposentadoria por idade, bem como seu esposo recebe benefício de aposentadoria especial. - O caso dos autos não é de retratação. A agravante aduz que faz jus à benesse. Decisão objurgada mantida - Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente, resta superada, frente à apresenta-

ção do recurso em mesa para julgamento colegiado. - Agravo legal não provido (APELAÇÃO CÍVEL 1802444, OITAVA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/03/2013, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. GENITORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS* NÃO COMPROVADA. - Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*. - A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91. - A dependência econômica da genitora deve ser demonstrada. - Não comprovada a dependência econômica da mãe em relação ao filho, ante a inexistência de conjunto probatório consistente. - Qualidade de segurado do *de cujus* não comprovada, pois o último vínculo empregatício do falecido cessou em 06.11.1992, sendo que o óbito ocorreu em 09.08.1996. - O fato de ser portador do vírus HIV, que pode desenvolver a AIDS, nem sempre produz incapacidade física. Além disso, segundo documentos médicos encartados nos autos, a doença foi constatada quando o falecido não ostentava a condição de segurado. - Apelação a que se nega provimento (APELAÇÃO CÍVEL 1736125, OITAVA TURMA, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2012, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA).

Invertida a sucumbência, condeno a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do Novo CPC. Porém, fica suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, *conheço da apelação e lhe dou provimento*, para julgar improcedente o pedido e cassar a tutela de evidência.

Comunique-se, via e-mail, para fins de revogação da tutela antecipatória de urgência concedida, observado o disposto no artigo 302, I, do NCPC e no Resp 1.401.560/MT.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS: Cuida-se de declarar o voto proferido no julgamento da apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte e antecipou a tutela.

Na sessão de julgamento de 20 de fevereiro de 2019, o senhor Relator deu provimento à apelação para julgar improcedente o pedido, cassando a tutela concedida.

Passo a declarar o voto.

Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual *tempus regit actum* impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

Considerando que o falecimento ocorreu em 11.03.2017, aplica-se a Lei nº 8.213/91.

O evento morte está comprovado com a certidão de óbito (Num. 7335220).

A qualidade de segurado do falecido não é questão controvertida nos autos.

Cabe apurar, então, se a autora era, efetivamente, dependente do filho, na data do óbito.

O art. 16, II e § 4º, da Lei 8.213/91, dispõe:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - (...)
> II - os pais;
> III - (...)
> § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Na certidão de óbito, foi informado que o segurado era solteiro, tinha 51 anos e residia à Rua Santo André, 525. Vila Bandeirantes, Birigui – SP, mesmo endereço informado pela autora na petição inicial desta ação e que consta na certidão de óbito do marido que faleceu em 10.01.2016 (Num. 7335219).

A autora é beneficiária de amparo social à pessoa portadora de deficiência (NB 570.655.090-1), desde 01.12.2006.

Na audiência, realizada em 19.04.2018, foram colhidos os depoimentos das testemunhas, que informaram que o falecido morava com a autora e que ele fazia compras no supermercado e na farmácia, além de efetuar o pagamento das contas de consumo, sendo o responsável pelo sustento da casa (Num. 7335300 e 7335301).

A dependência econômica não precisa ser exclusiva, como reiteradamente tem decidido a jurisprudência e conforme a Súmula 229, do TFR: "A mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo a não exclusiva".

Nesse sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MÃE DEPENDENTE ECONOMICAMENTE DO FILHO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. - Pedido de pensão pela morte do filho. - O último vínculo empregatício do falecido cessou por ocasião da morte. Assim, não se cogita que ele não ostentasse a qualidade de segurado. - A mãe de segurado falecido está arrolada entre os beneficiários de pensão por morte, nos termos do art. 16, II c/c art. 74 da Lei nº 8.213/91, devendo ser comprovada sua dependência econômica em relação ao *de cujus*, conforme disposto no § 4º do art. 16 do citado diploma legal. - O conjunto probatório permite concluir que a autora dependia substancialmente do auxílio do filho para a sobrevivência, justificando-se a concessão do benefício. - Foi apresentado início de prova material de que o falecido contribuía de maneira fundamental para o sustento da mãe, consistente na apresentação de documentos que comprovam a residência em comum, contrato de locação em seu nome e demais despesas suportadas por ele, além da indicação da autora como sua dependente e beneficiária no seguro de vida. - A situação de dependência foi corroborada pela prova oral colhida em audiência, que confirmou as alegações autorais. - Sobre o tema, o extinto E. Tribunal Federal de Recursos emitiu a Súmula nº 229, do seguinte teor: "A mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo não exclusiva". - O fato de a autora receber benefício previdenciário não impede a concessão da pensão, notadamente diante da comprovação da dependência econômica nestes autos. - Comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue a autora merece ser reconhecido. - Foi formulado pedido administrativo em 23.09.2014 e a autora deseja receber pensão pela morte do filho, ocorrida em 19.08.2014, devem ser aplicadas as regras segundo a redação dada pela Lei nº 9.528/97. Assim, o benefício deve ter como termo inicial

a data do requerimento administrativo. - Não obstante o teor da Lei nº 11.960/2009, anoto que o tema acerca da correção monetária permanece controvertido, conforme se verifica da leitura do voto do Exmo. Ministro Luiz Fux no RE 870.947, razão pela qual determino seja aplicado o índice de correção monetária em vigor quando da execução do julgado, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal então vigente. - Nas ações de natureza previdenciária, a verba deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a sentença (Súmula nº 111 do STJ). - Cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 300 c.c. 497 do CPC, é possível a antecipação da tutela. Ciente a parte do decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no julgamento do RESP nº 1.401.560/MT (integrada por embargos de declaração), processado de acordo com o rito do art. 543-C do CPC/73. - Apelo da Autarquia parcialmente provido.
(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AC 00052472020174039999, Des. Fed. Tania Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 09.05.2017)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHO FALECIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI N. 11.960/09. I - O compulsar dos autos revela que o *de cujus* era solteiro, sem filhos e residia junto com a genitora. II - A testemunha ouvida em Juízo foi categórica em afirmar que o *de cujus* ajudava significativamente com as despesas domésticas. III - A comprovação da dependência econômica pode ser feita por qualquer meio probatório, não prevendo a legislação uma forma específica. Assim, a prova exclusivamente testemunhal tem aptidão para demonstrar a dependência econômica. IV - Não se faz necessário que a dependência econômica seja exclusiva, podendo, de toda sorte, ser concorrente. V - Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na Lei nº 11.960 /09 (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 870.947, 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux). VI - Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.
(TRF 3ª Região, 10ª Turma - APELREEX 00088145920174039999, Des. Fed. Sérgio Nascimento, e-DJF3 Judicial 1 06.07.2017)

Do conjunto probatório resulta que se trata de família humilde, destacando-se que a autora recebe apenas o benefício de amparo social à pessoa portadora de deficiência.

Restaram atendidos, portanto, os requisitos legais para a concessão do benefício.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. MÃE EM RELAÇÃO AO FILHO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DESNECESSIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ).
1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não se exige início de prova material para comprovação da dependência econômica da mãe em relação ao filho para fins de concessão de pensão por morte .
2. A análise das questões trazidas pela recorrente demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que é obstado, em âmbito especial, pela Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental improvido.
(STJ, 6ª Turma, AGRG 1197628/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 09.04.2012).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MÃE EMRELAÇÃO AO FILHO FALECIDO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR QUALQUER MEIO DE PROVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

> 1. O Tribunal *a quo* firmou entendimento em sentido diverso ao da jurisprudência do STJ que se posicionou no sentido de que a dependência econômica dos pais em relação aos filhos, com o fim de obtenção do benefício pensão por morte, pode ser comprovada por qualquer meio de prova, não se exigindo início de prova material. Precedentes.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STJ, 2ª Turma, AGRGARESP 617725/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26.05.2015)

Termo inicial do benefício mantido na data do óbito (11.03.2017), nos termos do art. 74, I, da Lei nº 8.213/91.

Tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária será fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, §4º, II, e §11, e no art. 86, ambos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula 111 do STJ).

Os demais consectários não foram objeto de impugnação.

Com essas considerações, pedindo vênia ao senhor Relator, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para fixar os honorários advocatícios nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS

VOTO DIVERGENTE

Trata-se de apelação interposta em face de sentença de procedência em ação que visa à concessão de pensão por morte.

O ilustre relator deu provimento ao apelo autárquico, julgando improcedente a demanda, ao entendimento de que não estão presentes os requisitos autorizadores à concessão do benefício vindicado, notadamente a dependência econômica.

Peço vênia para divergir do ilustre relator, pelas razões expostas.

Nossa Carta Magna de 1988 contempla o direito à percepção do benefício previdenciário, direito de cunho constitucional, inserto nos arts. 194 e seguintes da Carta Magna.

Conforme a doutrina:

> Importante precisar que benefícios são prestações pecuniárias, pagas pela Previdência Social às pessoas por ela protegidas, com vistas a suprir-lhes a subsistência, nas oportunidades em que estiverem impossibilitadas de, pessoalmente, obterem recursos ou a complementar-lhes as receitas para suportarem encargos familiares ou amparar, na hipótese de óbito, os seus dependentes do ponto de vista econômico. (...) Portam eles a natureza de direitos subjetivos, cuja titularidade compete aos segurados e seus dependentes que nascem da relação de proteção decorrente da lei, a vincular tais pessoas ao órgão previdenciário. (Vera Lúcia Jucovsky, Benefícios Previdenciários – Manutenção do Real Valor – Critérios Constitucionais, in Revista do TRF – 3a Região, Vol. 30, abr. a jun./97).

A previsão da morte é um dos eventos objeto de preocupação no âmbito da Previdência Social. Dela decorre a pensão. Artigo art. 201, da Constituição da República:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

> (...)
> V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...) § 2o Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

O art. 74, da Lei nº 8.213/91, determina ser devido o benefício de pensão por morte ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, a partir do óbito, do requerimento ou de decisão judicial, se for o caso de morte presumida.

No caso concreto, indiscutível a qualidade de segurado do senhor Carlos Roberto de Souza. Gozava aposentadoria por invalidez, desde 01/05/1991.

Quanto à condição de dependente, passo à análise da alegada dependência econômica da parte autora em relação ao filho falecido.

Pois bem, compulsando-se os autos, verifica-se que o *de cujus* residia com a mãe. O endereço de residência constante da certidão de óbito do filho é o mesmo declarado pela autora, fato que é corroborado pelo teor da certidão do oficial de justiça (fl. 59 do PDF), que atesta ter sido a autora intimada nesse endereço, a comparecer à audiência. Acrescente-se que a conta de luz referente ao endereço da família estava em nome do filho falecido da requerente.

A autora, viúva, analfabeta, nascida em 26/02/48, com 70 anos de idade, vive em situação de vulnerabilidade, tanto que o INSS concedeu-lhe benefício assistencial, desde 1/12/2006. Agregue-se que, conforme atestado médico acostado aos autos, lavrado em 21/08/2017, a requerente foi diagnosticada com câncer de colo de útero em 2004, com seguimento clínico no serviço da santa casa de misericórdia – Araçatuba.

Colhe-se dos depoimentos prestados em audiência que o filho falecido sempre residiu com a parte autora e contribuía para o sustento do grupo familiar de forma preponderante.

Com efeito, a testemunha Antonio Eduardo Grijota afirmou que "conhece a autora há 35 anos. Conheceu o filho da autora que era aposentado. Ele faleceu há um ano. O falecido ajudava a sustentar a casa. Sempre o via fazendo as compras no mercado. A autora vive com um auxilio que recebe. O falecido morava com a autora". De seu turno, a testemunha Sônia Maria Melges consignou que "conhece a autora há 30 anos. A autora vivia com a ajuda do filho que faleceu e atualmente conta com a ajuda dos vizinhos. Faz um ano que o filho da autora faleceu. Ele era aposentado. A autora não é aposentada. Era o falecido que sustentava a casa. O falecido sempre morou com a autora".

De acordo com o conjunto probatório produzido nos autos, observa-se que os dispêndios para o sustento da autora não poderiam ser suportados, apenas, com o benefício assistencial de que é titular. Ressalte-se, nesse particular, que no caso de famílias menos abastadas, há, por assim dizer, uma espécie de mútua dependência entre seus componentes, de tal modo que os rendimentos auferidos por todos hão de somar-se na busca da digna subsistência, sendo imprescindíveis à manutenção do lar e da vida em família.

Assim, considerando tais elementos, conclui-se que restou demonstrado que efetivamente a renda auferida pelo falecido era preponderante no sustento da genitora, arcando com despesas ordinárias da casa, o que é suficiente à caracterização da dependência apta a autorizar a concessão do benefício em discussão, de modo que deve ser mantida a sentença de procedência.

Deve o INSS arcar com os honorários advocatícios em percentual mínimo a ser definido na fase de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º do art. 85 do novo Código de Processo Civil, observando-se o disposto nos §§ 3º e 5º desse mesmo dispositivo legal e considerando-se

as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito à revisão. Aplico o disposto na súmula n. 111 do STJ).

Cumpre esclarecer que, em 20 de setembro de 2017, o STF concluiu o julgamento do RE 870.947, definindo a seguinte tese de repercussão geral sobre a matéria: "1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Assim, a questão relativa à inconstitucionalidade da Lei n. 11.960/2009, no que se refere aos juros moratórios e à correção monetária, não comporta mais discussão, cabendo apenas o cumprimento da decisão exarada pelo STF em sede de repercussão geral.

Nesse cenário, sobre os valores em atraso, considerada a prescrição quinquenal nos termos da súmula 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça, incidirão juros moratórios e correção monetária em conformidade com os critérios legais compendiados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observadas as teses fixadas no julgamento final do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão do citado RE, destaca-se a pendência de apreciação, pelo STF, de Embargos de Declaração, ficando remarcada, desta forma, a sujeição da questão da incidência da correção monetária ao desfecho do referido *leading case*.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas para fixar honorários advocatícios nos termos da fundamentação, explicitando os critérios de juros e correção monetária.

Juíza Federal Convocada VANESSA VIEIRA DE MELLO - Relatora para Acórdão

Direito Processual Civil



AÇÃO RESCISÓRIA
0019787-10.2011.4.03.0000

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: ASSUNTA FERNANDES VARA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/02/2019

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. OCORRÊNCIA. ARTIGO 47 DO CPC/73. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRINCÍPIO DA FUGIBILIDADE. RESCISÓRIA PROCEDENTE. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À CITAÇÃO NO FEITO SUBJACENTE.
1. Publicada a r. decisão rescindenda e interposta a presente ação rescisória em data anterior a 18.03.2016, a partir de quando se torna eficaz o Novo Código de Processo Civil, as regras de interposição da presente ação a serem observadas em sua apreciação são aquelas próprias ao CPC/1973. Inteligência do art. 14 do NCPC.
2. Não tendo sido determinada a citação da esposa do falecido, com vistas a integrar o polo passivo da demanda subjacente, resta caracterizada a infringência ao artigo 47, do Código de Processo Civil de 1973, e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a todos assegurado como direito fundamental (CF, art. 5º, LV), verificando-se a presença de nulidade processual insanável.
3. Embora a ausência de citação de litisconsorte necessário impeça a constituição da relação processual e o trânsito em julgado da decisão, não há se falar em extinção da ação rescisória. Isso porque, conforme já decidido pela Segunda Seção do E. STJ, "é possível debater-se a ausência de litisconsortes passivos necessários e a consequente anulação do feito rescindendo, tanto em ação rescisória quanto por meio de querela nullitatis" (AR 3.234/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 14/02/2014).
4. O julgado rescindendo incorreu em violação a dispositivo legal, restando caracterizada a hipótese legal do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973.
5. Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R$1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, conforme entendimento majoritário da 3ª Seção desta Corte.
6. Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória julgada procedente. Declarada a nulidade de todos os atos processuais decisórios posteriores à citação do INSS no feito subjacente, a fim de que tenha regular processamento, com a devida citação do litisconsorte passivo necessário, e a realização dos demais procedimentos necessários ao deslinde daquela demanda.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria

preliminar, julgar procedente a ação rescisória para, em juízo rescindente, com fundamento no artigo 485, inciso V, do CPC/1973, desconstituir o acórdão proferido e, em juízo rescisório, declarar a nulidade de todos os atos processuais decisórios posteriores à citação do INSS no feito subjacente, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para citação da litisconsorte necessária, prosseguindo-se o feito subjacente em seus ulteriores termos, nos termos do voto da Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora).

Votaram os Desembargadores Federais TORU YAMAMOTO, TÂNIA MARANGONI, DAVID DANTAS, GILBERTO JORDAN, PAULO DOMINGUES, CARLOS DELGADO e INÊS VIRGÍNIA e o Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de Assunta Fernandes Vara, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973 (violação a literal disposição de lei), visando à desconstituição de acórdão da 8ª Turma desta Corte que negou provimento à apelação da autarquia e deu parcial provimento à remessa oficial, no tocante aos critérios de incidência dos juros de mora e da correção monetária, mantendo a procedência do pedido de pensão por morte.

Alega o INSS que o v. acórdão em questão deve ser rescindido, uma vez que incidiu em violação à literal disposição do artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973. Requer a tutela antecipada para suspensão da execução do processo nº 0000561-64.2003.403.6122, ou, subsidiariamente, a suspensão de eventual pagamento. Requer, ainda, seja declarada a nulidade do processo rescindendo, com consequente reconhecimento da inexistência de diferenças a serem pagas a título do benefício de pensão por morte e de honorários advocatícios. A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 32/345).

Regularmente citada (fls. 93/94), a ré apresentou contestação (fls. 423/426), alegando, preliminarmente, carência de ação, por inadequação da via eleita, já que a questão teria que ser discutida por meio de ação declaratória de nulidade. No mérito, pugna pela improcedência do pedido.

Réplica às fls. 434/436vº. Instadas as partes, não apresentaram alegações finais (fls. 439vº e 440).

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 441/443vº, opinando pela procedência da ação rescisória.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal Lucia Ursaia (Relatora): Registro que a presente ação rescisória foi ajuizada em 13/07/2011, ou seja, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Impõe-se observar que, publicada a r. decisão rescindenda e interposta a presente ação rescisória em data anterior a 18.03.2016, a partir de quando se torna eficaz o Novo Código de Processo Civil, as regras de interposição da presente ação a serem observadas em sua apreciação são aquelas próprias ao CPC/1973. Inteligência do art. 14 do NCPC.

A questão arguida em preliminar será analisada juntamente com o objeto desta ação rescisória.

Verifico que foi obedecido o prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 495 do CPC/1973, considerando a certidão de fl. 304.

A parte autora pretende a rescisão de acórdão proferido nos autos da Ação nº 0000561-64.2003.4.03.6122, tendo por base a alegação de violação a literal disposição de lei, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973.

Dado o caráter excepcional de que se reveste a ação rescisória, para a configuração da hipótese de rescisão em questão, é certo que o julgado impugnado deve violar, de maneira flagrante, preceito legal de sentido unívoco e incontroverso.

Sobre o tema, anota Theotonio Negrão:

> Art. 485: 20. 'Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo 'decisum' rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos' (RSTJ 93/416. no mesmo sentido: RT 634/93. (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. São Paulo: Saraiva, 44ª edição, 2012, p. 600).

Da análise dos autos da ação subjacente (fls. 33/345), constata-se que Assunta Fernandes Vara, na condição de companheira do falecido, ajuizou, em 09/06/2003, ação em que pretendia a concessão do benefício que já vinha sendo recebido pela esposa do de cujus, Verônica Janice dos Santos Franciscato (NB 127.656.701-1).

Observa-se que consta na certidão de óbito do falecido juntada na inicial que este era casado com Verônica Janice dos Santos Franciscato (fl. 47). Em ata de audiência de fls. 75/76, o INSS requereu, verbalmente, a citação na qualidade de litisconsortes passivos obrigatórios da ex-mulher do falecido e do ex-marido da então autora. Todavia, não só nessa oportunidade como em outros atos processuais, ainda que aventada a probabilidade de conflito de interesses com a ex-mulher do falecido, em nenhum momento foi determinada a sua citação. No tocante ao ex-marido da ora ré, constatou-se que na própria certidão de casamento já havia sido averbado o divórcio (fl. 51).

Após, juntado aos autos cópia de sentença de homologação proferida nos autos de Ação Declaratória de União Estável, em que se lavrou acordo entre a ora ré e o espólio de Luiz Franciscato, com divisão de bens e da pensão junto ao INSS, em 50% para Veronica Janice dos Santos Franciscato e 50% para Assunta Fernandes Vara (fls. 144/145), a ora ré informou remanescer interesse no prosseguimento do feito originário (fl. 148).

Na sequência, instado a se manifestar, o INSS informou erroneamente que não constava outro benefício tendo como instituidor Luiz Franciscato (fl. 155), uma vez que, posteriormente, percebe-se o recebimento do benefício pela esposa do de cujus, Verônica Janice dos Santos Franciscato (NB 127.656.701-1), conforme certidão de fl. 326, onde consta data de entrada de requerimento administrativo (DER) em 23/04/2003, data do início do pagamento (DIP) em 29/03/2003 e data do início do benefício (DIB) em 07/08/2003. (fl. 326). Tem-se, assim, que o

INSS apenas noticiou o recebimento da pensão por morte para a ex-esposa após o julgamento do feito.

Em nova audiência, o MM. Juiz de primeiro grau aventou a "probabilidade de haver conflito quanto ao recebimento da pensão por morte deixado pelo de cujus Luiz Franciscato, pelo menos em relação a Veronica Janice dos Santos Franciscato" e chamou o feito à ordem para retorno do feito às fases iniciais do procedimento e a necessidade de se refazer a instrução (fls. 173/175).

Porém, em decisão a seguir prolatada (fls. 182/185), afirma-se no relatório "determinou-se e foi efetivada emenda a inicial para incluir no pólo passivo os litisconsortes necessários", dá o feito por saneado e concede a tutela, registrando que "ainda que ponderáveis as considerações de fls. 145/146, resta claro, conforme documento de fls. 123, trazido pelo INSS, que o benefício ora pleiteado não é percebido sequer pela antiga cônjuge do falecido. Desta feita, não há razão jurídica para que ela integre a lide. Caso pretenda ela receber o benefício, tal como acordo firmado na Justiça Estadual, basta postular administrativamente, havendo então, o rateio da pensão. Diga-se, por oportuno, não ter ressonância nos autos o acordo de rateio da pensão, que obedece tão somente a Lei n. 8.213/91".

Posteriormente, foi prolatada sentença (fls. 249/251), julgando procedente o pedido de concessão de pensão por morte a partir da data da citação (027/08/2003), o que foi mantido em sede de apelação do INSS (fls. 291/295).

Posto isso, conclui-se que era indispensável que a esposa do falecido integrasse a lide como litisconsorte passiva necessária, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tinha interesse no deslinde da ação, já que sendo a Autora vencedora da ação originária, teria sua cota diminuída, nos termos do artigo 77 da Lei nº 8.213/91, o que de fato ocorreu na espécie.

Assim, não tendo sido realizada, portanto, a citação da esposa do falecido, com vistas a integrar o pólo passivo da demanda, entendo caracterizada a infringência ao artigo 47, do Código de Processo Civil de 1973, e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a todos assegurado como direito fundamental (CF, art. 5º, LV), verificando-se a presença de nulidade processual insanável.

Por conseguinte, é de ser decretada a nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo *a quo*, com a devolução dos autos a fim de que se formalize a citação da litisconsorte passiva necessária e tenha o feito regular prosseguimento, nos termos acima consignados.

Importante mencionar que, embora a ausência de citação de litisconsorte necessário impeça a constituição da relação processual e o trânsito em julgado da decisão, não há se falar em extinção da ação rescisória. Isso porque, conforme já decidido pela Segunda Seção do E. STJ, "é possível debater-se a ausência de litisconsortes passivos necessários e a consequente anulação do feito rescindendo, tanto em ação rescisória quanto por meio de querela nullitatis" (AR 3.234/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 14/02/2014).

Nesse sentido:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR NA SEGUNDA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE.
> 1. Ação rescisória ajuizada em 16.12.2011. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/1973.

2. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade do manejo da ação rescisória, no caso de reconhecimento de nulidade absoluta, pela falta de intimação do procurador do recorrente acerca dos atos processuais praticados no segundo grau de jurisdição.
3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.
4. A exclusividade da querela nullitatis para a declaração de nulidade de decisão proferida sem regular citação das partes, representa solução extremamente marcada pelo formalismo processual. Precedentes.
5. A desconstituição do acórdão rescindendo pode ocorrer tanto nos autos de ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC/73 quanto nos autos de ação anulatória, declaratória ou de qualquer outro remédio processual.
6. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 1456632/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017)

A Terceira Seção desta Corte Regional admite a ação rescisória na hipótese dos autos, conforme recentes decisões:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.
- Na hipótese dos autos, restou ofendido o *caput* do art. 47 do Codice de Processo Civil/1973 (art. 114/CPC/2015).
- É nulo o processo primígeno, pois, tratando-se de ação em que se postula o direito ao recebimento de pensão por morte, já concedida, ainda que administrativamente, a outro dependente, mister se fazia a citação deste, a fim de que viesse integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, nos termos do citado art. 47 do CPC/1973, visto que a sentença proferida haveria de produzir efeitos para todas partes. Precedentes.
- Não se procede ao juízo rescissorium, porquanto implicaria supressão de instância. Também para que se faça a regularização e a instrução probatória adequadas do pleito primevo.
- Honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Caderno de Processo Civil/2015, em atenção à condição de hipossuficiência da parte ré, devendo ser observado, ademais, o art. 98, §§ 2º e 3º, do referido CPC/2015, inclusive no que concerne às despesas processuais.
- Rescisão do decisum censurado. Declarada a nulidade de todos atos processuais decisórios posteriores a citação do INSS no processo subjacente. Determinado seja desarquivado, na origem, a fim de que tenha regular processamento.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 9388 - 0015957-65.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 24/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2018);

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V DO cpc/73. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DA EX-CÔNJUGE DO SEGURADO FALECIDO RECONHECIDA JUDICIALMENTE. HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DA EX-COMPANHEIRA DO DE CUJUS E ATUAL TITULAR DO BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 47 DO CPC/73. AÇÃO ORIGINÁRIA ANULADA. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO NOVO CPC, C/C O ART. 5º, XXXVI DA C.F. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.
1 - Em se tratando de ação rescisória ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil anterior, aplicável o regime jurídico processual de regência da matéria em vigor à época da sua propositura, em hipótese de ultratividade consentânea com o postulado do ato jurídico processual perfeito inscrito no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e com o artigo 14 do Novo Código de Processo Civil.

2 - A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, V do Código de Processo Civil/73 (atual art 966, V do CPC) decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária.
3 - A prova documental apresentada pela autora na presente ação rescisória comprovou ter esta formulado requerimento de concessão de pensão por morte em 23/12/2002, tendo o INSS reconhecido administrativamente sua condição de companheira do segurado falecido, nos termos do artigo 16, I, §§ 3º e 4º da Lei nº 8.213/91 e, como tal, incidente a presunção legal de dependência econômica, com a concessão do benefício a partir da data do óbito do segurado.
4 - Diante de tal fato, impunha à co-requerida ter incluído a ex-companheira do falecido no polo passivo da ação originária, por sua condição de litisconsorte passiva necessária, tendo em vista que o acolhimento do pedido traria reflexos financeiros no benefício de pensão por morte de que é titular, com repercussão em esfera jurídica pelo provimento jurisdicional, em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal).
5 - Procedência do pedido rescindente e, no juízo rescisório, decretada a nulidade ab initio do processo originário, determinando que este retome seu regular processamento, com a regularização do polo passivo da lide, relegando ao Juízo de origem o exame do cabimento da concessão de tutela de urgência na lide originária, em observância ao princípio do devido processo legal, sob pena de supressão da instância.
6 - Ação rescisória procedente.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 8074 - 0013562-71.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 08/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018);

AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR. PENSÃO POR MORTE. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO À COISA JULGADA NÃO CARACTERIZADOS. ART. 16 DA LEI 8.213/91. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ART. 114 E 115 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO MANIFESTA DA NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. RESCISÕES DOS JULGADOS. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À CITAÇÃO.
- Ação rescisória ajuizada pelo INSS, em 22/03/2016, com fulcro no art. 966, incisos IV (ofender a coisa julgada), V (violar manifestamente a norma jurídica) e VIII (erro de fato), do CPC/2015, em face de Maria Aparecida Vieira e Gisele Santiago Alves, visando desconstituir as decisões proferidas nos processos nºs 0046826-91.2011.403.6301 (trânsito em julgado em 25/09/2014) e 0016736-37.2009.403.6183 (trânsito em julgado em 24/10/2014) que concederam às ora rés a pensão em razão da morte de Cleonice Vieira Francisco.
- Concedida a pensão por morte à mãe e à companheira da falecida em processos diversos. Alega impossibilidade de concessão do benefício de pensão por morte a dependentes de classes distintas, nos termos do § 1º, do artigo 16 da Lei nº 8.213/91.
- Preliminar de ilegitimidade passiva da corré Gisele Santiago Alves rejeitada, tendo em vista o pedido de rescisão também da decisão que lhe concedeu a pensão em razão da morte da segurada Cleonice Vieira Francisco.
- Os feitos tramitaram concomitantemente, sem que as partes apontassem a existência de um e de outro processo e foi concedida a pensão em razão da morte da segurada Cleonice Vieira Francisco à mãe e à companheira da falecida.
- Não houve controvérsia sobre a questão e as decisões que concederam as pensões por morte não consideraram um fato inexistente, nem inexistente um fato efetivamente ocorrido, não incidindo no alegado erro de fato, conforme inciso VIII e § 1º do artigo 966, do CPC/2015.
- Da mesma forma, não há que se falar em coisa julgada, nos termos do inciso IV do artigo 966, do CPC/2015, tendo em vista que concedidas as pensões por morte a partes diversas.
- De acordo com o artigo 16 da Lei nº 8.213/91, a existência de dependente de qualquer das classes, exclui o dependente das classes seguintes.

- E foi reconhecida a dependência econômica da mãe e da companheira da segurada Cleonice Vieira Francisco em processos diversos sem que uma ou outra pudesse contestar a alegada dependência.
- Indispensável, portanto, a formação do litisconsórcio passivo necessário, com a citação das dependentes para integrarem as lides, tanto num como noutro processo, em observação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.
- É de se acolher o pedido de rescisão dos julgados, com fundamento no inciso V, do art. 966, do Código de Processo Civil/2015, por ofensa ao disposto nos artigos 114 e 115, do Código de Processo Civil/2015 (art. 47, *caput* e parágrafo único do anterior CPC/1973) e artigo 16, § 1º, da Lei nº 8.213/91.
- Reconhecida a nulidade de todos os atos praticados nos processos originários nºs 0016736-37.2009.403.6183 e 0046826-91.2011.403.6301, a partir da citação, devendo ser reunidos no Juízo que primeiro despachou nos feitos, ou seja, no Juízo Federal da 5ª Vara Previdenciária de São Paulo, e julgados conjuntamente, a fim de se apurar quem é a dependente economicamente da falecida segurada Cleonice Vieira Francisco.
- Rescisória julgada parcialmente procedente. Condenação da parte ré no pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$1.000,00 (hum mil reais), a serem rateados pelas rés, observando-se o disposto no artigo 98, § 3º do CPC/2015, quanto à corré Maria Aparecida Vieira, por ser beneficiária da gratuidade da justiça.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR - AÇÃO RESCISÓRIA - 11054 - 0006113-86.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 08/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018)

Desta forma, rescinde-se o julgado questionado, considerando que este incorreu em literal violação a dispositivo legal, restando caracterizada a hipótese legal do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973.

Deixo de proceder a análise do juízo rescisório, visto que implicaria em supressão de instância, bem como em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido:

AÇÃO ORIGINÁRIA. AÇÃO RESCISÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 485, V DO CPC. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS CONCERNENTES À LITISPENDÊNCIA E AO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ARTS. 47 E 301, V DO CPC E ART. 19 DA LEI Nº 1.533/51.
(...)
Reconhecimento de violação, por parte do julgado rescindendo, do instituto do litisconsórcio necessário, pela ausência de citação da autora Ruth Israel Lopes, que deveria integrar a lide no pólo passivo, tendo em vista a possibilidade de alteração de sua situação jurídica de dependente, com a redução do valor da pensão por ela recebida. Precedentes: RE 100.411, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 26.10.84, RE 91.246, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 18.12.81 e RE 91.735, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22.10.82.
Julgamento restrito ao iuris rescindens, uma vez que a correção do vício reconhecido não poderá ser realizada com a imediata reapreciação da causa por esta Corte, tornando-se necessária a remessa dos autos ao Juízo de origem, para citação da requerente e ulterior prolatação de sentença. Ação rescisória julgada parcialmente procedente.
(STF - AO 851/AM - TRIBUNAL PLENO - REL. MIN. ELLEN GRACIE, DJU 16/04/2004, P. 00052)

Por fim, encontrando-se a parte ré em gozo de benefício previdenciário de aposentadoria por idade (NB 1287783306), conforme consulta no CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, em terminal instalado no gabinete desta Relatora, ainda que diverso do postulado

através da ação subjacente, entendo não estar ela desamparada, uma vez que o benefício recebido lhe propicia o suprimento de suas necessidades básicas.

Diante do exposto, *REJEITO A MATÉRIA PRELIMINAR, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA* para, em juízo rescindente, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973, desconstituir o acórdão proferido nos autos nº 0000561-64.2003.4.03.6122 *e, em juízo rescisório, declaro a nulidade de todos os atos processuais decisórios posteriores à citação do INSS no feito subjacente, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para citação da litisconsorte necessária, prosseguindo-se o feito subjacente em seus ulteriores termos*, na forma acima especificada.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R$1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, conforme entendimento majoritário da 3ª Seção desta Corte.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000120-88.2013.4.03.6104

Apelante: OSMAR LUIZ PRATES MACHADO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO.
I - Cabível, em ação de busca e apreensão, a discussão acerca da legalidade das cláusulas contratuais como matéria de defesa. Precedente do STJ.
II - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor que não tem o alcance de autorizar a decretação de nulidade de cláusulas contratuais ou inversão do ônus probatório com base em meros questionamentos do devedor com alegações vagas e genéricas de abusividade.
III - Admissibilidade da cobrança da tarifa de cadastro porquanto prevista em ato normativo padronizador da autoridade monetária. Precedente do STJ no regime dos recursos repetitivos.
IV - Jurisprudência pacificada no STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, admitindo a cobrança do IOF diluído nas parcelas da operação financeira.
V - O STJ fixou tese, no regime dos recursos repetitivos, admitindo a cobrança de tarifa de avaliação do bem dado em garantia e das despesas com registro do contrato, ressalvando as hipóteses de reconhecimento de abuso por cobrança de serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto. Hipótese dos autos em que não se patenteia abusividade na cobrança dos encargos.
VI - Rejeitada alegação de "venda casada", nada nos autos evidenciando que a instituição financeira tenha condicionado a pactuação da alienação fiduciária à contratação de seguro.
VII - Possibilidade de contratação e cobrança da comissão de permanência desde que de forma exclusiva, sem a cumulação com qualquer outro encargo concernente ao inadimplemento.
VIII - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de busca e apreensão proposta pela Caixa Econômica Federal - CEF objetivando a apreensão de veículo automotor dado em garantia de alienação fiduciária.

Foi concedida liminarmente a busca e apreensão do bem alienado (fl. 21).

Não encontrado o veículo discriminado, a ação de busca e apreensão foi convertida em ação de depósito (fl. 73).

A r. sentença (fls. 103/105) julgou procedente o pedido , condenando o requerido ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% do valor atribuído à causa, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Apela a parte ré, alegando, em síntese, possibilidade de declaração de nulidades contratuais em sede de contestação de ação de busca e apreensão convertida em depósito, aplicação do CDC, ausência de comprovação de gastos, contraprestação específica e informação precisa acerca das tarifas previstas no contrato (tarifa de cadastro, avaliação do bem, seguro, tarifa de registro contrato, serviços de terceiro) e da metodologia de cobrança do IOF, vedada imposição de seguro apenas do grupo do apelado, nulidade de comissão de permanência em 16% ao mês e de cumulação com multa, subsidiariamente requerendo que as verbas sucumbenciais sejam atribuídas reciprocamente.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Inicialmente, anoto que em ação de busca e apreensão é cabível a discussão acerca da legalidade das cláusulas contratuais como matéria de defesa. Neste sentido a jurisprudência consolidada do STJ:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
> 1. A Segunda Seção consolidou entendimento afirmando ser "possível a discussão sobre a legalidade de cláusulas contratuais como matéria de defesa na ação de busca e apreensão" (REsp n. 267.758/MG, Relator Ministro ARI PARGENDLER, Relator para Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/4/2005, DJ 22/6/2005, p. 222).
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1573729/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016).

No tocante à alegação de incidência do Código de Defesa do Consumidor assevero que a aplicabilidade do diploma legal não tem o alcance pretendido, meros questionamentos do devedor com alegações vagas e genéricas de abusividade não autorizando decreto de nulidade das cláusulas contratuais ou inversão do ônus probatório.

Neste sentido é a jurisprudência abaixo colacionada:

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. AÇÃO MONITÓRIA. CONSTRUCARD. AGRAVO RETIDO. PRELIMINARES. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. JUROS. TABELA PRICE. VERBA HONORÁRIA E DESPESAS PROCESSUAIS. INIBIÇÃO DA MORA. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.
1- É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, *caput*, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. A existência de jurisprudência dominante nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores já seria suficiente.
2-A recorrente não suscita fatos concretos que seriam eventualmente objeto de prova. Em particular a discussão acerca de encargos abusivos é matéria de viés eminentemente jurídico, vale dizer, uma vez apreciada a validade ou não das cláusulas que pretende revisar, para se aferir o valor devido bastará mero cálculo aritmético, sem que se faça imprescindível o concurso de técnico especializado.
3- Os contratos bancários são submetidos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 e Súmula nº 297 do STJ que dispõe: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."
4- A mera alegação genérica de que as cláusulas e parágrafos do referido instrumento são ilegais, abusivos, unilaterais, leoninos e, portanto, nulos de pleno direito, não autoriza o julgador a apreciar, de ofício, todas as cláusulas do instrumento firmado entre as partes, extirpando os valores que reputar abusivos, mesmo sendo aplicável ao caso a legislação consumerista.
(...)
13 - Agravo legal desprovido.
(TRF3 - PRIMEIRA TURMA, AC 00185304620124036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/07/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.);

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONSTRUCARD. INOVAÇÃO RECURSAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/1990). TAXA OPERACIONAL MENSAL (TOM). TABELA PRICE. SÚMULA Nº 121 DO STF. LEI DE USURA (DECRETO Nº 22.626/1933). CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. AMORTIZAÇÃO NEGATIVA. TAXA REFERENCIAL (TR). JUROS REMUNERATÓRIOS. JUROS DE MORA. NOTA PROMISSÓRIA. ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADES NÃO COMPROVADAS.
I - As questões aduzidas nas razões de apelação diversas daquelas que embasam os embargos à monitória configuram, na verdade, inovação recursal.
II - Embora o E. Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais bancárias, tal entendimento não socorre alegações genéricas para fim de amparar o pedido de revisão e modificação de cláusulas contratuais convencionadas, sem a devida comprovação da existência de cláusulas abusivas, ou da onerosidade excessiva do contrato, bem como da violação do princípio da boa-fé e da vontade do contratante. A inversão do ônus, prevista no inciso VIII do artigo 6º da Lei nº 8.078/90, não é automática, devendo a parte demonstrar a verossimilhança das suas alegações e a sua hipossuficiência, esta analisada sob o critério do Magistrado.
(...)
IX - Apelação parcialmente conhecida e, nesta parte, desprovida.
(TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, AC 200651010009012, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, E-DJF2R - Data:03/11/2014).

Registro que o fato do contrato ser da modalidade de adesão por si só não implica que suas cláusulas sejam leoninas, vício existindo apenas se estabelecidas cláusulas que onerem

excessivamente ou estipulem a assunção de obrigações tão somente à parte aderente, o que não é a hipótese dos autos, também não se verificando situação de elaboração de contrato com obstáculos à compreensão e interpretação das cláusulas contratuais, tampouco eventual ofensa ao princípio da função social do contrato haja vista a assunção voluntária das obrigações previstas no instrumento.

No tocante à cobrança da Tarifa de Cadastro, observo que o Superior Tribunal de Justiça firmou, com base no procedimento dos recursos repetitivos (REsps 1.251.331/RS e 1.255.573/RS), entendimento no sentido de que a partir da vigência da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.518/07 iniciada em 30.04.2008, limitou-se a cobrança por serviços bancários às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária, no caso estando tipificada no ato normativo padronizador e depreendendo-se a admissibilidade da estipulação e cobrança do referido encargo. Confira-se:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.
> 1. "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).
> 2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.
> 3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, "a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição."
> 4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.
> 5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.
> 6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.
> 7. *Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de "realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao inicio de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulati-*

> *vamente" (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).*
> 8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.
> 9. *Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC*: - 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.
> *- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária*. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. *Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.*
> - 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.
> 10. Recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 1251331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013).

Também fica rejeitada a alegação de ilegalidade quanto ao IOF vez que, no julgamento do REsp 1251331/RS acima mencionado, o STJ se pronunciou no sentido da higidez da cobrança do IOF diluído nas parcelas da operação financeira, a propósito destacando-se o pertinente trecho do voto da Ministra Relatora:

> Especificamente, quanto à forma de cobrança do IOF, tributo de responsabilidade do mutuário, não se discute que a obrigação tributária arrecadatória e o recolhimento do tributo à Fazenda Nacional foi cumprido por inteiro pela instituição financeira, o agente arrecadador, de sorte que a alegação existente entre esta e o mutuário é decorrente da transferência ao Fisco do valor integral da exação tributária. Este é o objeto do financiamento acessório, sujeito às mesmas condições e taxas do mútuo principal, destinado ao pagamento do bem de consumo. O financiamento do valor devido pelo consumidor à Fazenda, pela instituição financeira arrecadadora, não padece de ilegalidade ou abusividade, senão atendimento aos interesses do financiado, que não precisa desembolsar de uma única vez todo o valor, ainda que para isso esteja sujeito aos encargos previstos no contrato.

Em relação à tarifa de avaliação do bem dado em garantia e das despesas com registro do contrato/gravame, a Segunda Seção do STJ, em julgamento de recurso especial submetido ao rito dos repetitivos (REsp 1578553), fixou tese considerando válidas tais cobranças, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento de abuso por cobrança de serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto. Confira-se ementa do julgado:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO

> BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO.
> 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.
> 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1.
> Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; *2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.*
> 3. CASO CONCRETO.
> 3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros ("serviços prestados pela revenda").
> 3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia.
> 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
> (REsp 1578553/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 06/12/2018).

Quanto à tarifa de registro do contrato/gravame observo que o contrato foi efetivamente registrado no Sistema Nacional de Gravames, conforme documento de fl. 14, destarte não havendo se cogitar de abusividade na cobrança do encargo.

No que se refere à tarifa de avaliação/vistoria, o que se verifica é que a hipótese é de financiamento com alienação fiduciária, havendo previsão contratual de avaliação do bem dado em garantia (cláusula 2.3.5), sendo que no caso o bem foi avaliado em R$ 23.500,00, conforme se observa no contrato à fl. 11, vale dizer, tudo quanto posto nos autos infirma a hipótese de não prestação do serviço.

Rejeito a alegação versando caracterização de "venda casada", nada nos autos evidenciando que a instituição financeira tenha condicionado a pactuação da alienação fiduciária à contratação de seguro.

Anoto a impertinência da impugnação relativa a serviços de terceiros, não constando cobrança da tarifa pelo agente financeiro.

No tocante à comissão de permanência, sua incidência está prevista na Resolução 1.129/86 do BACEN, que vigorou até 31 de agosto de 2017, conforme disposto na Resolução 4.558/17, sendo que sua cobrança foi reconhecida devida pelo E. STJ, que editou o Enunciado nº 294 sobre o tema:

> *Súmula 294 STJ*: "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato".

Por outro lado, a 2ª Seção do STJ, no julgamento do Resp nº 271.214-RS, consignou o caráter múltiplo da comissão de permanência, prestando-se "(...) simultaneamente, para atualizar e para remunerar a moeda", sendo legítima a sua aplicação nos contratos bancários desde que pactuada mas inadmissível a sua cobrança cumulativamente com outros encargos.

Nesse sentido editado o Enunciado nº 472 pela Segunda Seção do E. STJ:

> *Súmula 472 STJ*: "A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual".

É jurisprudência pacífica do E. STJ reconhecendo a legalidade da comissão de permanência mas também vedação de cumulatividade com demais encargos decorrentes do inadimplemento, destarte possibilitando-se sua contratação e cobrança porém sem cumulação com taxa de rentabilidade, juros moratórios, multa moratória/pena convencional, juros remuneratórios e correção monetária, a propósito destacando-se os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. *1. "É legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30, 294 e 472 do STJ)"* (AgRg no AREsp n. 264.054/RS, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 6/2/2015). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN:(AGRESP 201102693134, ANTONIO CARLOS FERREIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:23/04/2015 ..DTPB:.)
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. DESPACHO SANEADOR. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONSIDERAÇÃO EM SEDE DE SENTENÇA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.
> 1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Violação ao art. 535 afastada.
> 2. Não pode o magistrado ao seu talante reconsiderar questão decidida em sede de saneador, relativa à penhorabilidade de bem constrito - a fortiori porque mantida a decisão pela segunda instância, em sede de agravo de instrumento -, porquanto já acobertada pelo manto da preclusão.
> *3. Consoante entendimento da Segunda Seção desta Corte Superior, é admitida a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual (Súmula nº 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula nº 296/STJ) ou moratórios, nem com a multa contratual.*
> 4. Recurso especial parcialmente provido.
> (STJ - RESP 254.236 - DJ 22/03/2010 - REL. MIN. LUIS SALOMÃO - QUARTA TURMA)
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PEÇAS NÃO AUTENTICADAS. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL. INCIDENTE ALEGADO A DESTEMPO. REJEIÇÃO. CO-

MISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS PACTUADA. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. CONTRATOS POSTERIORES À MP N. 1.963-17. JUROS REMUNERATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE DECIDE COM FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA N. 126-STJ. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO NESSA PARTE.
I. Com relação à capitalização, a 2ª Seção, ao apreciar o REsp n. 602.068/RS, entendeu que somente nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17, revigorada pela MP n. 2.170-36, em vigência graças ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano. *In casu*, o contrato sob exame foi firmado posteriormente às normas referenciadas, de modo que legítima a capitalização dos juros remuneratórios, como pactuada.
II. Referentemente à comissão de permanência, firmou-se o entendimento de que ela pode ser deferida de acordo com a Súmula n. 294 deste Tribunal, desde que sem cumulação com juros remuneratórios e moratórios, multa e correção monetária (2ª Seção, AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 08.08.2005).
III. A limitação dos juros remuneratórios com base da Lei de Usura, sob o pretexto de revogação da Lei n. 4.595/1964 pela Constituição Federal, com fulcro na qual foi editada a Súmula n. 596-STF, exige a interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 126/STJ.
IV. Agravo regimental parcialmente provido.
(AGRESP 1052298. Relator Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. DJE DATA :01/03/2010).

CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVAÇÃO DO ERRO. DESNECESSIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULATIVIDADE COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão dos contratos é possível em razão da relativização do princípio pacta sunt servanda, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação. [...] *3. A comissão de permanência é admitida durante o período de inadimplemento contratual, não podendo, contudo, ser cumulada com qualquer dos demais encargos moratórios.* 4. Agravo regimental improvido.
(STJ, 4ª Turma, AGREsp 879268, Rel.Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 254)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. APRESENTAÇÃO PELA AUTORA DO CÁLCULO DISCRIMINADO DO DÉBITO ADEQUADO AOS PADRÕES LEGAIS. COMISSÃO DE PERMANENCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A CORREÇÃO MONETÁRIA E A "TAXA DE RENTABILIDADE". - *Exigência da chamada "taxa de rentabilidade", presente na comissão de permanência, cuja exata qualificação jurídica está a depender da análise de estipulação contratual (Súmula n. 5 - STJ). - Admitida pela agravante que a "taxa de rentabilidade" é um dos elementos da comissão de permanência, resta claro ser indevida a cobrança cumulativa das duas parcelas. - Consoante assentou a Segunda Seção, a comissão de permanência abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS).* - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.
(STJ, 4ª Turma, AgREsp 491437, Rel.Min. Barros Monteiro, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310).

Em suma, não há ilegalidade na cobrança da comissão de permanência, desde que de forma exclusiva, sem a cumulação com qualquer outro encargo concernente ao inadimplemento.

Cabe também observar que prevista no contrato, que tem força obrigatória entre as partes, não se verifica abusividade da cláusula estipulando a taxa de comissão de permanência (0,6% ao dia, fl. 12) porquanto não afronta qualquer dispositivo legal, sendo defeso ao Poder

Judiciário imiscuir-se na avença para alterar suas cláusulas no interesse de uma das partes contratantes.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001424-28.2013.4.03.6006

Apelante: ITAMAR VARAGO, MARCIA ANA DA CRUZ VARAGO, IRANY APARECIDA VARAGO E OUTROS
Apelados: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO. INTERDITO PROIBITÓRIO IMPUGNANDO DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROCESSO DEMARCATÓRIO TEM NATUREZA DECLARATÓRIA. DIREITO INDÍGENA PRÉ-EXISTENTE. BEM PÚBLICO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. INALIENABILIDADE E INDISPONIBILIDADE. APELO DESPROVIDO.
I - No caso dos autos, ocorre, de fato, a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o artigo 19, §2 º, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) veda a utilização do interdito possessório como forma de impugnar demarcação administrativa das terras originariamente ocupadas pelos indígenas, facultado aos interessados recorrerem à ação petitória ou à demarcatória.
II - Por outro lado, a vedação é somente quanto às ações possessórias, não havendo óbice legal para a utilização de interditos possessórios visando coibir eventual turbação, esbulho ou ameaça à melhor posse em situações que não envolvessem o procedimento demarcatório, mesmo que desfavorável às comunidades indígenas, inclusive em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).
III - A posse indígena difere em sua caracterização da posse tal qual como estudada no direito civil, possuindo peculiaridades que lhe são próprias, devendo o operador do direito, por esse motivo, aplicar esse instituto de modo peculiar e de forma a exigir uma maior cautela.
IV - Atualmente, o instituto do indigenato encontra previsão constitucional, no artigo 231, § 2º, segundo o qual "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes", bem como na Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio), que estabelece, em seu artigo 25, que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação. Deste modo, resta evidente que não é o processo demarcatório que cria uma posse imemorial, um habitat indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional.
V - A própria Constituição Federal em seu artigo 20, inciso XI prevê que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas pertencem à União, bem como o tratamento especial conferido pelo legislador constituinte às essas terras - inclusive com a previsão de sua inalienabilidade e indisponibilidade -, demonstram que o instituto do interdito possessório não deve ser utilizado em sua pureza conceitual como concebido no Direito Civil. Trata-se de bem público de uso especial.

VI - A demarcação de terra indígena é ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário), tratando-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade.
IV - Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação de reintegração de posse c/c perdas e danos interposta por ITAMAR VARAGO e outros em face da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, objetivando a reintegração de posse do imóvel esbulhado, a cominação de pena em caso de novo esbulho, bem como a indenização por perdas e danos.

Sentença: O Juízo *a quo*, julgou improcedente o pedido de reintegração formulado na inicial, nos termos do art. 269, I do CPC/73, revogando a liminar anteriormente concedida. Condenou a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 5.000,00, nos termos do art. 20, §4º do CPC/73.

Apelação da parte autora acostada às fls. 487/495, aduzindo, em síntese que: a) sua posse é legítima, justa e de boa-fé, b) a decisão juntada aos autos (fls. 407/418) não tem o condão de atingir os apelantes, uma vez que não integraram o polo passivo da referida demanda, bem como não foi observado o devido processo legal para a demarcação das terras indígenas, c) o esbulho praticado pelos indígenas não se justifica.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

No caso dos autos, ocorre, de fato, a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o artigo 19, §2 º, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) veda a utilização do interdito possessório como forma de impugnar demarcação administrativa das terras originariamente ocupadas pelos indígenas, facultado aos interessados recorrerem à ação petitória ou à demarcatória.

Por outro lado, a vedação é somente quanto às ações possessórias, não havendo óbice legal para a utilização de interditos possessórios visando coibir eventual turbação, esbulho

ou ameaça à melhor posse em situações que não envolvessem o procedimento demarcatório, mesmo que desfavorável às comunidades indígenas, inclusive em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

Trago à colação decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade jurídica dos remédios possessórios em caso de demarcação administrativa das terras indígenas:

> INTERDITO PROIBITORIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RESERVA INDIGENA. INTERDIÇÃO PARA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI 6.001/73 (ARTIGO 19, PARAGRAFO 2.).
> -OBICE REGIMENTAL AFASTADO PELA ACOLHIDA DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL.
> -FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DAS QUESTÕES RELATIVAS AOS PARAGRAFOS 4. E 15 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO (SUMULAS 282 E 356).-TRATANDO-SE DE PROBLEMAS RELATIVO A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE AÇÃO POSSESSORIA, NÃO SE DISCUTE PROPRIEDADE, INEXISTINDO, POIS, OFENSA AO PARAGRAFO 22 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO.
> -INEXISTÊNCIA DE OFENSA, EM FASE DAS CIRCUNSTANCIAS DE FATO AFIRMADAS PELO ARESTO RECORRIDO, DO ARTIGO 198 DA CARTA MAGNA.
> -INTERPRETAÇÃO RAZOAVEL DO PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 19 DA LEI 6.001/ 73 (SÚMULA 400), O QUE, POR VIA DE CONSEQUENCIA, AFASTA A ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 932 E 267, I E VI, DO C.P.C. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.
> (STF - RE nº 97867/MT, Ministro Moreira Alves, DJ: 12/08/1983, alteração: 25/04/2012)

Veja também o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em caso análogo:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ÁREA INDÍGENA COM DEMARCAÇÃO PENDENTE. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE TERRENOS LOCALIZADOS EM TAL LOCALIDADE. NÃO CABIMENTO.
> 1. Nos termos do art. 231, parágrafo 4º, CF, as terras ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, sendo imprescritíveis os direitos sobre elas. 2. "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve." (STJ, 1ª T, RESP 1.097.980 - SC rel. Ministra Denise Arruda, DJE:01/04/2009 RSTJ vol.:00216 p:00201.).
> 2. A demarcação de tais áreas dar-se-á conforme o disposto no art. 19, parágrafo 2º , da Lei nº 6.001/73 e Decreto nº 1.775/96, não cabendo, contra tal procedimento, a concessão de interdito possessório, sendo facultado aos interessados utilizarem-se da ação petitória ou demarcatória.
> 3. Hipótese em não é possível ajuizar ação de reintegração de posse de terrenos localizados em área indígena, cuja demarcação ainda não foi ultimada, uma vez que tal pendência não descaracteriza a natureza da propriedade.
> 4. Agravo retido não conhecido e apelação improvida.
> (TRF-5ª Região, AC nº 466686, Proc. nº 200681000131773/CE, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJE DATA: 11/06/2012, pág. 249).

É cediço que a posse indígena difere em sua caracterização da posse tal qual como estudada no direito civil, possuindo peculiaridades que lhe são próprias, devendo o operador do direito, por esse motivo, aplicar esse instituto de modo peculiar e de forma a exigir uma maior cautela.

Conforme os ensinamentos do professor José Afonso da Silva, trata-se de posse como

habitat, de *possessio ab origine*, que, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e não na relação material do homem com a coisa. Trata-se, pois, de posse originária, melhor e muito anterior à de todo e qualquer não-índio, não perdendo tal caráter em razão da expulsão dos seus genuínos habitantes.

Atualmente, o instituto do indigenato encontra previsão constitucional, no artigo 231, § 2º, segundo o qual "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes", bem como na Lei nº 6001/73 (Estatuto do Índio), que estabelece, em seu artigo 25, que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação. Deste modo, resta evidente que não é o processo demarcatório que cria uma posse imemorial, um habitat indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional.

Esta delimitação, para que atenda aos ditames constitucionais, deve ter como baliza a especial relação que o índio mantém com a terra, já que esta representa valor indispensável à sua sobrevivência. Sem tal garantia, ocorrerá a sua morte física ou cultural, caracterizada esta última pela desintegração dos costumes e rituais, perda da identidade étnica, dissolução dos vínculos históricos, sociais e antropológicos, além da erosão da sua consciência enquanto povo.

A própria Constituição Federal em seu artigo 20, inciso XI prevê que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas pertencem à União, bem como o tratamento especial conferido pelo legislador constituinte às essas terras - inclusive com a previsão de sua inalienabilidade e indisponibilidade -, demonstram que o instituto do interdito possessório não deve ser utilizado em sua pureza conceitual como concebido no Direito Civil.

Trata-se de bem público de uso especial, vez que a própria Constituição Federal, assegurando o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, acaba por afastar seu uso por terceiros e a consequente classificação do bem como de uso comum; estando constitucionalmente afetados a uma finalidade pública, bem como pela análise de suas características peculiares já citadas, também afastada a ideia da classificação desses bens como dominiais.

Este é o posicionamento adotado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "As terras indígenas são bens públicos de uso especial; embora não se enquadrem no conceito do artigo 66, II, do Código Civil, a sua afetação e a sua inalienabilidade e indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos a elas relativos, conforme previsto no § 4º do artigo 231, permite incluí-las nessa categoria de bens".

E considerando que em interditos possessórios discute-se a posse e não a propriedade, tenho como esclarecedores os julgados que seguem:

> PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. TERRA INDÍGENA. POSSE DE BOA FÉ. JUSTO TÍTULO MAS INEFICAZ.
> I - A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, é clara e precisa, quando estabelece que são reconhecidos aos índios "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam".
> II - Não importa como o não-índio adquiriu as terras indígenas, se de boa ou má-fé. A boa-fé só interessa para o fim de discutir indenização.
> III - A posse de boa-fé não significa posse justa. O título pode ser até justo - justo título - mas não ter eficácia, por exemplo, porque o transmitente não tem o direito de propriedade, não é dono (a domino). E, assim, na verdade, o domínio não se transmite. (TRF 1ª Região, AC nº 1997.01.00.023916-8, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJ 30/09/1999)

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das

terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.
12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF).
13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).
14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.
15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.
16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígines venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condivisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.
17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais

> estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.
> 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.
> (STF, Pet 3388, Relator Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2009).

Por fim, os apelantes sustentam que a decisão que validou a portaria 1289/05 de demarcação da terra indígena YVY KATU (processo administrativo FUNAI/BSB/0807-82, juntado às fls. 407/418) não teria o condão de atingir os apelantes, uma vez que não integraram o polo passivo da referida demanda, bem como não foi observado o devido processo legal para a demarcação das terras indígenas.

Ocorre que a demarcação de terra indígena é ato formal, de natureza declaratória, que tem por escopo o reconhecimento de um direito pré-existente (originário), tratando-se de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade.

Nos autos nº 0001123.62.2005.403.6006 que tramitou na 1ª Vara da Justiça Federal de Naviraí/MS, foi reconhecida a validade do procedimento de demarcação de terra indígena YVY KATU. O fato dos apelantes não integrarem o polo passivo daqueles autos não afasta a legitimidade, validade e veracidade do ato administrativo de demarcação, de forma que não merece acolhimento os argumentos dos apelantes.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0008185-73.2013.4.03.6136

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: MAURO MARTINS RODRIGUES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/02/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIROS. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. VEÍCULO AUTOMOTIVO. ALIENAÇÃO APÓS GARANTIDA A EXECUÇÃO FISCAL PELO DEVEDOR. FRAUDE A EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 185 DO CTN. APELAÇÃO IMPROVIDA.
1. Quanto a hipótese de fraude a execução fiscal, o C. Superior Tribunal de Justiça elevou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 240 - Resp nº 1.141.990/PR), na qual decidiu-se que a Súmula nº 375/STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica na legislação tributária acerca do tema (art. 185 do CTN).
2. Nos termos do respectivo paradigma, trata-se de presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*), o que dispensa a verificação de elementos de ordem subjetiva, como a boa fé do adquirente, bem como de possível conluio entre o alienante (devedor) e o terceiro adquirente a frustrar o recebimento dos créditos tributários pelo credor público (*consilium fraudis*).
3. Para averiguação de fraude à execução, há de se ter como premissa o marco temporal da alienação questionada, a saber: a) se alienado o bem pelo executado até 08/06/2005, faz-se necessária a prévia citação do executado no processo judicial para que fique configurada a fraude em tela; b) se a transmissão da propriedade ocorre a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN), restou firmada a tese de que a caracterização da fraude à execução requer apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa.
4. A fraude a execução fiscal somente poderá ser ilidida se restar comprovado a reserva, pelo devedor, de outros bens ou rendas passíveis de quitação integral da dívida, nos termos do parágrafo único do art. 185 do CTN, sendo que, em sede de embargos de terceiro, compete ao embargante o ônus de provar a respectiva solvência do executado. Precedente deste E. Tribunal.
5. Ressalte-se que o respectivo REsp nº 1.141.990/PR também se aplica às hipótese de cadeia de alienações, no qual já decidiu esta Terceira Turma que "as sucessivas alienações do bem não elidem o fato de que este não poderia, originalmente, ter sido vendido pelo executado, não afastando, portanto, a fraude à execução no caso" (EDcl na AC n. 0009731-21.2011.4.03.6109, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, e-DJF3 10/06/2016).
6. Da análise dos autos, embora alegue o embargante ter adquirido o bem através de sucessivas alienações, bem como ao tempo da aquisição não haver qualquer restrição nos cadastros do veículo placa DXA7667, a primeira venda, exposta na nota fiscal de fl. 68 *(11/08/2011)*, fora realizada pela empresa executada após a inscrição dos débitos em dívida ativa pela Fazenda Nacional *(30/05/2005)*, relativos à CDA nº

80405053686-28. Inconteste, quanto a este ponto, a presunção de fraude a execução, de acordo com redação do art. 185, caput, do Código Tributário Nacional.
7. Entretanto, da análise do documento de fl. 63 (Auto de Penhora, Avaliação e Depósito) trazido pelo embargante, observa-se que ao tempo da constrição sobre o veículo, requisitada pela Fazenda Nacional em 28/09/2011 (fls. 64/65), a execução fiscal já estava garantida pela penhora de 80 (oitenta) estofados, inclusive em valor superior ao do débito cobrado na ação executiva, o que leva a concluir que a respectiva venda do veículo, por si só, não levaria a executada ao estado de insolvência, pois haveriam bens já penhorados e em valor mais que suficiente ao pagamento dos débitos cobrados pela exequente.
8. Portanto, verificada a ausência de um dos elementos objetivos ensejadores da hipótese de fraude a execução fiscal, tem-se por aplicável o parágrafo único do art. 185 do CTN. Precedentes deste E. Tribunal.
9. E não se alegue, como quer a apelante, que a constrição sobre o automóvel deve ser mantida em virtude de outras execuções fiscais pendentes em desfavor da executada (fls. 43/44 vº), haja vista que, com exceção das inscrições nº 80405140349-15 e 80405140350-59, derivadas da CDA nº 80405053686-28 cobrada na execução fiscal de nº 000578-09.2013.4.03.6136, as demais inscrições foram realizadas somente após a primeira venda do veículo pela empresa executada, à qual fora operada após devidamente garantidos os débitos na ação executiva à qual originou os presentes embargos de terceiro.
10. Apelação improvida.

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 a apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Mairan Maia (Relator).

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de terceiros opostos por MAURO MARTINS RODRIGUES com o objetivo de afastar a penhora realizada sobre veículo VW/PARATI 1.8. TRACK-FIELD, ano 2006, modelo 2007, placa DXA7667, cor branca, RENAVAM 905231546, chassi 9BWDC05W97T086025, nos autos da execução fiscal ajuizada pela União Federal contra ESTOFADOS DUEMME LTDA.

Alega, em apertada síntese, a nulidade da penhora, pois à época da compra do veículo junto a concessionária BÁLTICO AUTOMÓVEIS LTDA, não havia qualquer ônus sobre o respectivo bem, tendo assim o adquirido de boa fé. Requereu liminarmente a suspensão da execução fiscal, bem como a autorização para licenciar o veículo e, no mérito, a total procedência do pedido, com o consequente levantamento da penhora.

Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita ao embargante.

Em contestação, a União Federal sustentou que a alienação do veículo decorreu de fraude

a execução fiscal, pois fora realizada em período posterior à inscrição dos débitos do executado em dívida ativa, o que dispensa o *concilium fraudis*, sem terem sido reservados outros bens suficientes para saldar a dívida exequenda em relação aos débitos fiscais consolidados da empresa executada. Pugnou assim pela improcedência do pedido, com as cominações de estilo, mantendo-se a penhora do veículo descrito na inicial.

Em resposta à contestação, sustentou a embargante que ao tempo da constrição havida sobre o veículo, a execução fiscal já estava garantida com a penhora formalizada de 80 (oitenta) estofados da empresa executada e em valor suficiente à garantia dos débitos em cobro, não havendo o que se falar em fraude a execução no presente caso.

A sentença julgou procedente os embargos e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para desconstituir a penhora e constrição de transferência que recaíram sobre o veículo. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, em desfavor da embargada.

Em apelação, aduz a embargada que alienação do veículo decorreu de fraude a execução fiscal, pois decorrera após a inscrição dos débitos da executada em dívida ativa, sem a comprovação de reserva de bens ao pagamento de débitos relativos às execuções fiscais pendentes, o que afastaria a aplicação do parágrafo único do art. 185 do CTN, bem como não fora demonstrado pelo embargante a cadeia de alienações do veículo alegada em sua inicial, de modo a perscrutar acerca de sua boa ou má-fé na respectiva compra.

Por fim, prequestiona a matéria que argui, bem como requer seja provida a apelação para reformar a sentença de primeiro grau, determinando, em consequência, a manutenção da penhora e sobre veículo de placa DXA7667, invertendo-se o ônus sucumbencial, em especial, os honorários advocatícios.

Com apresentação de contrarrazões pelo embargante, os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

Os embargos de terceiro possuem a natureza de ação, ajuizada por um terceiro possuidor e senhor, ou somente possuidor, que não faz parte da relação jurídica, em defesa de seus bens ilegitimamente ofendidos para efeito da execução. Neste contexto, para que se apure a procedência dos embargos, é preciso que se investigue a legalidade da penhora, o que se faz por meio da verificação do direito real do embargante, bem como de eventual ocorrência de fraude à execução.

Isto posto, no que se refere à verificação de fraude a execução fiscal, menciono que o Superior Tribunal de Justiça elevou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 240 - Resp nº 1.141.990/PR), estabelecendo assim alguns parâmetros acerca do tem, conforme segue:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A

REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.
1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derrogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.
2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:
"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."
3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor:
"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.
Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."
4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.
5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.
6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).
7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:
O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ.
(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009)
"Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);.
(REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)
"Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005".
(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008)
A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser

possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.
(REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)
8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."
9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.
10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.
11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.
(STJ, REsp 1141990 / PR RECURSO ESPECIAL 2009/0099809-0, Ministro LUIZ FUX, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento: 10/11/2010, Data da Publicação: DJe 19/11/2010 RT vol. 907 p. 583)

Dessa feita, decidiu-se que a Súmula nº 375/STJ não se aplica às execuções fiscais, diante da existência de disposição específica na legislação tributária acerca do tema (art. 185 do CTN), a qual fixa elementos de ordem objetiva à verificação da hipótese de fraude a execução.

Logo, termos do paradigma ora descrito, tratar-se de presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*), o que dispensa, na análise do caso, a verificação de elementos de ordem subjetiva, como a boa-fé do adquirente, bem como de possível conluio entre o alienante (devedor) e o terceiro adquirente a frustrar o recebimento dos créditos tributários pelo credor público (*consilium fraudis*).

Por conseguinte, restou assentado que, para averiguação da hipótese de fraude, há de se ter como premissa o marco temporal da alienação questionada, a saber:

a) *se alienado o bem pelo executado até 08/06/2005*, faz-se necessária a *prévia citação do executado no processo judicial* para que fique configurada a fraude em tela;

b) *se a alienação ocorreu a partir de 09/06/2005 (início da vigência da LC nº 118/05, que alterou a redação do artigo 185 do CTN)*, a caracterização da fraude à execução requer *apenas que a alienação tenha sido efetivada após a inscrição de débito fiscal em dívida ativa.*

Ressaltou-se também que a fraude à execução somente poderá ser ilidida se estiver comprovada a reserva, pelo devedor, de outros bens ou rendas livres passíveis de quitação integral

da dívida tributária, nos termos do parágrafo único do art. 185 do CTN. Logo, em sede de embargos de terceiro, recai sobre o embargante o ônus de comprovar a solvência do alienante (executado), conforme jurisprudência desta Terceira Turma, *in verbis*:

> EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA - ALIENAÇÃO (03/06/2008) POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA- MATÉRIA APAZIGUADA AO RITO DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA, ART. 543-C, CPC - AUSENTE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS
> 1.Não se há de falar em inépcia das razões recursais, vez que, reconhecida pela r. sentença a impenhorabilidade do bem litigado, expressamente o insurgente a defender, na apelação, que referida coisa deve ser mantida em constrição, porque, ante o desrespeito ao art. 185, CTN, logo atacada a fundamentação sentenciadora.
> 2.Tem por premissa a fraude à execução fiscal a prática de desfazimento patrimonial, pela parte executada, de bens em grau condutor ao quadro de insolvência.
> 3.O limite temporal, então, a partir do qual se dê sua configuração vem claramente positivado pelo art. 185, CTN, cuja redação original fixava a necessidade de que o débito estivesse inscrito em Dívida Ativa, em fase de execução (atualmente, suficiente o primeiro momento, segundo a LC 118/05).
> 4.Entendem o E. STJ e esta C. Corte, cujos v. votos adiante são colacionados, que fundamental se faz a citação pessoal prévia do devedor, para que cabal se revele seu conhecimento sobre a demanda hábil a reduzi-lo à insolvência, com o gesto de alienação que posteriormente tenha praticado (isso para os casos da redação primitiva do citado art. 185). Precedentes.
> 5.O veículo foi adquirido do executado em 03/06/2008, fls. 08, sendo que já havia execução ajuizada desde 2005, com débito inscrito em Dívida Ativa desde 30/05/2005, fls. 13.
> 6.Impresente prova da solvência do polo executado, pecando mais uma vez a parte embargante, pois nenhum elemento carreou aos autos, a fim de comprovar que o devedor tem patrimônio para saldar o débito fiscal, seu ônus, artigo 333, CPC.
> 7.Se a garantia patrimonial genérica do credor está no patrimônio do devedor, indubitável que o gesto de alienação se impregnou de fraude, de molde a se revelar imperativo seu desfazimento.
> 8.Destaque-se nenhuma força têm as entabulações privadas perante o Estado, cujo crédito tributário desfruta de tal garantia, estampada no art. 185 CTN: sendo ônus da parte embargante denotar a solvabilidade do originário executado, seu não atendimento visceralmente compromete sua própria tese.
> 9.A matéria está pacificada ao rito do art. 543-C, Lei Processual Civil, não comportando mais disceptação. Precedente.
> 10.Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência aos embargos, sujeitando-se a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com atualização monetária até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC, condicionada a execução da rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo firmados pela Lei 1.060/50, por este motivo ausentes custas, fls. 50.
> TRF 3ª Região, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1679503 / SP 0036657-09.2011.4.03.9999, Juiz Convocado Silva Neto, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015)

Por fim, ressalto que o respectivo REsp nº 1.141.990/PR também se aplica à hipótese de cadeia de alienações, no qual já decidiu esta Terceira Turma que "as sucessivas alienações do bem não elidem o fato de que este não poderia, originalmente, ter sido vendido pelo executado, não afastando, portanto, a fraude à execução no caso" (EDcl na AC n. 0009731-21.2011.4.03.6109, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, e-DJF3 10/06/2016).

Dessa feita, aplicando-se as premissas acima ao presente caso, embora alegue o embar-

gante ter adquirido o bem através de sucessivas alienações, bem como ao tempo da aquisição não haver qualquer restrição nos cadastros do veículo placa DXA7667, a primeira venda, exposta na nota fiscal de fl. 68 *(11/08/2011)*, fora realizada pela empresa executada após a inscrição dos débitos em dívida ativa pela Fazenda Nacional *(30/05/2005)*, relativos à CDA nº 80405053686-28.

Logo, analisando apenas quanto a este ponto, haveria em princípio a fraude a execução fiscal, nos termos redação do art. 118 caput do CTN e do Resp nº 1141990/PR, à qual dispensa verificação de elementos de ordem subjetiva na presente alienação.

Entretanto, da análise do documento de fl. 63 (Auto de Penhora, Avaliação e Depósito) trazido pelo embargante, observo que ao tempo da constrição sobre o veículo, requisitada pela Fazenda Nacional em 28/09/2011 (fls. 64/65), a execução fiscal já estava garantida pela penhora de 80 (oitenta) estofados, inclusive em valor superior ao do débito cobrado na ação executiva, o que leva a concluir que *a respectiva venda do veículo, por si só, não levaria a executada ao estado de insolvência*, pois haveriam bens já penhorados e em valor mais que suficiente ao pagamento dos débitos cobrados pela exequente.

Por conseguinte, verificada a ausência de um dos elementos objetivos ensejadores da hipótese de fraude a execução fiscal, tem-se por aplicável o parágrafo único do art. 185 do CTN, nos termos da jurisprudência deste E. Tribunal, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL APÓS CITAÇÃO DO EXECUTADO. SOLVÊNCIA DEMONSTRADA. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DO RESP 1141990/PR. REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 185, DO CTN. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
> 1. No julgamento do RESp 1141990/PR, submetido ao rito dos repetitivos, pacificou-se que em matéria de fraude à execução não se aplica aos executivos fiscais as normas processuais civis e o enunciado da súmula n. 375, do STJ, devendo ser observado o art. 185, caput, do CTN, do seguinte modo: a) em relação aos negócios jurídicos celebrados sob a redação original do referido dispositivo, presume-se a fraude a partir da citação válida do executado; b) quanto às alienações realizadas posteriormente à alteração dada pela LC n. 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição em dívida ativa.
> 2. A má-fé é presumida de forma absoluta, uma vez que a fraude fiscal possui natureza diversa da fraude civil contra credores e afronta o interesse público.
> 3. Elide-se a presunção de má-fé somente quando o devedor reserva patrimônio suficiente para a garantia do débito fiscal, sendo ônus do terceiro adquirente e do executado alienante a demonstração da solvência. Art. 185, parágrafo único, do CTN. Jurisprudência consolidada desta Terceira Turma.
> 4. *In casu*, os embargantes não trouxeram nenhuma prova acerca da alegada transação verbal supostamente realizada mais 10 anos antes da escritura pública de venda e compra. Assim, forçoso considerar a data de 22/04/1997, designada na referida escritura, como a da efetiva alienação, e tendo em vista que a citação do executado deu-se em 07/02/1992, resta inconteste a presença do primeiro requisito para a presunção da fraude, de acordo com a redação original do art. 185, do CTN.
> 5. Contudo, vislumbro a constrição sobre a metade ideal de uma área rural de 39,1689 hectares, avaliada, em sua totalidade, em R$1.000.000,00 em 15/08/2016. Considerando-se que o saldo devedor era de R$122.126,87 em 25/08/2016, é de se admitir a suficiência de patrimônio para saldar a dívida fiscal, o que faz incidir na espécie o parágrafo único do art. 185, CTN, devendo a fraude ser afastada.
> 6. Mantida a sentença com alguns fundamentos distintos.

7. Apelação da União não provida.
(TRF 3ª Região, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2228061 / SP 0000335-28.2014.4.03.6137, Des. Fed. Nelton dos Santos, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. ART. 185, CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC 118/2005. RESERVADOS BENS SUFICIENTES PARA A GARANTIA DA EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. RECURSO DESPROVIDO.
1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a fraude à execução rege-se pela norma vigente à época do ato de alienação, sendo que, na nova redação do artigo 185 do CTN, dada pela LC 118/2005, para a presunção da fraude basta a inscrição em dívida ativa, cabendo ao executado ou ao terceiro adquirente a comprovação da solvência do devedor ou da inexistência de *consilium fraudis* ou má-fé, não se aplicando a Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça a execuções fiscais de créditos tributários.
2. Caso em que, aplicável a redação do artigo 185 do CTN, com a redação dada pela LC 118/2005, em cuja vigência houve a alienação (contrato particular de 16/07/2009, escritura pública de 07/08/2009 e registro de 09/11/2009), posterior à inscrição em dívida ativa, que ocorreu em 13/12/2002, a conduzir à conclusão de que presente o primeiro requisito legal para decretação da fraude à execução, valendo lembrar que o registro da penhora - esta ocorrida apenas em 16/11/2011, ou a prova da má-fé do adquirente, de que trata a Súmula 375/STJ, não são exigidas nas execuções fiscais.
3. Por outro lado, a fraude à execução pode ser afastada se reservados bens suficientes para a garantia da execução fiscal. Segundo consta dos autos, o valor da dívida executada era R$ 15.106,48, remanescendo saldo no valor de R$ 6.899,53, com informação de valor consolidado em R$ 25.625,94, tendo havido o parcelamento da dívida em 03/08/2012.
4. A embargante juntou aos autos certidão, atualizada até a data de sua apresentação com a inicial dos embargos, da matricula do imóvel 51.514 do 7º CRI desta Capital, indicando que o executado é titular, com sua esposa, de 1/2 do terreno de 24.200,00 metros quadrados, nesta Capital, embora conte, igualmente, penhora da fração ideal do bem para a garantia de dívida trabalhista no montante de R$ 110.716,52 .
5. Embora a execução fiscal goze de diversos privilégios legais, como confirma a jurisprudência, ao afastar a aplicação da Súmula 375/STJ, certo é que, no caso, não restou comprovado que, com tal alienação, o executado tenha sido reduzido à insolvência, sem reservar bens suficientes para garantir a execução fiscal, na medida em que documentado nos autos que o executado possui, juntamente com sua esposa, a propriedade de 50% de imóvel de grande extensão nesta Capital, cujo valor não consta que seja insuficiente para garantir a dívida fiscal, que foi inclusive parcelada, e mesmo a dívida trabalhista, que originou a penhora averbada na respectiva matrícula.
6. Embora tal fato tenha sido alegado na inicial dos embargos e sido objeto de prova documental, a PFN, em contestação, limitou-se a alegar que, na execução fiscal, não foram localizados outros bens do executado, apesar de ter sido juntada a certidão de matrícula do imóvel 51.514, do 7º CRI, que faz demonstração do contrário e sobre a qual nada foi especificamente alegado pela ré.
7. Não se trata de situação em que demonstrado que o executado simplesmente alienou todo o patrimônio, que possuía, para frustrar a execução fiscal, de modo a permitir que o terceiro de boa-fé (ainda que incauto na medida em que não providenciou todas as certidões negativas necessárias antes da aquisição imobiliária) seja atingido pela ineficácia do negócio jurídico, pelo qual foi pago o preço do bem. Ademais, o parcelamento, que se noticiou nos autos, foi considerado na Vara de origem e levou ao arquivamento provisório da execução

fiscal, conforme decisão proferida naqueles autos em 30/09/2014 (registro 144 da consulta de movimentação processual), o que reforça o entendimento no sentido de que inexistente a comprovação de alienação fraudulenta para efeito de tornar ineficaz a aquisição do imóvel de matrícula 19.482, de que tem posse a terceira, ora embargante.
9. A jurisprudência desta Corte é firme em reconhecer fraudulenta a alienação ocorrida após a inscrição em dívida ativa, quando inexistente alegação e prova de reserva de bens para a garantia da execução fiscal, todavia, na espécie, diante da prova produzida, não é possível que se presuma o estado de insolvência do executado, de modo a prejudicar o direito de terceiro de boa-fé, conforme já decidiu, inclusive, esta Corte.
10. Caso em que, frente à prova dos autos, cabível a reforma da sentença para julgar procedentes os embargos de terceiro para desconstituir a declaração de ineficácia da alienação do imóvel matrícula 19.482, por alienação fraudulenta (artigo 185, CTN) e, assim, garantir o levantamento da penhora sobre tal bem nos autos da EF 0010944-18.2003.4.03.6182. Diante da sucumbência da embargada, esta deve arcar com verba honorária que se fixa em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, CPC.
11. Agravo inominado desprovido.
(TRF 3ª Região, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2037924 / SP 0051521-57.2011.4.03.6182, Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/08/2015)

E não se alegue, como quer a apelante, que a constrição sobre o automóvel deve ser mantida em virtude de outras execuções fiscais pendentes em desfavor da executada (fls. 43/44 vº), haja vista que, com exceção das inscrições nº 80405140349-15 e 80405140350-59, derivadas da CDA nº 80405053686-28 cobrada na execução fiscal de nº 000578-09.2013.4.03.6136, *as demais inscrições foram realizadas somente após a primeira venda do veículo pela empresa executada*, à qual fora operada após devidamente garantidos os débitos na ação executiva à qual originou os presentes embargos de terceiro.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* a apelação.

É como voto.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0021883-89.2015.4.03.6100

Apelante: OITO GRAMAS LTDA.-ME, FLAVIO TAVARES BEUGGER E PATRICIA TORRES
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO MONITÓRIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ANATOCISMO. SISTEMAS DE AMORTIZAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
I - A interposição de ação monitória para obtenção de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, depende apenas de prova escrita, não sendo necessário que tal prova tenha eficácia de título executivo, nos termos do artigo 1.102-A do CPC/73, atual artigo 700 do novo CPC, sendo um dos intuitos da própria ação a constituição de título com estas características.
II - Nas ações em que se pleiteia a revisão de cláusulas de contratos de mútuo, em regra, incide o artigo 355, I, do novo CPC, (artigo 330, I, do CPC/73), permitindo-se o julgamento antecipado da lide, porquanto comumente as questões de mérito são unicamente de direito. Na hipótese de a questão de mérito envolver análise de fatos, é do autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, inteligência do artigo 373, I, do novo CPC/15 (artigo 333, I, do CPC/73). Cabe ao juiz da causa avaliar a pertinência do pedido de realização de perícia contábil, conforme artigos 370 e 464 do novo CPC (artigos 130 e 420 do CPC/73), razão pela qual o indeferimento de pedido para produção de prova pericial, por si só, não representa cerceamento de defesa. Considerando as alegações da parte Ré e a configuração do caso em tela, não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa.
III - Uma vez pactuada, não constitui prática irregular a cobrança de comissão de permanência quando configurado o inadimplemento contratual, contanto que sua utilização não seja concomitante à incidência de correção monetária, e de outros encargos moratórios e remuneratórios, bem como de multa contratual. Mesmo ao se considerar a sua utilização exclusiva, seu valor não pode ser superior ao montante correspondente à somatória dos critérios que são afastados para a sua incidência. Por essas mesmas razões, não é permitida a cumulação de cobrança de comissão de permanência e taxa de rentabilidade. Este é o entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal da Justiça, inclusive por julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC/73 (REsp nº 1.058.114/RS), após a edição e a interpretação sistemática das Súmulas de nº 30, 294, 296 e 472.
IV - O Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), mas é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas (Súmula 381 do STJ). A aplicação da teoria da imprevisão e do princípio *rebus sic standibus* para relativizar o *pacta sunt servanda* requer a demonstração de que não

subsistem as circunstâncias fáticas que sustentavam o contrato, justificando o pedido de revisão contratual. Mesmo nos casos em que se verifica o prejuízo financeiro, a nulidade pressupõe a incidência dos termos do artigo 6º, V, artigo 51, IV e § 1º do CDC, sendo o contrato de adesão espécie de contrato reconhecida como regular pelo próprio CDC em seu artigo 54.

V - A legislação sobre o anatocismo, ao mencionar "capitalização de juros" ou "juros sobre juros", não se refere a conceitos da matemática financeira, sendo de todo regular a utilização de taxa de juros efetiva com capitalização mensal, derivada de taxa de juros nominal com capitalização anual, ainda quando aquela seja ligeiramente superior a esta. Tampouco se refere a juros compostos ou a sistemas de amortização que deles se utilizem. Como conceito jurídico "capitalização de juros" pressupõe o inadimplemento e um montante de juros devidos, vencidos e não pagos e posteriormente incorporados ao capital para que incidam novos juros sobre ele. Não há no ordenamento jurídico brasileiro proibição absoluta de tal prática, sendo permitida mesmo pela Lei de Usura (artigo 4º do Decreto 22.626/33), com frequência anual, sendo este o critério de interpretação da Súmula 121 do STF.

VI - Na esteira da Súmula 596 do STF, desde a MP 1.963-17/00, atual MP 2.170-36/01, admite-se como regra geral para o sistema financeiro nacional a possibilidade de se pactuar capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Há na legislação especial que trata das Cédulas de Crédito Bancário autorização expressa para se pactuar os termos da capitalização, conforme exegese do artigo 28, § 1º, I da Lei 10.931/04 (REsp 973827/RS julgado pelo artigo 543-C do CPC).

VII - Não existe vedação legal à utilização da Tabela Price (SFA), do SAC ou do Sacre, estes sistemas de amortização não provocam desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, enriquecimento ilícito ou qualquer outra ilegalidade, cada um deles possui uma configuração própria de vantagens e desvantagens. Na ausência de nulidade na cláusula contratual que preveja a utilização de qualquer um destes sistemas, na ausência de óbices à prática de juros compostos, não se justifica a revisão do contrato para a adoção do Método Gauss.

VIII - Caso em que assiste razão à parte Ré tão somente ao questionar a incidência da comissão de permanência. Quanto às outras alegações, limitou-se a questionar a validade das cláusulas contratadas, as quais são regulares. Ademais, não logrou demonstrar que a CEF deixou de aplicá-las ou que sua aplicação provocou grande desequilíbrio em virtude das alterações das condições fáticas em que foram contratadas, apresentando fundamentação insuficiente para a produção de prova pericial.

IX - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte Ré tão somente para esclarecer as condições de incidência da comissão de permanência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargadora Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS: Trata-se de apelação interposta pela parte Ré contra sentença que rejeitou os embargos à monitória, assentando, no entanto, que o cálculo da atualização monetária e a aplicação dos juros devem seguir os critérios definidos no Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal.

A ação monitória foi interposta pela Caixa Econômica Federal com fundamento em "Contrato de Relacionamento - Contratação de Produtos e Serviços Pessoa Jurídica", "Cédula de Crédito Bancário - Empréstimo à Pessoa Jurídica", "Cédula de Crédito Bancário - GIRO-CAIXA Fácil - OP 734".

Em razões de apelação, a parte Ré arguiu a nulidade da sentença em função do cerceamento de defesa, apontando ainda a carência da ação em virtude da ausência de especificação quanto aos contratos cobrados e seus respectivos valores. Refere que a documentação apresentada não é suficiente para demonstrar com transparência a evolução da dívida, afirmando que os extratos são produzidos unilateralmente pela CEF, não subsistindo dívida líquida e certa. Assevera serem aplicáveis ao caso em tela normas do CDC. Aponta ser irregular a prática da capitalização de juros, bem como a utilização da Tabela Price e da Comissão de Permanência.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

A interposição de ação monitória para obtenção de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, depende apenas de prova escrita, não sendo necessário que tal prova tenha eficácia de título executivo, nos termos do artigo 1.102-A do CPC/73, atual artigo 700 do novo CPC, sendo um dos intuitos da própria ação a constituição de título com estas características.

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. CONSTRUCARD. AUSÊNCIA DE CARÊNCIA DA AÇÃO. PEDIDO DE PARCELAMENTO. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. *Não há que se falar em carência da ação, pois existe prova escrita, sem eficácia de título executivo, prevendo pagamento de soma em dinheiro, de forma que estão satisfeitos os requisitos do artigo 1.102-A do CPC - Código de Processo Civil/1973 (art. 700 e incisos do CPC/2015), sendo cabível a ação monitória*;
> 2. Não incumbe ao Poder Judiciário obrigar a Caixa Econômica Federal a manter abertas negociações para parcelamento da dívida, visto que o agente financeiro tem certa margem de discricionariedade quanto à conveniência e à oportunidade para a renegociação, tendo em vista o princípio da autonomia de vontade que rege os contratos. Pedido de parcelamento não conhecido;
> 3. Apelação desprovida.
> (TRF3, AC 00033971520094036117, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1585753, Relator Desembargador Federal Mauricio Kato, Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/05/2017)

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS. CONSTRUCARD
> I. Adequado o procedimento adotado pela autora. Mesmo tendo o contrato de empréstimo bancário de valor determinado natureza de título executivo extrajudicial, cabe ao credor a

escolha da via processual que lhe parecer mais favorável para a proteção dos seus direitos, desde que não venha a prejudicar o direito de defesa do devedor.
II. Os valores, índices e taxas que incidiram sobre o valor do débito estão bem especificados e, dessa forma, a irresignação genérica contra a memória de cálculo apresentada pela parte autora, sem indicar eventuais divergências ou incorreções, não comporta acolhida
III. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor que tem o alcance apenas de afastar cláusulas eventualmente abusivas.
IV. Não se justifica a inversão do ônus da prova quando constante nos autos toda a documentação necessária ao julgamento da lide.
V. Não se verifica qualquer excesso ou abusividade nas cláusulas contratuais que fixam os juros remuneratórios e demais encargos.
VI. Contrato firmado após a publicação da Medida Provisória nº 1963-17, reeditada sob o n.º 2.170-36, permitindo-se a previsão de capitalização mensal de juros.
VII. Recurso desprovido.
(TRF3, AC 00044998120154036143, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2197935, Relator Desembargador Federal Souza Ribeiro, Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/04/2017)

Nas ações em que se pleiteia a revisão de cláusulas de contratos de mútuo, em regra, incide o artigo 355, I, do novo CPC, (artigo 330, I, do CPC/73), permitindo-se o julgamento antecipado da lide, porquanto comumente as questões de mérito são unicamente de direito.

Na hipótese de a questão de mérito envolver análise de fatos, é do autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, inteligência do artigo 373, I, do novo CPC/15 (artigo 333, I, do CPC/73).

Cabe ao juiz da causa avaliar a pertinência do pedido de realização de perícia contábil, conforme artigos 370 e 464 do novo CPC (artigos 130 e 420 do CPC/73), razão pela qual o indeferimento de pedido para produção de prova pericial, por si só, não representa cerceamento de defesa.

Considerando as alegações da parte Ré e a configuração do caso em tela, não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa. Já decidiram neste sentido o Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SFH. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 130 E 420 DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. SÚMULA N. 7/STJ. PRECEDENTES.
1. O arts. 130 e 420 do CPC delimitam uma faculdade, não uma obrigação, de o magistrado determinar a realização de provas a qualquer tempo e sob seu livre convencimento, podendo indeferir as diligências inúteis, protelatórias ou desnecessárias.
2. A questão relativa ao reajuste das prestações dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) é por demais conhecida no Poder Judiciário, não demandando conhecimentos técnicos que justifiquem perícia contábil para a solução da lide.
3. O recurso especial não é via própria para o reexame de decisório que, com base nos elementos fáticos produzidos ao longo do feito, indeferiu a produção de prova pericial e, na seqüência, de forma antecipada, julgou procedente a ação. Inteligência do enunciado da Súmula n. 7/STJ.
4. Recurso especial conhecido e não-provido.
(STJ, RESP 199900435907, RESP - RECURSO ESPECIAL - 215011, SEGUNDA TURMA, Relator João Otávio de Noronha, DJ DATA:05/09/2005)

PROCESSO CIVIL - SFH - REVISÃO CONTRATUAL - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - INOVAÇÃO DE PEDIDO NA FASE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - PLANO DE

EQUIVALENCIA SALARIAL.
1 - (...)
4 - Tratando-se de matéria de direito, não há necessidade de perícia contábil nesta fase processual para a solução da controvérsia jurídica estabelecida, pois a análise dos valores corretos poderá ser realizada em fase oportuna, ou seja, na liquidação de sentença.
5 - (...)
8 - Agravo retido não conhecido. Apelação da parte autora desprovida. Apelação da ré provida.
(TRF3, AC 00364468919954036100, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 761719, QUINTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/12/2015)

Uma vez pactuada, não constitui prática irregular a cobrança de comissão de permanência quando configurado o inadimplemento contratual, contanto que sua utilização não seja concomitante à incidência de correção monetária, e de outros encargos moratórios e remuneratórios, bem como de multa contratual. Mesmo ao se considerar a sua utilização exclusiva, seu valor não pode ser superior ao montante correspondente à somatória dos critérios que são afastados para a sua incidência. Por essas mesmas razões, não é permitida a cumulação de cobrança de comissão de permanência e taxa de rentabilidade.

Este é o entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal da Justiça, inclusive por julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC/73, após a edição e a interpretação sistemática das Súmulas de nº 30, 294, 296 e 472. No mesmo diapasão já decidiu esta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.
(Súmula nº 30 do STJ, 18/10/91)
Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato
(Súmula nº 294 do STJ, 12/05/04)
Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.
(Súmula nº 296 do STJ, 12/05/04)
A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.
(Súmula nº 472 do STJ, 19/06/12)

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.
1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.
2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida.
3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.

4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.
5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.
6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
(STJ, Recurso Especial nº 1.058.114 - RS (2008/0104144-5), Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe: 16/11/2010)

DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. LEI Nº 10.931/04. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. REVISÃO CONTRATUAL. ANATOCISMO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.
1. (...)
5. É admitida a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual (Súmula nº 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula nº 296/STJ) ou moratórios, nem com a multa contratual. Isto porque, consoante assentou a Segunda Seção do STJ, a comissão de permanência já abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS).
6. Conclui-se assim que não existe óbice legal para a cobrança do saldo inadimplente com atualização monetária (inclusive quando indexada pela TR - Taxa Referencial, divulgada pelo BACEN) acrescido de juros de mora, pois, o que se tem em verdade é a vedação da cobrança cumulada da chamada "Comissão de Permanência" + Correção Monetária (TR) + Juros, em um mesmo período pela impossibilidade de cumulação com qualquer outro encargo, o que inclui a cobrança de eventual taxa de rentabilidade.
7. Apelação parcialmente provida. Embargos à execução parcialmente procedentes.
(TRF3, AC 00034863520134036105, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2068686, PRIMEIRA TURMA, Relator, DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/02/2017)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO CRÉDITO ROTATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA: DESNECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DPU - NÃO CONCESSÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. EXCLUÍDA TAXA DE RENTABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
1. (...)
5. As Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 do Superior Tribunal de Justiça são claras ao reconhecer a legitimidade da aplicação da comissão de permanência, uma vez caracterizada a inadimplência do devedor, contanto que não haja cumulação com índice de atualização monetária ou taxa de juros.
6. A cédula de crédito bancário representativa de contrato de abertura de crédito que instrui a presente ação monitória não prevê a incidência concomitante de correção monetária, prevendo apenas o cálculo da comissão de permanência pela taxa CDI - Certificado de Depósito Interbancário, divulgada pelo BACEN, acrescida de taxa de rentabilidade.
7. A comissão de permanência, prevista na Resolução nº 1.129/1986 do BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e os encargos oriundos da mora. Todavia, o contrato previu a incorporação de uma taxa variável de juros remuneratórios, apresentada sob a rubrica "taxa de rentabilidade", à comissão de permanência.

8. Tanto a taxa de rentabilidade, como quaisquer outros encargos decorrentes da mora (como, v.g. juros ou multa moratórios), não podem ser cumulados com a comissão de permanência, por configurarem verdadeiro bis in idem. Precedentes.
9. No caso dos autos, verifica-se facilmente dos demonstrativos de débito - cálculo de valor negocial de fls. 20/22, 27/29, 34/36, 41/43, 48/50, 55/57, que a cobrança de comissão de permanência sobre as parcelas ocorreu apenas no período de mora, ou seja, a partir da transferência do débito da conta corrente para créditos em liquidação; e a partir daí foi cobrada somente a comissão de permanência (composta da taxa "CDI + 1,00% AM"), sem inclusão de juros de mora ou multa moratória.
10. Necessária a exclusão dos cálculos da taxa de rentabilidade que, conforme anteriormente exposto não pode ser cumulada com a comissão de permanência. Assim, de rigor a manutenção da sentença.
11. No caso dos autos, observa-se não haver a cobrança capitalizada da comissão de permanência conforme os demonstrativos de débito de fls. 20/22, 27/29, 34/36, 41/43, 48/50, 55/57. Portanto, não há como dar guarida a pretensão da apelante para o afastamento da referida cobrança.
12. Apelação improvida.
(TRF3, AC 00002239720104036105, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1862694, Primeira Turma, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2017)

Anoto ser firme a jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal (ADI 2591) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 297) pela aplicabilidade dos princípios do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo bancário. O mesmo Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, entende que nos contratos bancários é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas (Súmula nº 381).

Todavia, da possibilidade de aplicação das normas do CDC não decorre automática e imperativamente a nulidade de toda e qualquer cláusula tida como prejudicial ao interesse financeiro do consumidor, que firma livremente um contrato com instituição financeira. Mesmo nos casos em que se verifica o prejuízo financeiro, a nulidade pressupõe que o contrato ou cláusula contratual tenha imposto desvantagem exagerada ao consumidor (artigo 51, inciso IV, do CDC), ofendendo os princípios fundamentais do sistema jurídico, restringindo direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio, ou se mostrando excessivamente onerosa para o consumidor, considerada a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (artigo 51, parágrafo 1º, do CDC).

Também não implica nulidade contratual a natureza adesiva dos ajustes. Com efeito, sendo a elaboração unilateral das cláusulas contratuais inerente ao contrato de adesão e encontrando-se esta espécie contratual expressamente autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 54), seria ilógico que a unilateralidade pudesse ser tomada, em abstrato, como causa suficiente ao reconhecimento da nulidade ou abusividade do ajuste.

Cumpriria ao mutuário, portanto, demonstrar as causas concretas e específicas do suposto abuso ou nulidade das cláusulas dos contratos em testilha. Caberia, ainda, ao autor, pretendendo a aplicação da teoria da imprevisão, demonstrar os fatos supervenientes à contratação que teriam tornado excessivamente oneroso o seu cumprimento, conforme o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. A suposta onerosidade excessiva pode decorrer do próprio conteúdo das cláusulas contratuais, não de fatos externos e posteriores à contratação, a autorizar a aplicação do referido dispositivo legal.

Ressalto, neste ponto, que os contratos em exame foram firmados livremente pelos in-

teressados e não diferem dos contratos de adesão referentes a serviços essenciais, tais como o fornecimento de água, eletricidade, telefonia e outros imprescindíveis à dignidade da vida em ambiente urbano. Trata-se de contratos de empréstimo bancário cujo objeto, embora útil, não se revela imprescindível aos contratantes. Foram firmados, portanto, por vontade própria e não por inexigibilidade de outra conduta, decorrente da essencialidade - inexistente para o caso dos autos - de seu objeto.

Por fim, entendo que a invocação, apenas na ocasião do cumprimento da obrigação, de suposta nulidade de cláusulas livremente aceitas no momento da celebração do acordo e da tomada do financiamento, viola a boa-fé contratual objetiva, por sua vertente do princípio do *ne venire contra factum proprium*.

É de se ressaltar que em matéria de contratos impera o princípio *pacta sunt servanda*, notadamente quando as cláusulas contratuais observam legislação meticulosa e quase sempre cogente. Também por essa razão, não se pode olvidar o princípio *rebus sic standibus*, por definição, requer a demonstração de que não subsistem as circunstâncias fáticas que sustentavam o contrato e que justificam o pedido de revisão contratual.

Grande controvérsia envolve a interpretação e a aplicação das regras que disciplinam o anatocismo no Brasil. Não raro, defende-se que a legislação pátria proibiria a utilização de juros compostos, juros efetivos ou qualquer mecanismo que envolvesse "capitalização de juros".

Neste diapasão, estaria configurado o paroxismo de proibir conceitos abstratos de matemática financeira, prestigiando somente a aplicação de juros simples ou nominais, sem necessariamente lograr atingir uma diminuição efetiva dos montantes de juros remuneratórios devidos, já que a maior ou menor dimensão paga a este título guarda relação muito mais estreita com o patamar dos juros contratados que com a frequência com que são "capitalizados".

Em tempos modernos, a legislação sobre o anatocismo, ao mencionar "capitalização de juros" ou "juros sobre juros", não se refere a conceitos da matemática financeira ou a qualquer situação pré-contratual, os quais pressupõem um regular desenvolvimento da relação contratual e adimplemento das obrigações assumidas pelas partes. Como conceito jurídico, as restrições a "capitalização de juros" ou "juros sobre juros" disciplinam as hipóteses em que, já vigente o contrato, diante do inadimplemento, há um montante de juros devidos, vencidos e não pagos que pode ou não ser incorporado ao capital para que incidam novos juros sobre ele.

Em outras palavras, na data em que vencem os juros, pode haver pagamento e não ocorrerá "capitalização", em sentido jurídico estrito. Na ausência de pagamento, porém, pode haver o cômputo dos juros vencidos e não pagos em separado, ou a sua incorporação ao capital/saldo devedor para que incidam novos juros. Apenas nesta última hipótese pode-se falar em "capitalização de juros" ou anatocismo para efeitos legais.

A ilustrar a exegese, basta analisar o texto do artigo 4º do Decreto 22.626/33, conhecido como "Lei de Usura":

> Art. 4º. E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Se a redação da primeira parte do dispositivo não é das mais cuidadosas, a segunda parte é suficiente para delimitar o alcance do conceito e afastar teses das mais variadas em relação à proibição do anatocismo.

Feitas tais considerações, é de se ressaltar que não há no ordenamento jurídico brasileiro proibição absoluta para a "capitalização de juros" (vencidos e não pagos). As normas que disciplinam a matéria, quando muito, restringiram a possibilidade de capitalização de tais juros em prazo inferior a um ano. Desde o Artigo 253 do Código Comercial já se permitia a capitalização anual, proibindo-se a capitalização em prazo inferior, restrição que deixou de existir no texto do artigo 1.262 do Código Civil de 1916. O citado artigo 4º do Decreto 22.626/33, conhecido como "Lei de Usura", retoma o critério da capitalização anual.

A *mens legis* do art. 4º do Decreto 22.626/33, ao restringir a capitalização nestes termos, é evitar que a dívida aumente em proporções não antevistas pelo devedor em dificuldades ao longo da relação contratual. O dispositivo não guarda qualquer relação com o processo de formação da taxa de juros, como a interpretação meramente literal e isolada de sua primeira parte poderia levar a crer. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção, EREsp. 917.570/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 4.8.2008 e REsp. 1.095.852-PR, de minha relatoria, DJe 19.3.2012).

Deste modo, tem-se o pano de fundo para se interpretar a Súmula 121 do STF:

> É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.
> (Súmula 121 do STF)

A súmula veda a capitalização de juros mesmo quando convencionada. Veda a capitalização de juros (vencidos e não pagos), mesmo quando convencionada (em período inferior ao permitido por lei).

A Súmula 596 do STF, mais recente e abordando especificamente o caso das instituições financeiras, por sua vez, prevê:

> As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.
> (Súmula 596 do STF)

A jurisprudência diverge quanto ao alcance da Súmula 596 do STF no que diz respeito ao anatocismo. De toda sorte, a balizar o quadro normativo exposto, o STJ editou a Súmula 93, segundo a qual a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

Em outras palavras, nestas hipóteses admite-se a capitalização de juros vencidos e não pagos em frequência inferior à anual, nos termos da legislação específica. As normas legais que disciplinam cada tipo de financiamento passaram a ser um critério seguro para regular o anatocismo.

Deste modo, mesmo ao não se considerar como pleno o alcance da Súmula 596 do STF, desde a MP 1.963-17/00, com o seu artigo 5º reeditado pela MP 2.170-36/01, as instituições do Sistema Financeiro Nacional tem ampla autorização para pactuar a capitalização de juros em frequência inferior à anual. A consequência do texto da medida provisória foi permitir, como regra geral para o sistema bancário, não apenas o regime matemático de juros compostos e a utilização de taxa de juros efetiva com capitalização mensal, práticas regulares independentemente de expressa autorização legislativa, mas o "anatocismo" propriamente dito, nos termos apontados nessa decisão, é dizer, a incorporação ao saldo devedor de juros devidos e não pagos em periodicidade inferior a um ano.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não há inconstitucionalidade na MP 2.170-36/01 em razão de seus pressupostos:

> CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.
> 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.
> 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.
> 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.
> 4. Recurso extraordinário provido.
> (STF, RE 592377 / RS - RIO GRANDE DO SUL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, 04/02/2015)

Ressalte-se que a legislação do SFN é especial em relação à Lei de Usura e às normas do Código Civil.

Em suma, não ocorre anatocismo em contratos de mútuo pela simples adoção de sistema de amortização que se utilize de juros compostos. Tampouco se vislumbra o anatocismo pela utilização de taxa de juros efetiva com capitalização mensal derivada de taxa de juros nominal com capitalização anual, ainda quando aquela seja ligeiramente superior a esta. Por fim, a capitalização de juros devidos, vencidos e não pagos é permitida nos termos autorizados pela legislação e nos termos pactuados entre as partes.

Não se cogitando a configuração de sistemáticas amortizações negativas decorrentes das cláusulas do contrato independentemente da inadimplência do devedor, apenas com a verificação de ausência de autorização legislativa especial e de previsão contratual, poderia ser afastada a capitalização de juros devidos, vencidos e não pagos em prazo inferior a um ano. Nesta hipótese, em se verificando o inadimplemento de determinada prestação, os encargos moratórios previstos no contrato incidiriam somente sobre a parcela responsável por amortizar o capital, enquanto que a contabilização dos juros remuneratórios não pagos deveria ser realizada em conta separada, sobre a qual incidiria apenas correção monetária, destinando-se os valores pagos nas prestações a amortizar primeiramente a conta principal.

O contrato que prevê a disponibilização de crédito em conta corrente, "cheque especial", é contrato de mútuo atípico, no qual o capital disponibilizado representa o próprio saldo negativo em conta corrente. Tendo em vista que não há prazo definido para a amortização do capital nestas condições, o cálculo mensal dos juros remuneratórios com previsão contratual tem autorização legal e não representa, por si, anatocismo nos termos expostos nesta decisão.

O contrato de mútuo é um dos cernes da atividade empresarial praticada pelas instituições financeiras pela qual ofertam quantia em dinheiro em troca de remuneração por juros. Ao efetivar pagamentos parcelados, o mutuário tem de realizar o reembolso do capital que

inicialmente lhe foi disponibilizado, além de remunerar o mutuante por meio de juros incidentes em função do tempo necessário para que a dívida seja extinta.

Três são os sistemas de amortização que são utilizados com mais frequência pelas instituições financeiras para operacionalizar a atividade: SAC, Sacre e Price.

A adoção do SAC adota amortização constante, mas para tanto trabalha com prestações variáveis, inicialmente mais altas e decrescentes ao longo do tempo, compreendendo uma quantia decrescente paga a título de juros a cada prestação, e uma quantia total menor paga a título de juros remuneratórios em relação ao Sistema Francês de Amortização.

A Tabela Price, por sua vez, trabalha com prestações constantes, inicialmente menores se comparadas ao SAC e ao Sacre, e amortização variada, crescente em condições regulares. A cada prestação adimplida é reduzida a quantia paga a título de juros remuneratórios, na medida em que diminui o saldo devedor.

O Sacre combina características dos sistemas anteriores. As prestações também são variáveis, inicialmente mais altas, decrescendo por meio de patamares constantes e periódicos. A amortização, por sua vez, é crescente. A parcela paga a título de juros é reduzida de forma progressiva. O Sacre é o sistema pelo qual se paga o menor montante de juros, mas as parcelas iniciais são maiores que no SAC.

Se considerados de maneira isolada, supondo o desenvolvimento regular da relação obrigacional, não é possível pressupor que a escolha de qualquer desses sistemas implique em desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento ilícito ou qualquer ilegalidade, cada qual possuindo uma configuração própria de vantagens e desvantagens.

É certo que a utilização da Tabela Price implica no pagamento de uma quantia total maior a título de juros, mas essa desvantagem é decorrência da utilização de uma prestação constante e inicialmente inferior a que é utilizada no SAC e no Sacre. As regras da Tabela Price não guardam qualquer relação com o anatocismo, que, como já exposto anteriormente, diz respeito à incorporação ao saldo devedor dos juros vencidos e não pagos.

Como se vê a sua utilização, não implica, de per si, qualquer irregularidade, sendo ônus da parte Autora demonstrar a ocorrência de outros fatores, que, aliados a este sistema de amortização, supostamente provocaram desequilíbrio contratual.

O mero inadimplemento, reforçado por uma interpretação meramente literal e assistemática da Lei de Usura que questiona a própria lógica dos sistemas de amortização, não é favorável aos direitos do consumidor, ao princípio da transparência e à segurança jurídica, nem é suficiente para obter a revisão de contrato realizado dentro dos parâmetros legais.

> PROCESSO CIVIL - SFH - REVISÃO CONTRATUAL - LEI 4.380/64 - LEI ORDINÁRIA - SACRE - JUROS - ANATOCISMO.
> 1 - (...).
> 2 - Não há nenhuma ilegalidade na adoção do Sistema de Amortização Crescente - SACRE, até porque referido sistema pressupõe a criação de uma planilha com uma taxa de juros previamente estabelecida e amortização progressiva do saldo devedor.
> 3 - A diferença de taxa de juros nominal e efetiva decorre do sistema de amortização eleito entre as partes que implica, na prática, o cálculo de juros sobre juros. Os juros embutidos nas prestações mensais, porém, não caracterizam anatocismo vedado por lei, já que esse método de cálculo define o valor das prestações destinadas à amortização do financiamento, mediante a aplicação de determinada taxa de juros e em certo prazo, com capitalização de juros que não encontra óbice na legislação vigente. A ocorrência de amortização negativa não constitui qualquer irregularidade, uma vez que provém de pagamento de valor de prestação que não

se mostra suficiente sequer à quitação dos juros devidos.
4 - Apelação desprovida.
(TRF3, AC 00029879620094036103, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1753160, Relator Desembargador Federal Mauricio Kato, Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015)

CIVIL - ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - CORREÇÃO MENSAL DAS PARCELAS PELO IPC A PARTIR DE JULHO DE 1994 - CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR - PLANO REAL - SISTEMA FRANCÊS DE AMORTIZAÇÃO - APLICAÇÃO DO CDC - REDUÇÃO DO PLANO MENSAL DO SEGURO - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.
(...)
9. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na adoção do Sistema Francês de Amortização - SFA ou Tabela Price, para regular o contrato de mútuo em questão. Trata-se de um sistema de amortização de dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, cujo valor de cada prestação é composto de uma parcela de capital (amortização) e outra de juros, como previsto no art. 6º, "c", da Lei 4380/64.
10. Esse tipo de amortização, ademais, não acarreta incorporação de juros ao saldo devedor, já que os juros são pagos mensalmente, juntamente com as prestações, não havendo qualquer possibilidade de ocorrer anatocismo.
(...)
(TRF3, AC 00050542071998403610O, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 882073, QUINTA TURMA, JUIZ CONVOCADO HELIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:13/01/2009)

CIVIL. SFH. PRESTAÇÕES. PES/CP. CES - COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. LEI Nº 8.692/93. REAJUSTES CONTRATUAIS. PLANOS ECONÔMICOS. CDC. NORMAS APLICÁVEIS AO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. TR. SUBSTITUIÇÃO PELO INPC. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO. AMORTIZAÇÃO. LEI Nº 4.380/64. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70/66. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. SEGURO. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
(...)
Diversamente do que em geral acontece nos contratos de mútuo, os regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação encontram previsão legal de amortização mensal da dívida, como se dessume do art. 6º, "c", da Lei n. 4.380/1964. Dessa disposição decorre para as instituições operadoras dos recursos do SFH a possibilidade de utilização da Tabela Price - bem como da SACRE e da SAC (atualmente os três sistemas mais praticados pelos bancos) - para o cálculo das parcelas a serem pagas, tendo em vista que, por esse sistema de amortização, as prestações são compostas de um valor referente aos juros e de um outro, referente à própria amortização. Os três sistemas importam juros compostos, que todavia encontram previsão contratual e legal, sem qualquer violação a norma constitucional. A capitalização de juros, quando prevista contratualmente, como no caso, tendo sido fixada a taxa de juros efetiva, não importa desequilíbrio entre os contratantes, que sabem o valor das prestações que serão pagas a cada ano.
(...)
Recurso de apelação improvido. Sentença mantida.
(TRF3, AC 00050589020034036100, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1570053, QUINTA TURMA, JUIZ CONVOCADO PAULO PUPO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2012)

No caso em tela, assiste razão à parte Ré tão somente ao questionar a incidência da comissão de permanência.

Quanto às outras alegações, limitou-se a questionar a validade das cláusulas contratadas, as quais são regulares. Ademais, não logrou demonstrar que a CEF deixou de aplicá-las

ou que sua aplicação provocou grande desequilíbrio em virtude das alterações das condições fáticas em que foram contratadas, apresentando fundamentação insuficiente para a produção de prova pericial.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da parte Ré tão somente para esclarecer as condições de incidência da comissão de permanência, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
5001349-45.2016.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: RUBENS GOMES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2019

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MULTA POR ATRASO NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
1. Não há reexame necessário em sede de embargos à execução de sentença, razão pela qual afasto a preliminar levantada pelo apelante (STJ, RESP 263942/PR).
2. O INSS foi intimado pessoalmente, mediante carta precatória cumprida em 18 março de 2008, iniciando-se, portanto, o curso do prazo de 48 horas para cumprimento da antecipação de tutela em 19.03.2008, destacando-se que a afirmação do Procurador Federal no sentido de que não poderia implantar o benefício não exime a parte embargante do cumprimento da obrigação, na medida em que poderia ter efetuado a comunicação à autoridade administrativa competente para seu cumprimento.
3. O benefício só foi implantado a partir de 23.12.2008, restando evidente a inobservância do prazo assinalado na decisão que antecipou os efeitos da tutela, revelando-se razoável a execução da multa diária correspondente ao atraso, nos moldes determinados pela r. sentença recorrida.
4. O valor total da execução da multa foi reduzido pelo juízo de origem para R$ 12.000,00, valor este que não se mostra excessivo, porquanto fixado abaixo do patamar adotado por esta Turma, nos casos em que reduz a multa diária, destacando-se que o atraso no cumprimento da obrigação foi de mais de 8 meses, no presente caso..
5. De outro lado, anote-se que a parte embargada, ao efetuar o pedido de execução, baseou-se nos parâmetros fixados na decisão que antecipou a tutela e fixou a multa diária e que a redução pelo juízo de origem baseou-se no princípio da proporcionalidade, pautado pelo montante devido, questões aferidas apenas no momento da execução do julgado, razão pela qual o embargante dever arcar com o pagamento dos honorários advocatícios.
6. Outrossim, os honorários fixados em 10% do valor da atualizado da condenação, encontra-se em consonância com o entendimento desta Turma, razão pela qual deve ser mantida a r. sentença recorrida, também quanto a este ponto.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da sentença que julgou improcedentes os embargos à execução de sentença, limitando, entretanto, o valor da execução de multa por atraso no cumprimento da obrigação pra R$ 12.000,00, com a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.Sentença submetida ao reexame necessário.

O apelante sustenta, em síntese, que deve ser afastada a aplicação da multa por atraso na implantação do benefício, pois não houve a intimação da autoridade responsável por tal ato, não bastando para tanto a intimação do Procurador Federal sobre a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Subsidiariamente, requer a redução da multa para parâmetros razoáveis e, caso mantida a r. sentença recorrida, requer seja afastada a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios tendo em vista a sucumbência recíproca ou, ao menos a sua redução para o valor correspondente a 5% da condenação.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfirio (Relator): Inicialmente , observo que não há reexame necessário em sede de embargos à execução de sentença, razão pela qual afasto a preliminar levantada pelo apelante (STJ, RESP 263942/PR) e que a apelação interposta pela parte embargada não foi recebida em razão de sua intempestividade (fl. 08 - ID. 113825).

Da análise dos autos, observa-se que os efeitos da antecipação da tutela, determinando a implantação de auxílio-doença, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária fixada em R$ 415,00, foram deferidos em março de 2008, pela mesma decisão que determinou a citação do INSS (fls. 65/67, ID. 113852).

O INSS foi citado e intimado, por meio de carta precatória expedida em 06.03.2008 e cumprida em 18.03.2008, na qual constou expressamente a antecipação dos efeitos da tutela, o prazo para a implantação do benefício e a multa a ser aplicada em caso de descumprimento (embora tenha constado da certidão de citação a data de 18.02.2008, tal ato não poderia se dar em momento anterior à expedição da carta precatória) (fls. 141/143 - ID. 113863).

Após o trânsito em julgado, a parte autora requereu a execução do julgado pelo valor total de R$ 278.465,00 corresponde à multa pelo atraso no cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela, cujo cumprimento se deu apenas em 23.12.2008 .

Citado, o INSS apresentou embargos à execução, nos quais requer a exclusão da multa em razão da falta de intimação da autoridade competente para seu cumprimento ou, ao menos, sua redução.

Os embargos foram julgados improcedentes, limitando-se o valor executado em R$ 12.000,00, com a condenação do embargante ao pagamento de honorários advocatícios.

Em que pesem os argumentos do apelante, observa-se que o INSS foi intimado pessoal-

mente, mediante carta precatória cumprida em 18 março de 2008 (fls. 141/143 - ID. 113863), iniciando-se, portanto, o curso do prazo de 48 horas para cumprimento da antecipação de tutela em 19.03.2008, destacando-se que a afirmação do Procurador Federal no sentido de que não poderia implantar o benefício não exime a parte embargante do cumprimento da obrigação, na medida em que poderia ter efetuado a comunicação à autoridade administrativa competente para seu cumprimento.

Entretanto, o benefício só foi implantado em 23.12.2008 (fl. 135 ID. 113863), restando evidente a inobservância do prazo assinalado na decisão que antecipou os efeitos da tutela, revelando-se razoável a execução da multa diária correspondente ao atraso, nos moldes determinados pela r. sentença recorrida.

Anoto que o valor total da execução da multa foi reduzido pelo juízo de origem para R$ 12.000,00, valor este que não se mostra excessivo, porquanto fixado abaixo do patamar adotado por esta Turma, nos casos em que reduz a multa diária, destacando-se que o atraso no cumprimento da obrigação foi de mais de 8 meses, no presente caso. Neste sentido:

> CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA MULTA DIÁRIA PARA 1/30 DO VALOR DO BENEFÍCIO.
> I - Tem-se, ainda, que os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 e 4º, IV, do Decreto n. 6.214/07 não são os únicos critérios objetivos para aferição da hipossuficiência, razão pela qual é de se reconhecer que muitas vezes o quadro de pobreza há de ser aferido em função da situação específica da pessoa que pleiteia o benefício. (Precedentes do E. STJ).
> II - Como o autor é portador de deficiência e não tem condições de prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, impõe-se a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição da República, observado o disposto nos artigos n. 42, 47 e 48 do Decreto n. 6.214/07.
> III - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o artigo 461 do Código de Processo Civil.
> IV - Ante o princípio da razoabilidade não se justifica que o segurado receba um valor maior a título de multa do que a título de prestações em atraso, sendo assim, deve a multa ser reduzida para 1/30 (um trinta avos) do valor do benefício em questão.
> V - Apelação do INSS improvida. Multa diária reduzida, de ofício, para 1/30 do valor do benefício. (TRF 3ª Região, Décima Turma, AC 0002115-35.2005.4.03.6002, Rel. Des. Fed. Sergio nascimento, j. em 23/09/2008, DJF3 em 08/10/2008)

De outro lado, anoto que a parte embargada, ao efetuar o pedido de execução, baseou-se nos parâmetros fixados na decisão que antecipou a tutela e fixou a multa diária, e que a redução pelo juízo de origem baseou-se no princípio da proporcionalidade, pautado pelo montante devido, questões aferidas apenas no momento da execução do julgado, razão pela qual o embargante dever arcar com o pagamento dos honorários advocatícios.

Outrossim, os honorários fixados em 10% do valor da atualizado da condenação encontra-se em consonância com o entendimento desta Turma, razão pela qual deve ser mantida a r. sentença recorrida, também quanto a este ponto.

Ante o exposto, *não conheço do reexame necessário e nego provimento à apelação*, nos termos expostos.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5016946-44.2017.4.03.0000

Agravantes: SUPERINTENDENCIA REGIONAL NORDESTE E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: HELENA MARIA DA SILVA GENEROZO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS A TÍTULO DE PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA, APÓS A CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADS NOS VÍNCULOS DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. SUSPENSÃO DO FEITO PRINCIPAL ATÉ DECISÃO NO RE Nº 852.475/SP.
- No caso, um agente público concedeu benefício administrativo sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie, o que, segundo o art. 10, VII, da Lei nº 8.429/92, caracteriza ato de improbidade administrativa.
- O art. 3º daquela norma, por sua vez, prevê que "As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."
- Assim, apesar de o feito subjacente não ser uma ação de improbidade propriamente dita, tem-se que houve prejuízo ao erário, em virtude de ato de servidor da autarquia, do qual a parte ré se beneficiou diretamente.
- Destarte, deve ser mantida a suspensão do feito, para que se aguarde decisão no RE n.º 852.475/SP sobre a prescritibilidade, ou não, da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.
- Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.
- Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de março de 2019.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS em face de decisão monocrática que,

em ação de ressarcimento ao erário de valores indevidamente recebidos a título de pensão por morte previdenciária, após a constatação de irregularidades nos vínculos do instituidor do benefício, acolheu os embargos de declaração da autarquia para, sanando omissão apontada, conhecer de seu agravo de instrumento e negar-lhe provimento, mantendo a suspensão do processo, com a remessa dos autos ao arquivo (sobrestado), até que sobrevenha decisão no RE nº 852.475/SP.

Aduz o agravante, em síntese, que a matéria discutida no âmbito do Recurso Extraordinário afetado para julgamento pelo E. STF em sede de repercussão geral não se amolda à matéria fática e jurídica versada na presente ação, não sendo o caso de se determinar a suspensão do feito principal.

Resposta da agravada.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O feito principal versa sobre pedido de ressarcimento ao erário de valores indevidamente recebidos a título de pensão por morte previdenciária, após a constatação de irregularidades nos vínculos do instituidor do benefício.

O magistrado a quo entendeu por suspender o processo até que sobrevenha decisão no RE n.º 852.475/SP, pois, "embora não se trate de uma ação de improbidade administrativa propriamente dita, a situação fática descrita na exordial ostenta, ao meu sentir, a natureza jurídica de ato de improbidade administrativa em razão do prejuízo causado ao Erário, a atrair a incidência da determinação supra, a fim de que se aguarde o pronunciamento da Suprema Corte sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como de improbidade administrativa.

Aduz a autarquia, em síntese, que a matéria discutida no âmbito do recurso extraordinário afetado para julgamento pelo E. STF para julgamento em sede de repercussão geral não se amolda à matéria fática e jurídica versada na presente ação.

Pois bem.

Conforme narrado na petição inicial e demonstrado pela documentação juntada aos autos, a pensão por morte recebida pela ré faz parte de uma amostragem de benefícios concedidos pelo servidor Ednaldo Dantas da Silva, que foi alvo da Operação Maternidade deflagrada pela Polícia Federal em 12/05/2011.

Dessa forma, tem-se que, no caso, um agente público concedeu benefício administrativo sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie, o que, segundo o art. 10, VII, da Lei nº 8.429/92, caracteriza ato de improbidade administrativa.

O art. 3º daquela norma, por sua vez, prevê que "As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Assim, apesar de o feito subjacente não ser uma ação de improbidade propriamente dita, tem-se que houve prejuízo ao erário, em virtude de ato de servidor da autarquia, do qual a parte ré se beneficiou diretamente.

Destarte, deve ser mantida a suspensão do feito, para que se aguarde decisão no RE n.º 852.475/SP sobre a prescritibilidade, ou não, da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, mantenho a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente resta superada, frente à apresentação do recurso para julgamento colegiado.

Consigno, finalmente, que foram analisadas todas as alegações constantes do recurso capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no *decisum* recorrido.

Desta forma, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO DO INSS, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5003105-45.2018.4.03.0000

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO
Agravada: MACHADO LOPES COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRO-ELETRONICOS LTDA - EPP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2019

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO EM RAZÃO DA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ARTIGO 313, INCISO IV, DO CPC. IMPULSO OFICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º DO CPC. DEVER DO JUÍZO DE ORIGEM DE DAR REGULAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO APÓS O JULGAMENTO DO INCIDENTE. RECURSO PROVIDO.
- Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual a agravante, constatada a dissolução irregular da devedora, pleiteou o redirecionamento do feito contra o sócio gestor. Em razão disso, foi determinada a remessa dos autos ao arquivo sobrestado até o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas existente sobre a questão de "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.", com a posterior adoção, pela exequente, das medidas necessárias para o desarquivamento do processo. Futura decisão desta corte no incidente em debate (IRDR n.º 0017610-97.2016.4.03.0000) será comunicada ao juízo *a quo* que, então, deverá dar impulso ao processo por meio da intimação das partes para que se manifestem sobre o julgamento e não o inverso, conforme ao disposto no artigo 2º do CPC que estabelece que "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.", com a ressalva de que a suspensão fundada no artigo 313, inciso IV, do CPC, hipótese dos autos, não excepciona essa regra.
- Agravo de instrumento provido, para determinar a intimação da eequente pelo juízo *a quo* sobre o julgamento do IRDR nº 00176109720164030000o, bem como para que proceda ao regular prosseguimento da execução fiscal.
Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, para determinar a intimação da exequente pelo juízo *a quo* sobre o julgamento do IRDR nº 00176109720164030000, bem como para que proceda ao regular prosseguimento da execução fiscal, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de novembro de 2018.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pelo *Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO*, contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a remessa dos autos ao arquivo sobrestado até o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas existente sobre a questão debatida nos autos, com a posterior adoção, pela exequente, das medidas necessárias para o desarquivamento do processo (Id. 1738084, página 6).

O agravante alega, em síntese, que:

a) afastada a causa de suspensão do processo, com o julgamento do IRDR e a definição do procedimento a ser adotado nos casos de redirecionamento em face dos sócios administradores, é dever do juízo intimar a fazenda pública para dar prosseguimento à execução pela aplicação do disposto no artigo 313 do CPC;

b) há pedido da exequente pendente de análise e deferimento pelo Poder Judiciário, razão pela qual, cessada a causa de suspensão, o próximo ato processual é de competência do juízo e não do agravante.

A tutela recursal antecipada foi indeferida (Id. 1843413).

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

Cuida-se na origem de execução fiscal, na qual a agravante, constatada a dissolução irregular da devedora, pleiteou o redirecionamento do feito contra o sócio gestor. Em razão disso, foi determinada a remessa dos autos ao arquivo sobrestado até o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas existente sobre a questão de "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.", com a posterior adoção, pela exequente, das medidas necessárias para o desarquivamento do processo (Id. 1738084, página 6). Futura decisão desta corte no incidente em debate (IRDR n.º 0017610-97.2016.4.03.0000) será comunicada ao juízo *a quo* que, então, deverá dar impulso ao processo por meio da intimação das partes para que se manifestem sobre o julgamento e não o inverso, conforme ao disposto no artigo 2º do CPC que estabelece que "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.", com a ressalva de que a suspensão fundada no artigo 313, inciso IV, do CPC, hipótese dos autos, não excepciona essa regra.

Assim, à vista da fundamentação explicitada, justifica-se a reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, para determinar a intimação da eequente pelo juízo *a quo* sobre o julgamento do IRDR nº 00176109720164030000o, bem como para que proceda ao regular prosseguimento da execução fiscal.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5015615-90.2018.4.03.0000

Agravante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL
Agravado: ZENILDO GOMES DA COSTA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2019

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. OBTENÇÃO DA MEDIDA POR MEIOS PRÓPRIOS.
1. De fato, o artigo 782, § 3º, do novo Código de Processo Civil, previu a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes por determinação judicial.
2. No entanto, trata-se de faculdade do juiz, a ser exercitada no caso em que o executado não tenha meios para realizar administrativamente o procedimento e quando a medida for necessária no caso concreto.
3. Ao contrário dos particulares, a Fazenda Pública dispõe dos meios para incluir o nome do executado nos cadastros de inadimplentes (SERASA - Experian e SCPC), sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, que lavrará o acórdão, vencido o Relator que lhe dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo *Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM* contra a decisão proferida à f. 184-184verso (integrada pelo ID 3480659, f. 191-192) dos autos da execução fiscal nº 0005300-45.2013.4.03.6182, movida em face de *Zenildo Gomes da Costa*, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo/SP, no âmbito da qual indeferido o pedido de inclusão do nome do executado no SERASA, por meio do sistema SERASAJUD.

Alega o agravante, em síntese, que o artigo 782, § 3º, do CPC/2015 possibilita a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, a pedido do credor, sendo que a verificação

do preenchimento dos requisitos seria um dever do Juízo. Refere, ainda, sobre a existência do Termo de Cooperação Técnica nº 20/2014, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o SERASA.
Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir advogado constituído nos autos.
É o relatório.
Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): A controvérsia se relaciona com a possibilidade de determinação pelo Juízo da inscrição do executado em cadastro particular de inadimplentes.

No caso em análise, insurge-se o agravante contra a decisão do Juízo de primeira instância que indeferiu o requerimento de inclusão do nome do executado no SERASA, por meio do sistema SERASAJUD, tendo por fundamento o disposto no artigo 782, § 3º, do Código de Processo Civil.

Consignou a MM. Magistrada que "tal providência dispensa a atuação do Judiciário, na medida em que é de cunho eminentemente administrativo, competindo ao próprio exequente, faltando-lhe, portanto, interesse de agir (na modalidade necessidade) em relação a este requerimento em específico [...]" (ID 3480659, f. 192).

Pois bem. A inclusão do executado em cadastros de inadimplentes é legítima, pois visa informar sua atual situação. Conforme previsto na Lei nº 10.522/2002, que disciplina o registro no CADIN, também aplicável ao SERASA:

Art. 2º O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que:
I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;
[...]
§ 1º Os órgãos e as entidades a que se refere o inciso I procederão, segundo normas próprias e sob sua exclusiva responsabilidade, às inclusões no Cadin, de pessoas físicas ou jurídicas que se enquadrem nas hipóteses previstas neste artigo.
§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.
§ 3º Tratando-se de comunicação expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, considerar-se-á entregue após 15 (quinze) dias da respectiva expedição.
[...]
§ 7º A inclusão no Cadin sem a expedição da comunicação ou da notificação de que tratam os §§ 2º e 4º, ou a não exclusão, nas condições e no prazo previstos no § 5º, sujeitará o responsável às penalidades cominadas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).
[...]
Art. 7º Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:
I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;
II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.

Consta nos autos que o devedor foi regularmente citado (ID 3480659, f. 95) e que as diligências adotadas com o intuito de encontrar bens para garantia da dívida - BACENJUD, mandado de penhora, pesquisa de veículos e imóveis - restaram infrutíferas (ID 3480659, f. 97-98, 135 e 166-189).

A demanda foi distribuída em fevereiro de 2013 (ID 3480659, f. 3), sendo que até a presente data não houve pagamento voluntário da dívida, nem êxito na sua execução, de tal forma que é conveniente a adoção de todas as medidas legais possíveis a fim de que se proteja o crédito público.

Com efeito, o novo regramento previsto no artigo 782, § 3º, do atual Código de Processo Civil possibilita que, no bojo da execução de título extrajudicial, a requerimento da parte, o juiz determine a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Sobre o tema, o entendimento adotado por esta E. Terceira Turma é no sentido de que, uma vez requerida a providência ao juiz, este deve verificar os requisitos e realizar a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, não se tratando de mera faculdade do Juízo. Nesse sentido:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. CPC, ARTIGO 782, § 3º. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. RECURSO PROVIDO.
> 1. Conforme expressamente previsto no artigo 782, § 3º do atual Código de Processo Civil, editado pela Lei 13.105/2015, o Juízo competente para o processamento da execução de título extrajudicial é também competente para determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, quando requerido pela exequente.
> *2. A norma do § 3º do artigo 782 do CPC não encerra mera faculdade do Juízo, como aventado, mas, pelo contrário, dever de verificação do preenchimento dos respectivos requisitos legais exigidos, para deferimento ou não da providência requerida pela parte exequente, o que se confirma, inclusive, com a previsão imperativa das hipóteses de cancelamento da inscrição, que da mesma forma não se sujeitam à discricionariedade do magistrado (§ 4º).*
> 3. Agravo de instrumento provido.
> (AI 0018916-04.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017) (grifei)

A nova disciplina dada ao requerimento de inclusão do nome do executado nos cadastros de proteção ao crédito pelo Código de Processo Civil, somada à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto aos requisitos para a inclusão ou manutenção de tal registro, impõe que o magistrado realize a inclusão, acaso requerida.

Corrobora essa tese a realização de convênio entre o Conselho Nacional de Justiça e o SERASA para a utilização do SERASAJUD, que, assim como os demais sistemas já existentes (RENAJUD, BACENJUD, INFOJUD), visa garantir celeridade, economia processual e segurança no cumprimento de ordens judicias para tais registros.

Ressalte-se, ainda, que a aplicação do dispositivo em comento às execuções fiscais vem sendo reconhecida pelos Tribunais pátrios. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - *EXECUÇÃO FISCAL* - CADASTROS DE INADIMPLENTES - INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO – POSSIBILIDADE.
> *1. A inclusão do nome do executado nos órgãos de proteção ao crédito (SERASA-EXPERIAN e SCPC) está prevista no artigo 782, §3º, do Código de Processo Civil.*
> 2. O novo Código Processual está de acordo com as atuais tendências jurisprudenciais, em especial a busca pela maior eficiência, no processo de execução.

3. Agravo de instrumento provido.
(AI 0020242-96.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal FÁBIO PRIETO, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017) (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 782, § 3º, DO CPC/15. CABIMENTO.
Afigura-se cabível a inscrição do executado nos cadastros de inadimplentes, na forma do art. 783, §3º, do CPC/2015, porquanto medida coercitiva aplicável à execução de títulos extrajudiciais, tal como a Certidão de Dívida Ativa, cujo processo de execução rege-se pela Lei 6.830/80, mas também, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. *Conquanto recomendável a utilização do protesto extrajudicial da CDA como instrumento apto a inibir a inadimplência do devedor e, por consequência, o próprio ajuizamento de execuções fiscais, não há razões para negar ao crédito fiscal em execução igualdade de condições com as medidas de cobrança postas à disposição do credor privado, sobretudo diante da iminente implantação do SERASAJUD, sistema que permite o envio de ordens judiciais de inclusão de restrição, levantamento temporário ou definitivo de restrição nos cadastros mantidos pelo SERASA*. AGRAVO PROVIDO.
(AI 70071317762, Relator Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, TJRS - Vigésima Segunda Câmara Cível, julgado em 10/11/2016) (grifei)

Destaque-se, no entanto, que devem ser cumpridos os requisitos previstos na lei que rege o CADIN, bem como aqueles já consolidados na jurisprudência, quais sejam, o débito não estar questionado judicialmente, mediante razões verossímeis e ou não ter sido garantido o Juízo. Ademais, a responsabilidade pela inclusão indevida é do requerente, pois conhecedor das hipóteses autorizadoras, e detentor do dever de boa-fé processual.

Nesse cenário, entendo viável o acolhimento do pleito do exequente, ainda que tivesse meios de diligenciar por si.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Desembargador Federal Antonio Cedenho:

De fato, o artigo 782, § 3º, do novo Código de Processo Civil, previu a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes por determinação judicial, nos seguintes termos:

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.
(...)
§ 3o A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

No entanto, trata-se de faculdade do juiz, a ser exercitada no caso em que o exequente não tenha meios para realizar administrativamente o procedimento e quando a medida for necessária no caso concreto.

Ao contrário dos particulares, a Fazenda Pública dispõe dos meios para incluir o nome do executado nos cadastros de inadimplentes (SERASA - Experian e SCPC), sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido, recente julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES (SERASA E SPC). ART. 782, § 3º, DO CPC/2015. FACULDADE DO JUIZ. DESNECESSIDADE NO CASO DOS AUTOS. 1. O acórdão recorrido consignou: "Cinge-se a questão discutida nos autos sobre a possibilidade inclusão do nome da parte executada, ora Agravada, em cadastros de inadimplentes. O artigo 782, § 3º do CPC/2015 estabelece que 'a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes'. (...)" De fato, a inscrição dos devedores é uma faculdade atribuída pela lei processual ao juiz para que, considerando a circunstâncias do caso e a necessidade de observância da eficiência e da efetividade no processo, adote medida que tem o condão de agilizar a execução e atrair o interesse do devedor para a quitação da dívida. Na hipótese dos autos, segundo consta na decisão agravada, é desnecessária a participação do Poder Judiciário para alcançar os efeitos pretendidos pela parte exequente - os quais são também viáveis pela via do protesto. Em síntese, apesar de possível, a inscrição dos devedores em cadastros de inadimplentes, no momento, não se mostra medida necessária. (fl. 117, e-STJ) 2. O art. 782, § 3º, do CPC/2015 não possui a abrangência pretendida pela recorrente - impor ao julgador o dever de determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes -, tendo em vista o uso da forma verbal "pode", tornando clara que se trata uma faculdade atribuída ao juiz a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto. 3. No caso dos autos, o magistrado consignou: "apesar de possível, a inscrição dos devedores em cadastros de inadimplentes, no momento, não se mostra medida necessária"(fl. 117, e-STJ). Sendo assim, não há violação ao regramento legal, mas correta observância a ele. 4. Recurso Especial não provido.
> (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1762254 2018.01.53338-5, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/11/2018 ..DTPB:.)

No mesmo sentido:

> Processual civil. Agravo de instrumento interposto pelo Departamento Nacional de Produção Mineral contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. 1 - Observa-se que o parágrafo 3º, do art. 782, do Código de Processo Civil, dispõe que o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, não estando ele obrigado a determinar, caso não entenda necessário, a medida requerida. Além de que, no caso dos autos, a decisão agravada justificou que a expedição de comunicação ao SERASA é uma faculdade do juiz, a ser exercitada no caso em que o executado não tenha meios para realizar administrativamente o procedimento em questão, f. 76v. 2 - Com efeito, o referido dispositivo tem a finalidade de possibilitar ao particular obter a inserção do executado no cadastro de inadimplentes, uma vez que o ente público possui instrumentos para fazê-lo. 3 - A exequente dispõe dos meios para incluir o nome do executado no cadastro de inadimplente, razão pela qual descabe qualquer obrigação do juízo, nesse sentido, ante a faculdade inserta no parágrafo 3º, do art. 782, do Código de Processo Civil, especialmente quando a exequente não demonstra qualquer óbice por parte do SERASA. Precedentes: AGTR 08017546920174050000, des. Rubens Canuto, julgado em 04 e agosto de 2017; AGTR146015/RN, des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 30 de janeiro de 2018. 4 - Agravo de instrumento improvido.
> (AG - Agravo de Instrumento - 146192 0000179-25.2018.4.05.0000, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::16/08/2018 - Página::75.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS AO SERASA-EXPERIAN E SCPC PARA INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. FAZENDO PÚBLICA DISPÕE DOS MEIOS PRÓPRIOS. ART. 782 §3º, CPC/2015. FACULDADE DO JUIZ. 1. A Fazenda Pública dispõe dos meios para informar ou incluir eventuais débitos dos executados e, consequentemente, seus nomes nos cadastros de inadimplentes (SERASA - Experian e SCPC), razão pela qual descabe qualquer determinação nesse sentido por parte do magistrado, nos termos do disposto do §3º do art. 782, do Código de Processo Civil/2015, eis que referido artigo se traduz em faculdade do juiz. 2. Não há nos autos qualquer informação no sentido de que a exequente ficou impossibilitada de efetivar a comunicação aos cadastros de inadimplentes e, dessa forma, requerer a intervenção do Poder Judiciário. 3. Agravo de instrumento improvido.
(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 594861 0002183-26.2017.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

E, ainda, precedente desta C. Turma, julgado em 06/02/2019, à unanimidade, de minha relatoria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. OBTENÇÃO DA MEDIDA POR MEIOS PRÓPRIOS. AGRAVO DESPROVIDO.
1. De fato, o artigo 782, § 3º, do novo Código de Processo Civil, previu a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes por determinação judicial.
2. No entanto, trata-se de faculdade do juiz, a ser exercitada no caso em que o executado não tenha meios para realizar administrativamente o procedimento e quando a medida for necessária no caso concreto.
3. Ao contrário dos particulares, a Fazenda Pública dispõe dos meios para incluir o nome do executado nos cadastros de inadimplentes (SERASA - Experian e SCPC), sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário.
4. Agravo desprovido.

Diante do exposto, peço vênia para divergir do e. Relator, e NEGO PROVIMENTO ao agravo.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
5030872-58.2018.4.03.0000

Requerente: UNIÃO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA - PRESIDENTE
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/01/2019

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de pedido de suspensão de liminar, inicialmente apresentado pela União com o objetivo de sustar a eficácia de determinação proferida pelo juízo da 24ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo nos autos da Ação Popular de reg. nº 5017611-59.2018.4.03.6100 – em que discutida a legalidade do procedimento de negociações travado entre a Empresa Brasileira de Aeronáutica, EMBRAER, e BOEING –, na qual, "Considerando também a proximidade do recesso do Poder Judiciário ao qual se deve somar a posse do novo Presidente da República com as alterações em equipes de governo, ao lado da ampla renovação do Poder Legislativo, o que torna igualmente recomendável evitar que eventuais atos concretos se efetivem neste período criando uma situação fática de difícil ou de impossível reversão através da concretização da 'segregação' de parte da Embraer e sua transferência para a Boeing Co por meio de simples decisão do Conselho da primeira, ainda que sem opor qualquer tipo de obstáculo à continuidade das negociações entre as duas empresas, em face da possibilidade anunciada de que dentro deste período de transição haveria a efetivação após manifestação do Conselho da Embraer na segregação, por constatar presente a relevância do direito posto em discussão (ausência de previsão de ação especial '*golden share*' na NewCo, implicando como efeito, na renúncia da União sobre a parte segregada) e do periculum in mora representado na situação acima descrita", decidiu-se por deferir "PARCIALMENTE A LIMINAR pedida, em sentido provisório e cautelar para SUSPENDER qualquer efeito concreto de eventual DECISÃO do CONSELHO DA EMBRAER assentindo com a SEGREGAÇÃO e TRANSFERÊNCIA da parte comercial da EMBRAER para a BOEING através de 'Joint Venture' a ser criada".

Referida demanda consiste, na origem, em "AÇÃO POPULAR PREVENTIVA" (Id. 8979465), ajuizada por Paulo Roberto Severo Pimenta, Carlos Alberto Rolim Zarattini, Nelson Vicente Portela Pellegrino e Vicente Cândido da Silva, todos no exercício de mandato de Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores, em face da União e da Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER, embasada, em síntese, na circunstância de que "desde o início do ano de 2017, todo o mercado financeiro nacional e internacional já vinha divulgando a existência de negociações envolvendo uma possível FUSÃO entre a empresa de aviação norte americana BOEING e a Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER", sendo que "no último dia 5 de julho de 2018, os representantes das partes assinaram um MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS (doc. 3), que na prática significa o fechamento do acordo de FUSÃO comercial que vinha sendo entabulado entre as Companhias, através da qual será criada uma nova empresa e constituída uma segunda joint venture".

Deferida a tutela provisória nos termos acima transcritos, sobreveio o pedido de suspensão de liminar, inicialmente apresentado no sentido de sustar os "efeitos da liminar concedida pelo MM. Juízo da 24ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, nos autos

do Processo n.º 5017611-59.2018.4.03.6100, até o final e definitivo julgamento da referida ação popular, sob pena de restar configurada lesão grave à ordem pública administrativa e à economia pública" (Id. 9063768).

Ocorre que sobreveio, em 10.12.2018, decisão concessiva do efeito suspensivo no âmbito do Agravo de Instrumento nº 5030883-87.2018.4.03.0000, de modo a deferir "a antecipação dos efeitos da tutela recursal para cassar a liminar concedida em primeira instância, de maneira a permitir o regular curso das negociações envolvendo a operação em tela" (Id. 9984760).

À vista do deliberado, proferiu-se Despacho (Id. 9964389), intimando-se a União "para que se manifeste a respeito do que consta nestes autos, em específico se subsiste interesse na continuidade de seu processamento".

Ocorre que, antes do transcurso do prazo relativo à determinação anterior, sobreveio Emenda à Inicial (Id. 13238013), apresentada também pela União e na qual, em síntese, requer-se o aditamento do inicialmente aqui pleiteado, agora "em face de nova r. decisão proferida pelo Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, em 19 de dezembro de 2018, às 19h03, nos autos do Processo Eletrônico n. 5031433- 18.2018.4.03.6100, expondo e, ao final, requerendo o que segue".

Em síntese, relata a requerente que, "em 17 de dezembro de 2018, foi distribuída por dependência à Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100 a Ação Civil Pública nº 5031433-18.2018.4.03.6100, *ambas buscando a suspensão da negociação da Embraer com a Boeing*".

Nesse sentido, e quanto a esta última, afirma-se que se trata de "ação civil pública ajuizada por 3 (três) Sindicatos dos Metalúrgicos e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM em face da União, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Embraer S/A e Boeing S/A, na qual se busca, em síntese, a suspensão e posterior reconhecimento de nulidade de negócio jurídico celebrado entre as duas sociedades empresárias anteriormente mencionadas, no sentido de criar uma joint venture, sob a alegação de ameaça aos interesses nacionais".

Distribuída inicialmente à 20ª Vara Federal do Distrito Federal, sendo posteriormente remetida ao juízo federal da 24ª Vara Cível de São Paulo, nela, segundo a União, "Relatam os Autores que surgiram informações, no fim de 2017, acerca de uma transação envolvendo a Boeing S/A e a EMBRAER S/A, que foram confirmadas por um comunicado emitido pelo presidente desta última empresa, em 5 de julho de 2018", argumentando-se, a respeito, que "estaria claro o abuso de poder da burocracia administrativa na discussão de 'cunho patrimonial' que se desenvolve", sobretudo porque "o Conselho de Administração da Embraer não teria poderes para a negociação, sendo necessária a deliberação dos acionistas, de maneira que estaria ocorrendo um 'transbordamento do poder gerencial'".

Sustenta-se, nessa direção, a existência de "óbices legais constantes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), como os que se seguem: (i) no caso de incorporação, cisão ou fusão de companhia aberta, as sociedades sucessoras também devem ser abertas (art. 223, § 3º, da LSA); (ii) haveria abuso do poder de controle, mesmo se admitida a aprovação por assembleia de acionistas, invocando o disposto no art. 117, §1º, alínea 'b', para sustentar tal alegação; (iii) ainda que o negócio não fosse juridicamente impossível, haveria restrições quanto ao ingresso do capital estrangeiro", bem como que "se fosse possível a constituição de uma joint venture, (i) a assimetria na composição acionária desse empreendimento impediria sua concretização sem o grave comprometimento da sobrevivência dos interesses nacionais; (ii) na esfera do direito do acionista minoritário, essa incorporação não seria possível, uma vez que, tratando-se de alienação (premissa fixada pelos autores), direta ou indireta, o adquirente

deveria se obrigar a fazer a denominada 'Oferta Pública de Aquisição – OPA', de ações com direito a voto, nos moldes do art. 254-A, também da LSA".

Ademais, "por se tratar de 'aquisição do controle acionário por capital estrangeiro', seria caso de atuação do poder de veto que detém a União em razão da ação de classe especial que possui, denominada *golden share*, nos moldes do art. 17, § 7º, da LSA e do art. 8º da Lei nº 9.491/2000", e, ainda, "seria necessária iniciativa parlamentar para a convocação de plebiscito, a fim de avaliar a verdadeira vontade popular no que tange à suposta alienação do controle acionário da Embraer".

Remetidos os autos ao juízo *a quo*, em razão de conexão, sobreveio a decisão liminar cuja conclusão abaixo se transcreve, ora objeto de novo pleito suspensivo de liminar, em aditamento ao inicialmente apresentado:

> É certo ser possível que estes questionamentos se resolvam por meio de pareceres dos próprios órgãos consultivos, porém, judicializada que se encontra a questão o fim da controvérsia não se mostra próximo.
> Tampouco se vê, como imprescindível que seja ela dirimida através de consulta direta à população.
> Sem dúvida que se tem, na hipótese, um bem público da União por atribuição (CR, artigo 20, I) e como bem público, em princípio, inalienável segundo as regras do Código Civil, em seu artigo 100, porém, inequivocamente, de natureza dominical.
> Embora defendam os Autores que o exercício do 'veto' oriundo de '*golden share*' represente um 'ato administrativo' de natureza vinculada, não se visualiza uma base legal para tanto, na medida que esta natureza será atribuída à partir da decisão dos órgãos de governo que direta ou indiretamente possam ser afetados em seus interesses que não se limitam, evidentemente, apenas aos órgãos destinados ao exame de questões societárias, mas diríamos, equivalentes ao norte-americano que vetou a operação Broadcom/Qualcomm (aquisição da Qualcomm pela Broadcom)
> Em um ponto, porém, possível visualizar esta situação: se representar uma renúncia de direitos legais provenientes da '*golden share*' da União na Embraer, seja por uma transferência acionária direta ou indiretamente através de cisão, para criação de nova empresa na qual a União não detém a '*golden share*'.
> Reportando-nos a este contexto e mais uma vez insistindo que a presente decisão longe se encontra de representar desafio ao decidido em Agravo de Instrumento suspendendo decisão anterior deste mesmo Juízo, porém, diante I) de sensível alteração da situação fática presente por ocasião da anterior; II) da abordagem de aspectos diversos dos examinados anteriormente e III) a natureza e partes diversas das duas ações, reputam-se presentes os requisitos de fumus boni iuris e relevância do direito posto em discussão a impor ao Juízo o deferimento de liminar, ainda que não na extensão pedida para determinar, em caráter provisório, a suspensão de qualquer ato de concretização da operação de transferência de parte da Embraer sem que haja a preservação da '*golden share*' na nova empresa a ser criada e na qual, segundo os termos do 'memorando' a Embraer não terá qualquer ingerência seja nos aspectos administrativos ou gerenciais, exceto a manutenção de um único membro no 'conselho' com poder de observador.
> Isto posto e pelo mais que dos autos consta, em caráter cautelar, dentro do escopo geral de jurisdição assegurar resultado útil ao processo DEFIRO A LIMINAR para, SUSPENDER QUALQUER ATO DE CONCRETIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DA PARTE COMERCIAL DA EMBRAER, até uma manifestação das partes, União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e da Boeing, oportunidade em que o Juízo, mediante exame do conteúdo das mesmas terá condições de melhor analisar as irregularidades apontadas.
> Nesta decisão, como na anterior, não visualiza o juízo qualquer ameaça ou comprometimento da economia do país ou situação provocadora de crise na medida que busca conservar uma

situação que se encontra consolidada no tempo e eventual oscilação em preços de ações da Boeing ou da Embraer são considerados efeitos metajurídicos normais de qualquer decisão judicial sem a tônica de representar repercussão nos interesses do país.
Chegado a este ponto, parafraseando o grande Padre Vieira, ao fim de um de seus famosos sermões e, obviamente, sem contar sequer com uma mínima parcela do talento daquele, escusa-se este Juízo 'por não ter tido tempo de ser breve' com isto provocando inevitável enfado às partes desta ação.
Citem-se e intimem-se as Rés, com urgência.
Dê-se Ciência ao Ministério Público Federal.
São Paulo, 19 de dezembro de 2.018
VICTORIO GIUZIO NETO
JUIZ FEDERAL"

Daí, portanto, o novo pedido de suspensão de liminar, no qual, em adição aos argumentos anteriormente mobilizados, alega-se que "o Poder Judiciário não detém capacidade institucional para apreciar a posição a ser adotada pela União, pelas Empresas envolvidas e pelos órgãos competentes, por implicar em uma indevida e perigosa ingerência sobre o desenvolvimento de políticas públicas do setor, sem qualquer fundamentação lastreada nas demais áreas do conhecimento que gravitam em torno da questão sub judice", sendo que "A corroborar referida impossibilidade de controle judicial de ato discricionário orientado por critérios técnicos, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, em caso similar envolvendo decisão administrativa que transcenderia uma análise meramente jurídica, aplicou a denominada Doutrina Chenery, obstando a interferência do Poder Judiciário sobre o reajuste de tarifas [...]".

Sustenta-se, nesse sentido, que "*a decisão do juízo a quo, diante da qual se busca a presente contracautela, além de suspender e interferir, novamente, na negociação entre a Embraer e Boeing, determina manifestação da Comissão de Valores Mobiliários-CVM*", sendo que "*já existe manifestação da CVM e esta não aponta nenhuma irregularidade na referida negociação*", ressaltando-se, de forma a somar ao contexto anteriormente delineado no pedido inicial, que "*em 17 de dezembro de 2018, a Embraer noticiou fato relevante (doc. anexo) que o Conselho de Administração da Companhia aprovou, em princípio, 'sujeito à autorização da União', em continuidade às negociações a parceria estratégica entre a Embraer e Boeing*", autorizando-se "*o envio de notificação solicitando a aprovação prévia da Operação pela União, em razão da titularidade da ação ordinária de classe especial de emissão da Embraer (golden share), nos termos do art. 9º do Estatuto Social da Companhia*".

Assim, "*de plano, verifica-se a temeridade da decisão judicial que se busca obter a presente contracautela, que frustra todo o trâmite negocial entre empresas privadas, sem possibilitar a regular avaliação, no momento oportuno, de possível veto da União, com a utilização da ação conhecida como Golden Share, bem como a análise de outras autoridades competentes*".

Isso porque "*a análise de veto deve ser realizada pelo órgão competente e no momento oportuno*, ou seja, como foi apontado anteriormente, pelo Ministério da Fazenda após deliberação do Conselho de Administração da Embraer"; ainda, "a liminar, além de suspender qualquer ato de concretização da operação de transferência da parte comercial da Embraer, submete à prévia análise judicial a manifestação da União, CVM e partes, ou seja, afasta todo o regramento da negociação e interfere como centralizador das manifestações das autoridades competentes".

Dessa forma, "a concessão da liminar pelo Juízo da 24ª Vara Federal da Subseção de São Paulo *afeta a análise e poder de veto da União, atividade eminentemente político-administrativa*, e, por tal natureza, não possui lastro permissivo para que o Poder Judiciário interfira, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes", notadamente porque "A referida liminar, na sua essência, é a assunção pelo juízo de atividade administrativa, pois *na prática suspende (veta) o andamento das tratativas negociais entre a Embraer e a Boeing, assumindo a posição da União e demais autoridades de maneira inoportuna e sem tal atribuição legal ou constitucional", e, ainda, "atinge o poder de veto da* União, atividade eminentemente político-administrativa, e, por tal natureza, não possui lastro permissivo para que o Poder Judiciário interfira, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes".

Outrossim, subsistiria grave lesão à economia pública, porque "A r. Decisão, a pretexto de suspender qualquer ato de transferência da parte comercial da Embraer, também acabou por violar a livre iniciativa, garantida pelo 'caput' do artigo 170 da Constituição Federal, ao impedir efeitos concretos de eventual aprovação das negociações da Embraer e Boeing", aduzindo-se, a esse respeito, que houve "*queda acentuada do valor das ações diante da decisão proferida em 07 de dezembro de 2018 na Ação Popular, no importe de 2,3% (dois vírgula três por cento) (doc. anexo)*, tendo em vista que a r. decisão causa insegurança com relação às tratativas comerciais entre as Companhias (EMBRAER e BOEING)".

Argumentos postos, requer-se seja autorizada a "*EMENDA AO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 5030872-58.2018.4.03.0000*, em face de nova r. decisão proferida pelo Exmo. Dr. Victorio Giuzio Neto, Juiz da 24ª Vara Cível Federal de São Paulo, em 19 de dezembro de 2018, às 19h03, nos autos do *Processo Eletrônico n. 5031433-18.2018.4.03.6100*", bem como deferido "o pedido de suspensão dos efeitos da liminar supracitada, até o final e definitivo julgamento da referida Ação Civil Pública, sob pena de restar configurada lesão grave à ordem pública administrativa e à economia pública".

Brevemente relatados os fatos, segue decisão.

Preliminarmente, cabe análise quanto ao pleito de emenda da inicial, apresentado pela União.

Em síntese, o feito foi iniciado a partir de pretensão (Id. 8975012) em que veiculado pedido de suspensão de liminar relativo à tutela provisória deferida no feito de reg. nº 5017611-59.2018.4.03.6100. Prolatada decisão no Agravo de Instrumento nº 5030883-87.2018.4.03.0000, sustando a eficácia de referida determinação liminar, sobreveio o pedido de emenda à inicial, desta feita batendo-se pela suspensão de liminar relativa aos autos de nº 5031433-18.2018.4.03.6100.

A esse respeito, consigne-se que, sob a dimensão processual, o que delimita o exercício jurisdicional pela via da suspensão de liminar, constituindo-se, pois, o seu objeto, não é o feito judicial de onde se extrai a tutela provisória, mas o conteúdo do ato impugnado – isto é, o teor da liminar que se defere.

Com efeito, nos termos do art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437, é possível, no âmbito de um mesmo pedido de suspensão, sustar os efeitos decorrentes de decisões liminares distintas e, inclusive, supervenientes, desde que elas tratem de objetos idênticos, independentemente da semelhança dos processos em que proferidas:

> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante

> ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (Vide Lei nº 9.494, de 10/9/1997)
> [...]
> § 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Parágrafo acrescido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001).

Isso demonstra – mesmo que, no presente caso, não se tenha hipótese de deferimento anterior a ser aqui estendido, mas sim de análise inicial do mérito – que a circunstância de que o pedido de suspensão de liminar ter se iniciado fazendo referência a outro processo judicial, sendo, ante a superveniência de quadro fático distinto, emendado para que diga a respeito a feito diverso, não prejudica sua análise, mas antes é fato processual que ocorre no bojo da particularidade do objeto que particulariza a presente via processual.

Isso porque o efeito extensivo da suspensão "faculta a extensão das decisões de suspensão de eficácia de liminares contra o Poder Público a casos idênticos, desde que o requerente emende o pedido originário para o fim de explicitar a identidade de objeto entre a liminar já sustada e a(s) que se pretende ainda sustar" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 2017, p. 323).

Se, portanto, cabível o aditamento mesmo quando já proferida decisão jurisdicional a respeito, muito mais viável tal hipótese se ausente, como nestes autos, provimento a esse respeito, bastando que se evidencie identidade entre os objetos das liminares.Nesse âmbito, a despeito das distinções inerentes ao fato de se estar diante, na origem, de feitos judiciais diversos – a Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100 e a Ação Civil Pública nº 5030872-58.2018.4.03.0000 –, ajuizados mesmo em momentos diferentes do processo de negociação entre Embraer e Boeing, o teor da liminar, em resumo, é basicamente o mesmo: a suspensão dos atos procedimentalmente necessários – e os efeitos deles decorrentes – relativos à concretização do acordo entre ambas, que dizem respeito a arranjo societário cujas tratativas estão atualmente em curso.

Vejam-se – e sem se ignorar, insista-se, as particularidades de cada demanda e das fundamentações a elas subjacentes – os dispositivos do que se veio a decidir nas duas ocasiões:

> - Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100:
> "Considerando também a proximidade do recesso do Poder Judiciário ao qual se deve somar a posse do novo Presidente da República com as alterações em equipes de governo, ao lado da ampla renovação do Poder Legislativo, o que torna igualmente recomendável evitar que eventuais atos concretos se efetivem neste período criando uma situação fática de difícil ou de impossível reversão através da concretização da 'segregação' de parte da Embraer e sua transferência para a Boeing Co por meio de simples decisão do Conselho da primeira, ainda que sem opor qualquer tipo de obstáculo à continuidade das negociações entre as duas empresas, em face da possibilidade anunciada de que dentro deste período de transição haveria a efetivação após manifestação do Conselho da Embraer na segregação, por constatar presente a relevância do direito posto em discussão (ausência de previsão de ação especial 'golden share' na NewCo, implicando como efeito, na renúncia da União sobre a parte segregada) e do periculum in mora representado na situação acima descrita pedida, em sentido provisório DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR e cautelar para SUSPENDER qualquer efeito concreto de eventual DECISÃO do CONSELHO DA EMBRAER assentindo com a SEGREGAÇÃO e TRANSFERÊNCIA da parte comercial da EMBRAER para a BOEING através de 'Joint Venture' a ser criada".

> - Ação Civil Pública nº 5031433-18.2018.4.03.6100:
> "Isto posto e pelo mais que dos autos consta, em caráter cautelar, dentro do escopo geral de jurisdição assegurar resultado útil ao processo DEFIRO A LIMINAR para, SUSPENDER QUALQUER ATO DE CONCRETIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DA PARTE COMERCIAL DA EMBRAER, até uma manifestação das partes, União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e da Boeing, oportunidade em que o Juízo, mediante exame do conteúdo das mesmas terá condições de melhor analisar as irregularidades apontadas.
> Nesta decisão, como na anterior, não visualiza o juízo qualquer ameaça ou comprometimento da economia do país ou situação provocadora de crise na medida que busca conservar uma situação que se encontra consolidada no tempo e eventual oscilação em preços de ações da Boeing ou da Embraer são considerados efeitos metajurídicos normais de qualquer decisão judicial sem a tônica de representar repercussão nos interesses do país".

Isso tudo considerado, é caso de se admitir a emenda à inicial.

No mérito, a suspensão da eficácia de provimentos jurisdicionais por ato da Presidência do respectivo Tribunal é "prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, a saúde ou à segurança públicas", objetivando "a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra entidades públicas e privadas que desempenham de alguma forma função pública" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 35).

Trata-se de regime jurídico constituído a partir da subsistência de dispositivos legais que regulam as distintas situações nas quais o manejo do pedido de suspensão mostra-se cabível, sendo adequada a menção, a esse respeito, ao que dispõem os artigos 15, da Lei nº 12.016/09, 25, da Lei nº 8.038/1990, 4º, da Lei nº 8.437/1992, 12, da Lei nº 7.347/1985, 1º, da Lei nº 9.494/1997, e 16, da Lei nº 9.507/1997 – respectivamente aplicáveis ao mandado de segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, às medidas cautelares contra o Poder Público, à ação civil pública, à tutela antecipada contra a Fazenda Pública e ao habeas data:

> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.
> § 1o Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.
> § 2o É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.
> § 3o A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.
> § 4o O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> § 5o As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original

Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.
§ 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.
§ 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.
§ 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.
§ 2o O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 3o Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 4o Se do julgamento do agravo de que trata o § 3o resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 5o É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4o, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 6o A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 7o O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 8o As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)
§ 9o A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

> § 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.
>
> Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.
>
> Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

Sob a ótica da doutrina moderna, sem que se cogite existir "tratamento distinto dos regimes de suspensão dos provimentos das ações de mandado de segurança e das demais ações movidas contra o Poder Público", vislumbra-se "indiscutível uniformidade procedimental quanto aos pedidos de suspensão de provimentos contrários ao interesse público", "compreendida a existência de um verdadeiro microssistema legal que rege os pedidos de suspensão", ausente "sentido em continuar a buscar distinção das hipóteses de cabimento a partir do tipo de processo em que incidem os pedidos, ou mesmo a partir da espécie de decisão cuja eficácia se deseja sustar" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, pp. 35 e 373).

Nesse âmbito, exsurge comum às modalidades sob análise, consoante jurisprudência de há muito consolidada neste sentido, a constatação de que "o pedido de suspensão não possui natureza de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma", tratando-se, assim, de "um instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória", "restringindo-se à comprovação de seus pressupostos e sem adentrar no efetivo exame do mérito da causa principal, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias" (STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 201/MA, rel. Ministro Edson Vidigal, 10.4.2006).

Nos presentes autos, cinge-se a controvérsia à verificação se presentes os motivos ensejadores da suspensão de eficácia de decisão jurisdicional na hipótese em que se defere, em primeiro grau de jurisdição e pela via da tutela provisória em ação civil pública, pleito liminar para sustar os efeitos de quaisquer atos de concretização da operação de transferência da parte comercial da Embraer, até o momento em que o juízo *a quo* seja instruído com "manifestação das partes, União Federal, Embraer, Comissão de Valores Mobiliários e da Boeing".

Consoante convém não olvidar, a medida da suspensão de liminar não se destina propriamente à discussão da higidez jurídica do decidido em primeiro grau de jurisdição, mas à aferição do alcance fático de seus efeitos, detectando-se se, por meio deles, há afetação substantiva dos bens jurídicos legislativamente tutelados pelo presente instrumento processual.

Dessa forma, não é objeto deste exame a procedência ou não dos pedidos veiculados pelos autores na inicial do feito subjacente, nem a propriedade dos argumentos ali lançados acerca, por exemplo, da vinculatividade dos direitos previstos na *golden share*, do exercício do papel fiscalizador da CVM no caso ou mesmo quanto à existência de ameaça aos interesses nacionais, supostamente afetados pelo negócio nos termos em que encetado.

Referida análise pertence ao juízo próprio, com os instrumentos processuais inerentes à tutela coletiva, incumbindo à suspensão de liminar âmbito de cognição jurisdicional mais

restrito – circunstância evidenciada mesmo pela inexistência de fase probatória propriamente dita –, vinculado, essencialmente, aos efeitos decorrentes da determinação jurisdicional que se deferiu em primeiro grau.

Nesse sentido, ressalte-se, de início, que a questão principal a ser analisada no âmbito desta decisão, contrariamente ao sustentado pela Procuradoria-Regional da União, não diz respeito à existência de impacto econômico decorrente da decisão tomada pelo juízo *a quo*.

Com efeito, "quando se alude à ordem econômica se requer uma necessária mas nem sempre fácil harmonização de princípios, aparentemente conflitantes, como, v.g., os da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. A adequação de tais vetores, contudo, é exigência do regime democrático" (Elton Venturi, obra citada, pp. 212-213).

De ver que, quer seja pelo teor da determinação outrora proferida e suspensa, relativa à Ação Popular nº 5017611-59.2018.4.03.6100; quer seja pelos contornos da decisão propriamente que aqui se analisa, proveniente da Ação Civil Pública, que veio a suspender quaisquer atos tendentes à concretização do liame societário, a tutela provisória deferida se traduziu, na prática, na paralisação de tratativas relativas a negócio que, sob quaisquer aspectos, é de enorme porte financeiro, traduzindo-se, segundo Fato Relevante disponibilizado pela Embraer em 5 de julho de 2018 (Id. 9664493, autos originários da AP), em operação com valor atribuído às partes de US$ 4,75 bilhões, constando a possibilidade de pagamento, à sociedade brasileira, de US$ 3,8 bilhões – e que, ao cabo, gerou, segundo último Fato Relevante divulgado pela empresa, valor de US$ 5,26 bilhões.

Paralisar referido procedimento evidentemente se traduz em significativo impacto econômico tanto nas sociedades empresárias envolvidas na negociação, quanto no próprio mercado brasileiro a elas associado, o que se permite aferir, conforme mencionado, nas perdas financeiras decorrentes da momentânea desvalorização acionária ocorrida, aqui evidenciada mesmo por extrato momentâneo de cotações no mercado de bolsa, inserido sob Id. 13238024.

Realmente, a companhia brasileira é listada em bolsas de valores nacionais e internacionais, em que o preço acionário e – por consequência, o próprio valor atribuído à sociedade por ações em questão – decorre de um conjunto de expectativas associadas à sua capacidade de mobilizar uma gestão eficiente para gerar lucros.

Dessa forma, eventuais inseguranças decorrentes da inviabilização jurisdicional de se levar adiante caminho societário supostamente escolhido pela companhia para prosseguir suas atividades – *in casu*, e, se assim aprovado pelo procedimento pertinente, a constituição de joint venture com a Boeing – traduzem-se em oscilações de mercado que refletem a percepção de investidores a esse respeito, como bem demonstra a circunstância, mencionada na inicial, de que "*após a liminar proferida na ação popular, em 07 de dezembro de 2018, ter sido cassada as ações da Embraer subiram 3% com os novos termos do acordo com a Boeing, conforme notícia anexa do Globo*" (Id. 13238014).

Referido movimento, entretanto, é usual: decisões judiciais são proferidas a todo momento e, frequentemente, acabam por impactar na atuação de companhias listadas em bolsas pelo mundo, levando à readequação de expectativas de mercado, bem como precificação de riscos que acabam refletindo no valor acionário de sociedades por ações.

Assim, como são significativos para a companhia os efeitos resultantes da decisão que se quer ver suspensa, disso não exsurgem, propriamente, elementos suficientes à suspensão da liminar sob o argumento da ocorrência de grave lesão à ordem econômica, porque a presente via processual, instituto que tira o seu significado – e sua excepcionalidade – da necessidade

de se tutelar a coisa pública, não se constitui em substituto fungível do pleito suspensivo a ser perseguido em sede de agravo de instrumento.

O que deve nortear esta decisão, portanto, não é mera análise de impacto econômico – incontroverso, como dito – mas sim a verificação de se, e, em caso positivo, como os efeitos decorrentes da decisão de primeiro grau de jurisdição afetaram os valores públicos que a via da suspensão de liminar protege.

É nesse ponto que ganha relevância retomar a fundamentação trazida na decisão liminar (Id. 8979465) proferida no feito de reg. nº 5017611-59.2018.4.03.6100, inicialmente objeto deste pedido de suspensão, porquanto esclarecedora da existência de interesse público no caso, a importar na justificativa da adequação da via eleita, qual seja, a da ação popular, e por consequência para rebater argumentos trazidos nos autos no sentido de que a Embraer seria, ao fim, uma sociedade empresária privada, atuante em mercado sob a lógica da concorrência e que tem, por isso, a prerrogativa de efetuar negociações como bem entende, sejam elas relativas à venda de aviões ou à formatação de negócios societários que impliquem a alienação de parte de seus ativos.

A esse respeito, o magistrado argumentou, à ocasião, que "a questão dos autos não se encontra em contrastar decisão meramente comercial da Embraer que pode produzir os aviões que desejar, firmar os contratos de venda com as cláusulas que bem lhe convier, escolher os países com os quais vai negociar ou mesmo dos tipos de aviões que produzirá ou deixará de produzir ou vender", porque "não se está, no caso dos autos, perante uma lide envolvendo apenas uma operação comercial típica da Embraer, certamente realizadas a milhares no espaço de um ano, mas uma operação (potencial) sobre a qual se sustenta a presença de prejuízo público diante de uma planejada cisão ou desmembramento (sob a talentosa expressão de 'segregação') da totalidade de sua parte comercial visando transferência para a gigante norte-americana Boeing".

Sustenta-se, portanto, a existência de dois regimes jurídicos distintos: um vinculado à forma como a empresa conduz suas operações ordinárias e outro relativo a negócios específicos, como o que se tem sob tratativas, nos quais a existência da *golden share* – que designa, genericamente, "os mecanismos de Direito societário criados a partir do modelo de privatizações britânico para permitir ingerência qualitativamente diferenciada nas deliberações e negócios sociais por pessoa que não figura como titular da maioria das ações do capital da companhia ou de participação minoritária expressiva" (Juliana Krueger Pela, Origem e Desenvolvimento das *Golden Share*, Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 103, 2007) – traduz-se em evidência de interesse público acentuado, a justificar, inclusive, a intervenção jurisdicional pela via da ação popular.

Ocorre que, sob o viés público – estruturado, em seu núcleo, pela sistemática da *golden share* –, não se tem um vazio institucional, cujo preenchimento se faz necessário pela criação de procedimentos e condicionantes novos, a cargo das partes ou mesmo do Poder Judiciário.

Pelo contrário: aquilo que, segundo se argumenta na decisão, seria evidência do caráter público da negociação – insista-se, o regime jurídico inerente à *golden share* – também constitui demonstração clara de que se construiu, ao longo do processo de privatização, uma estrutura institucional de limitações mútuas entre sociedade empresária e Estado – via atuação do Poder Executivo Federal – que age sempre que acordos sensíveis, como o que se tem sobre a mesa, são encetados.

Então, o que se devem ter como claras não são as circunstâncias de que, de fato, há interesses estratégicos inerentes às atividades da Embraer, os quais atraem preocupações pú-

blicas distintas daquelas que incidem sobre os negócios ordinários da companhia – questões que, no mais, dizem respeito ao mérito das ações subjacentes –, mas o fato de que já previstos mecanismos próprios à resolução de problemas decorrentes dessa sobreposição de interesses públicos e privados.

Isso fica evidente, primeiro, na própria existência de *golden share*, atribuída à União no momento em que privatizada a companhia e pela qual conferidos os poderes descritos no artigo 9º de seu Estatuto, nos seguintes termos:

> ART. 9º - A ação ordinária de classe especial confere à União poder de veto nas seguintes matérias:
> I. Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social;
> II. Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia;
> III. Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil;
> IV. Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares;
> V. Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares;
> VI. Transferência do controle acionário da Companhia;
> VII. Quaisquer alterações: (i) às disposições deste artigo, do art. 4, do caput do art. 10, dos arts. 11, 14 e 15, do inciso III do art. 18, dos parágrafos 1º. e 2º. do art. 27, do inciso X do art. 33, do inciso XII do art. 39 ou do Capítulo VII; ou ainda (ii) de direitos atribuídos por este Estatuto Social à ação de classe especial.

Ademais, como descreve a União, constituiu-se, por meio de um complexo de regras, estrutura de deliberação interinstitucional que condiciona a aprovação de situações como a presente ao assentimento de diversos órgãos, parte tanto da composição societária da empresa, quanto da estrutura administrativa do Estado, fazendo da alienação não uma decisão isolada, mas verdadeira conjunção de vontades em que sopesada, como acima mencionado, a perspectiva pública da questão, circunstância inclusive transparecida pela empresa, por dever inerente à sua qualidade de companhia aberta, em comunicado ao mercado (Fato Relevante de 5 de julho de 2018, Id. 9664493, autos originários):

> A partir da presente data, a Companhia e a Boeing iniciarão as tratativas a respeito dos documentos definitivos da Operação, os quais deverão regular de forma vinculante, inclusive, a estrutura e os termos financeiros da Operação em bases mutuamente satisfatórias. Caso as partes cheguem a um consenso a respeito de tais documentos definitivos da Operação, a Embraer consultará o Governo Brasileiro e as partes submeterão a Operação às aprovações necessárias à sua implementação, incluindo, dentre outras, (i) aprovação pela União; (ii) aprovações pelos órgãos societários competentes de ambas as partes envolvidas na Operação; e (iii) aprovação das autoridades regulatórias competentes.
> Dessa forma, não é possível, neste momento, garantir a efetiva assinatura dos contratos definitivos e consumação da Operação.

A esse respeito, consoante expôs a União em sua primeira petição, as tratativas encetadas por Embraer e Boeing devem ser submetidas ao Conselho de Administração da companhia – em que o Estado brasileiro tem assento, nos termos do art. 27, § 1º, do Estatuto ("A União, na qualidade de titular da ação de classe especial, terá direito de eleger um membro efetivo do Conselho de Administração e respectivo suplente") –, apresentando-se, na sequência, manifestação por parte da própria União, via "Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR), instituída pelo Decreto nº

6.021/2007, secretariada pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST), órgão técnico vinculado ao Ministério do Planejamento e Gestão (MPOG), conforme o art. 41, do Decreto nº 9.045/2017".

Referida Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR é constituída pelos seguintes membros, a denotar, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.021/2007, a angularização do debate relativo à alienação da companhia entre diferentes esferas do Poder Executivo Federal:

> Art. 2o A CGPAR será composta pelos Ministros de Estado:
> I - do Planejamento, Orçamento e Gestão, que a presidirá;
> II - da Fazenda; e
> III - Chefe da Casa Civil da Presidência da República.
> § 1o Poderão ser convidados a participar das reuniões da CGPAR, sem direito a voto, Ministros de Estado responsáveis pela supervisão de empresas estatais com interesse nos assuntos objeto de deliberação, bem como dirigentes e conselheiros de administração e fiscal das empresas estatais federais e representantes de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, responsáveis por matérias a serem apreciadas.
> § 2o Os Ministros de Estado titulares da CGPAR serão substituídos em suas ausências ou impedimentos pelos respectivos Secretários-Executivos.
> § 3o O Ministro de Estado do Controle e Transparência participará das reuniões da CGPAR quando constar da pauta do colegiado o exercício da competência referida no inciso V do art. 3o deste Decreto.

Por sua vez, a Secretaria de Coordenação e Governança de Empresas Estatais é órgão técnico de atuação próxima a sociedades empresárias que exercem atividades sob influência estatal, cujas atribuições são descritas no art. 41, do Decreto nº 9.045/2017:

> Art. 41. À Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais compete:
> I - coordenar a elaboração do Programa de Dispêndios Globais - PDG, do orçamento de investimento das empresas estatais e do demonstrativo da política de aplicação das instituições financeiras oficiais de fomento e compatibilizá-los com o plano plurianual e com as metas de resultado primário fixadas;
> II - acompanhar as execuções orçamentárias e da meta de resultado primário das empresas estatais e requerer, quando julgar convenientes e necessárias, ações corretivas por parte destas empresas;
> III - promover a articulação e a integração das políticas das empresas estatais e propor diretrizes e parâmetros de atuação sobre políticas de pessoal, de governança e de orçamento;
> IV - processar e disponibilizar informações econômico-financeiras encaminhadas pelas empresas estatais;
> V - participar das atividades relativas a processos de modelagem e desenvolvimento de operações que tenham como objetivo a desestatização, a reestruturação, a fusão, a incorporação, a cisão e a liquidação de empresas estatais federais;
> VI - manifestar-se sobre os seguintes assuntos relacionados às empresas estatais:
> a) criação de empresa estatal ou assunção, pela União ou por empresa estatal, do controle acionário de empresas;
> b) operações de reestruturação societária que envolvam fusão, cisão ou incorporação;
> c) alteração do capital social e emissão de debêntures, conversíveis ou não em ações, ou de quaisquer outros títulos e valores mobiliários;
> d) estatutos sociais e suas alterações;
> e) destinação dos lucros e das reservas;

f) patrocínio de planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar, quanto à alteração de estatuto da entidade, à instituição e à alteração de planos de benefícios, ao convênio de adesão, ao contrato de confissão e assunção de dívidas, à fusão, cisão e incorporação de planos e de entidades de previdência complementar, à alteração de plano de custeio que implique elevação da contribuição de patrocinadores, ao plano de equacionamento de déficit e à retirada de patrocínio;
g) propostas, encaminhadas pelos Ministérios setoriais, de quantitativo de pessoal próprio, acordo ou convenção coletiva de trabalho, programa de desligamento de empregados, planos de cargos e salários, benefícios de empregados, criação e remuneração de funções gratificadas e cargos comissionados e participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas;
h) custeio de benefício de assistência à saúde;
i) remuneração dos administradores, dos liquidantes e dos Conselheiros e participação dos dirigentes nos lucros ou nos resultados das empresas;
j) constituição de subsidiária sediada no exterior, inclusive por meio de aquisição ou assunção de controle acionário majoritário;
k) celebração de acordo de acionistas que contenha cláusulas que permitam, de qualquer forma, a assunção da maioria do capital votante por empresas estatais;
VII - operacionalizar a indicação, coordenar e orientar a atuação de representantes do Ministério nos conselhos de administração de empresas e dos liquidantes de empresas públicas e sociedades de economia mista;
VIII - coordenar o Grupo Executivo da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União - CGPAR e exercer as atribuições de Secretaria-Executiva da Comissão;
IX - planejar e coordenar os processos de liquidação de empresas públicas e sociedades de economia mista e orientar a organização do acervo documental até a sua entrega aos órgãos efetivamente responsáveis pela guarda e manutenção;
X - contribuir para o aumento da eficiência e da transparência das empresas estatais, para o aperfeiçoamento e a integração dos sistemas de monitoramento econômico-financeiro e para o aperfeiçoamento da gestão destas empresas;
XI - acompanhar o patrocínio dos planos de benefícios previdenciários das empresas estatais;
XII - instruir o voto da União em assembleia geral sobre a fixação da remuneração dos diretores das empresas estatais federais, inclusive dos honorários mensais, dos benefícios e da remuneração variável, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e as diretrizes da CGPAR; e
XIII - solicitar a elaboração e acompanhar a execução de planos de ação para melhoria da gestão e da eficiência das empresas estatais.

Tais considerações – que, por razões óbvias, considerados os limites específicos da cognição existente em sede de pedido de suspensão, não esgotam a totalidade do procedimento necessário para que o negócio se concretize efetivamente – servem a demonstrar que se, por um lado, impossível ignorar a dualidade de regimes incidentes sobre a Embraer, ante sua posição estratégica para o Estado brasileiro, a justificar, por si só, a existência de âmbito público à parte de sua atuação privada, na qual, de fato, decide como melhor lhe aprouver a alocação de seus recursos para a consecução do lucro; por outro, dentro dessa referida esfera pública, já existe procedimento institucionalmente construído para dar voz ao Estado – em seu Poder responsável pela análise de questões estratégicas vinculadas à segurança nacional, qual seja, o Executivo Federal – em questões de relevo da companhia.

É nesse específico sentido que decorrem da determinação proferida na Ação Civil Pública nº 5031433-18.2018.4.03.6100 elementos concretos a indicar que o decidido pelo juízo *a quo* tem o condão de representar significativo impacto para a ordem pública – aqui entendida

como a "ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas" (Elton Venturi, Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, Malheiros, 3ª ed., 2017, p. 207) – ao ponto de, afetado um dos valores legislativamente tutelados pela via da suspensão de liminar, ser caso do seu deferimento.

Isso porque a decisão sob verificação, com o pretexto de realizar análise restrita do que denomina ser "aspectos exclusivamente societários", verdadeiramente faz substituir o juízo técnico de âmbitos administrativos especialmente constituídos para tal fim, acionados por meio de procedimento interinstitucional de análise da questão, pela análise judiciária, ao ponto de condicionar a concretização da operação ao municiamento do juízo – que, anote-se, não detém quaisquer competências determinadas por via regulamentar a respeito da deliberação – com pareceres técnicos próprios a permitir avaliação de caráter eminentemente societário, e não jurisdicional.

Necessária, a tanto, a compreensão da extensão conferida pelo desenho institucional originário da privatização da Embraer à atuação da União, notadamente pelo conjunto de procedimentos que deslocam parte da capacidade decisória da companhia para o Estado, representados, em especial, pela titularidade da *golden share*.

Em referido contexto originário, o formato institucional que se entendeu pertinente foi atribuir à União poder de veto em determinadas matérias, como transcrito acima, dentre as quais a "transferência do controle acionário da companhia" (art. 9º, VI, Estatuto).

Trata-se de importante aspecto, porque demonstra que a estrutura societária a partir do novo desenho de empresa privatizada foi constituída de tal forma que determinadas deliberações poderiam ser barradas pela União, inclusive aquelas que dizem respeito à própria extensão dos poderes da *golden share* – circunstância evidentemente impactada pela transferência do controle acionário da companhia.

Dito de outra forma: desde o início, a permanência e a extensão dos poderes da *golden share* não se colocavam como imutáveis, mas sujeitos, eles mesmos, à análise do Estado brasileiro, pela via da própria *golden share*.

O domínio, via poder de veto, da transferência do controle acionário da companhia, isso bem demonstra.

Se a Embraer decidisse alienar a totalidade de suas ações a terceiro – circunstância que poderia ensejar o esvaziamento total ou parcial dos poderes da *golden share* –, também essa decisão estaria sujeita ao poder de veto conferido pela *golden share* e ao procedimento de consulta estatal a ela associada.

Vale dizer que o regime jurídico da ação ordinária de classe especial detida pela União na Embraer se auto-regulamenta, na medida em que – pelo controle que exerce na alienação do controle da companhia – ele próprio determina a extensão de seus próprios poderes na companhia, fazendo-o de acordo com o que entende pertinente o Poder Executivo Federal, institucionalmente detentor da função de administrar a participação societária da União em sociedades empresárias como a Embraer.

E o fato de a União ser detentora da referida ação de classe especial não significa apenas possuir a prerrogativa de decidir os destinos da companhia, mas também de deliberar a respeito do próprio papel que essa titularidade específica deve ter nos rumos da sociedade empresária, mobilizando os meios negociais pertinentes para ampliá-lo ou restringi-lo, a depender do que entender pertinente à espécie.

Não há, na Embraer, um regime tríplice, constituído por decisões comerciais ordinárias, decisões sujeitas ao poder de veto da *golden share* e decisões que dizem respeito à extensão dos poderes da *golden share* – passíveis, segundo o juízo *a quo*, da tutela jurisdicional.

Na realidade, as decisões atinentes aos poderes da *golden share* estão inseridas, elas mesmas, no poder de veto do Estado, restando sujeitas, por isso, ao procedimento institucionalmente designado para tanto.

É nesse ponto que os efeitos da decisão se constituem em abalo à ordem administrativa, na medida em que o que fez o juízo *a quo* foi, ele mesmo, exercer o poder de veto da *golden share*, substituindo-se à atuação do Poder Executivo Federal e arrogando para si – e, por consequência, para o Poder Judiciário – a capacidade de analisar o negócio sob a perspectiva do interesse de seus participantes, ou, pior, do próprio interesse nacional, ignorando a existência de mecanismos próprios que já os veiculam no procedimento adotado para a análise da operação.

Isso se infere mesmo dos argumentos empregados na última liminar concedida – que levou à suspensão, uma vez mais, do processo de negociação –, como se observa, a título exemplificativo, da interpretação conferida ao art. 117, § 1º, b, da Lei das Sociedades Anônimas – que veda o exercício abusivo do poder de controle em desfavor "dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia" –, juízo claro a respeito do negócio, subentendendo-se-o prejudicial aos interesses acima tutelados; e também da análise que fundamenta sua conclusão, no sentido de que "ainda que se tivesse por possível a constituição de uma joint venture, a brutal assimetria na composição acionária desse empreendimento impede sua concretização sem o grave comprometimento da sobrevivência dos interesses nacionais".

Dito de outra forma: para o juízo *a quo*, o negócio em discussão revela-se prejudicial aos acionistas e aos interesses nacionais – posição que, entretanto, valor nenhum tem na estrutura institucional especificamente designada para, conferindo voz ao Estado, avaliar a pertinência do acordo em desenvolvimento.

Nesse âmbito, o próprio juízo *a quo* reconhece que "é certo ser possível que estes questionamentos se resolvam por meio de pareceres dos próprios órgãos consultivos", escancarando na própria decisão liminar que há esferas próprias em que tais questões devem ser tratadas.

Intervir nesse ponto – assim como o seria, por exemplo, decidir quanto à mudança do objeto social da companhia (Art. 9º, I, Estatuto) – significa fazer o Poder Judiciário adentrar em âmbito de atuação próprio do Executivo, a que, por meio tanto de seus órgãos tanto técnicos quanto políticos – detentores de legitimidade para tanto, anote-se – incumbe decidir a respeito.

Tal conclusão resta evidenciada a partir da constatação de que os efeitos da decisão objeto do pedido de suspensão, à luz da fundamentação nela exarada, significam, a valer, verdadeira rejeição, pelo Poder Judiciário, tanto do formato comercial acordado entre Embraer e Boeing, pelo qual, segundo entendeu o juízo *a quo* – e aqui sem adentrar na referida controvérsia – a *golden share* ficaria restrita à estrutura empresarial restante da Embraer, não incluída na joint venture a ser formada com a Boeing; quanto dos interesses afetados por referida operação, sejam eles os dos empregados da sociedade brasileira, façam eles referência aos investidores aplicaram recursos na companhia.

Não se desconhece, a esse respeito, a subsistência de controvérsia sobre o primeiro assunto, em específico quanto à circunstância de que o modo como o arranjo societário restou, em princípio, construído – com a vinculação de parte significativa dos ativos da Embraer a nova sociedade empresária, em que ausente *golden share* da União – poderia se traduzir, na prática, em uma renúncia a, ao menos, parte dos poderes inerentes à titularidade de referida

parInclusive como mencionado na Ação Popular originária, ressalte-se já existir consulta ao órgão competente para a análise da questão, qual seja, o Tribunal de Contas de União, no feito de reg. nº 025.285/2017-3, sob relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, mencionado nos autos originários e com inserção de notícia a respeito (Doc. 23, Id. 9664653).

Tais elementos, agregados à circunstância de que o voto apresentado pelo Relator direcionou-se, segundo noticiado, no sentido de autorizar a renúncia da titularidade da União das ações especiais, condicionando-o a indicativos da conveniência para tanto - como, por exemplo, o adequado ressarcimento da União - são significativos de que o tema não deve se circunscrever, ao menos neste instante, a análise jurisdicional quanto à prevalência de tal renúncia, preservando-se, no momento, a avaliação da conveniência administrativa, sem prejuízo, a depender da conclusão que se venha a ser tirada pelo TCU, do acionamento da via judicial competente em busca de eventual conformação ao Direito.

Estado-juiz não é detentor de *golden share*. À reserva de jurisdição incumbe a proteção de direitos, no sentido forte do termo, e não a definição dos rumos da maior sociedade empresária brasileira de aviação.

Nesse âmbito, ressalte-se a inconveniência do quanto decidido – e, por consequência, os efeitos decorrentes desta suspensão – especificamente sob a perspectiva de que seria o juízo *a quo* instância decisória a respeito da operação societária, devendo ele, portanto, ser munido de informações a respeito por órgãos técnicos que, ao bem da verdade, não devem atuar à disposição do juízo, mas sim dos procedimentos legalmente dispostos para a análise da operação societária.

Remarque-se, questões afetas à alienação de controle acionário de sociedade empresária estratégia, com a particularidade até mesmo de a União ser possuidora de *golden share* para melhor ditar o rumo da Companhia quando diante de situações mais delicadas, devem se valer das vias institucionais próprias para serem resolvidas, fazendo-o por meio da exigência de que subsista uma conjunção de vontades a respeito, devidamente assessoradas pelos órgãos públicos com atribuição para tanto.

Isso significa que, como acima demonstrado, as normativas aplicáveis à hipótese já construíram uma estrutura decisória constituída por áreas de intersecção entre o público e o privado, formatadas não só para decidir os rumos da companhia, mas também para avaliar em que medida esses caminhos devem ser decididos, daqui em diante, por essas estruturas de intersecção.

Intervir jurisdicionalmente nesse último ponto, supondo-o fora da esfera de atuação da avaliação do Poder Executivo Federal – ao ponto mesmo de modular o procedimento a ser adotado, incluindo nele órgão, a princípio, estranho à questão, qual seja, o juízo da 24ª Vara Federal Cível de São Paulo – não significa decidir o que é justo no caso, mas, na prática, substituir um juízo de conveniência por outro, com a diferença de que ao Poder Judiciário, que nem ao menos tem estrutura institucional para tanto, aqui não cumpre fazê-lo.

Tais argumentos não significam, insista-se, que não se reconhece o caráter estratégico da atuação da Embraer, nem que tais vieses não devem ser tutelados pelo Estado, mas sim que existem vias institucionais próprias para o exercício dessa proteção, as quais, regularmente acionadas, devem mobilizar o instrumental técnico e político para decidir aquilo que melhor atende os interesses nacionais.

Essa função não é precipuamente do Poder Judiciário, e por tal razão decisões cujos efeitos inviabilizam a atuação da administração nesse sentido afetam a ordem pública, na medida em que, ao mesmo tempo em que trazem à análise jurisdicional algo que não lhe

cabe, subtraem da autoridade do Poder Executivo Federal o que lhe foi atribuído tanto pelo redesenho institucional societário da Embraer, quanto pelo formato do Programa Nacional de Desestatização, base sobre a qual estruturada a privatização da companhia.

Também não se ignora a existência de argumentos, na decisão liminar, no sentido de que subsistiriam irregularidades na operação societária, porque, por exemplo, "Não há como admitir a assunção de controle pela BOEING, como apontado no comunicado endereçado à CVM, sem essa nacionalização prévia"; ou, então, "*tratando-se de alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta, o adquirente se obriga a fazer oferta pública de aquisição – OPA das ações com direito a voto*".

Referidos pontos, entretanto, para além da circunstância de terem sido objeto de análise técnica da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do que consta nestes autos (Id. 13238015), órgão cuja percepção do caso deve ser privilegiada neste momento inicial do processo, porquanto constituído justamente para, dentre outras atribuições, controlar operações societárias no mercado aberto – e segundo o qual, por exemplo, "não nos parece razoável a imposição da obrigatoriedade de realização de uma OPA nos termos do dispositivo estatutário supramencionado para o caso de uma negociação capitaneada pela administração da Companhia e que terá como resultado a transferência substancial de seus ativos para formação de uma joint venture, mantendo-se sua estrutura acionária intacta, não obstante ter a Operação que observar outros requisitos legais a ela aplicáveis" – são relativos ao mérito propriamente dito da ação subjacente, a serem analisados ao longo de seu processamento, com as vias probatórias adequadas. Escapam, dessa forma, da análise do pedido de suspensão, na qual, insista-se, vê-se o caso sob a perspectiva dos impactos decorrentes da decisão liminar, e não da propriedade jurisdicional dos argumentos que a embasaram.

Em conclusão: se ao Judiciário incumbem os direitos e ao Executivo cabem as políticas, ao pedido de suspensão recai o dever de adotar as providências necessárias para reestabelecer esse equilíbrio de forças que, presente na base da forma democrática de governo, reflete uma divisão entre os Poderes cuja integridade deve ser defendida para que o Estado seja capaz de exercer as funções atribuídas a cada um deles.

Tudo isso considerado, e porque no caso concreto, ao deferir a liminar objeto de análise, o juízo *a quo* acabou por se substituir à atuação do Poder Executivo Federal, exercendo prerrogativa atribuída à Administração pela estrutura empresarial e regulamentar pertinente à hipótese, disso decorrendo a subtração indevida das atribuições de outro Poder, afetando, assim, a ordem administrativa geral, a suspensão de referida determinação impõe-se de rigor.

Oportuno registrar apenas, tendo-se em conta a extensão do pleito aqui formulado, almejando que a suspensão perdure "até o final e definitivo julgamento da referida Ação Civil Pública", a pertinência do parcial acolhimento do pedido em tela, para que persista a sustação apenas até a análise, no mérito, por Turma julgadora no âmbito deste Tribunal, da questão subjacente a esta suspensão, momento em que, em razão da substitutividade recursal (art. 1.008, CPC), resta esvaziada a competência desta Presidência para conhecer de eventual pleito de teor semelhante – se a decisão paradigma não mais é de primeiro grau de jurisdição, mas advém desta própria Corte Federal, caberia ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal conhecer de eventual renovação do pleito suspensivo.

Ante o exposto, acolho o pleito de aditamento da inicial, e, ato contínuo, *defiro* o pedido da União, fazendo-o para determinar, até que sobrevenha a análise da questão, no mérito recursal, por órgão julgador deste Tribunal Regional Federal, a suspensão dos efeitos da tutela provisória proferida pelo juízo da 24ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo

nos autos de reg. nº 5031433-18.2018.4.03.6100.

Comuniquem-se, com urgência, os Relatores dos Agravos de Instrumento nº 5030825-84.2018.4.03.0000 e 5032244-42.2018.4.03.0000 e o juízo da 24ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

Intimem-se.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, arquive-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2018.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Presidente

Direito Processual Penal



RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0003807-51.2014.4.03.6003

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorrida: MARIA MARTA CABRAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2019

EMENTA

PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. DESCABIMENTO. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA NO JUÍZO AD QUEM. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STF N. 709. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

1. Revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores e nesta Corte no sentido de que a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido (STF: HC n. 118686, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.13, HC n. 114675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.12, HC n. 112597, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 18.09.12; STJ: AGARESP n. 329693, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13.08.13, AGRESP n. 201200367950, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.04.12; TRF 3ª Região, ACR n. 00114957320054036102, Rel Des. Fed. José Lunardelli, j. 27.08.13).
2. Em regra, admite-se a incidência do princípio da insignificância quando o valor do débito tributário não exceder a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20 da Lei n. 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda. Entretanto, nas consultas ao Comprot - Comunicação e Protocolo do Ministério da Fazenda constam diversos registros de apreensões de mercadorias e autos de infrações em nome da recorrida, devendo ser afastada a aplicação do princípio da insignificância.
3. De acordo com a Súmula n. 709 do Supremo Tribunal Federal, o provimento de recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que rejeita a denúncia importa no seu recebimento.
4. Recurso em Sentido Estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia oferecida contra Maria Marta Cabral pela prática do delito do art. 334, *caput*, do Código Penal, e determinar o prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a sentença de fl. 105/105v., que rejeitou a denúncia contra Maria Marta Cabral pela prática do delito de descaminho, nos termos da redação originária do art. 334, *caput*, do Código Penal, por falta de justa causa, com fundamento no princípio da insignificância.

A acusação recorre nos seguintes termos:

a) não incide o princípio da insignificância, considerando que a ré pratica de forma habitual o descaminho;

b) resta comprovado nos autos que nos cinco anos anteriores foram lavrados ao menos quatro autos de infração a comprovar a existência de tributos iludidos no valor de R$ 647,62 (seiscentos e quarenta e sete reais e sessenta e dois centavos);

c) o bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, no que se refere ao pagamento do tributo e à proteção da indústria nacional (fls. 108/113).

A defesa propugnou a absolvição sumária da ré (fls. 131/134).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela rejeição da apelação (fls. 136/137).

O pedido de rejeição do recurso deduzido pelo Ministério Público Federal não foi apreciado, uma vez já ter sido interposto recurso em sentido estrito, sendo mantida a decisão de rejeição da denúncia (fl. 139/139v.).

A ré apresentou contrarrazões (fls. 141/144).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Vinícius Fernando Alves Firmino, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 148/152v.).

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Denúncia. Recebimento. In dubio pro societate. Aplicabilidade. O juiz, ao apreciar a denúncia, deve analisar o seu aspecto formal e a presença das condições genéricas da ação (condições da ação) e as condições específicas (condições de procedibilidade) porventura cabíveis:

> Pode o Magistrado rejeitar a denúncia ou queixa. Para tanto, deve atentar para o aspecto formal da peça vestibular da ação penal e para as condições genéricas da ação, e, se for o caso, para eventual condição específica, nos termos do art. 43 do CPP.
> (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo penal, 25a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 530)

Em casos duvidosos, a regra geral é de que se instaure a ação penal para, de um lado, não cercear a acusação no exercício de sua função e, de outro, ensejar ao acusado a oportunidade de se defender, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro societate*:

> PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - ARTIGO 43, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - MATERIALIDADE DELITIVA

COMPROVADA - INDÍCIOS DE AUTORIA - DENÚNCIA RECEBIDA - RECURSO PROVIDO - DECISÃO REFORMADA.
(...)
4. É sabido que, na fase do recebimento da denúncia, o principio jurídico "in dubio pro societate" deve prevalecer, devendo-se verificar a procedência da acusação e a presença de causas excludentes de antijuridicidade ou de punibilidade no decorrer da ação penal. Outra providência, ou seja, a rejeição da denúncia, representa, na verdade, uma antecipação do juízo de mérito, e o cerceamento do direito de acusação do Órgão Ministerial (...).
(TRF da 3a Região, RcCr n. 2002.61.81.003874-0, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 20.10.03)

Descaminho. Reiteração delitiva. Princípio da insignificância. Revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores e nesta Corte no sentido de que a reiteração delitiva obsta a incidência do princípio da insignificância ao delito de descaminho, independentemente do valor do tributo não recolhido:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, CAPU T, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O princípio da insignificância no crime de descaminho é afastado quando comprova-se a contumácia na prática delitiva. Precedentes: HC 115.514, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 10.04.13; HC 115.869, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffolli, DJ de 07.05.13; HC 114.548, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 27.11.12; HC 110.841, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 14.12.12; HC 112.597, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 10.12.12; HC 100.367, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 08.09.11. 4. A existência de outras ações penais em curso contra a paciente, embora não configure reincidência, é suficiente para caracterizar a contumácia na prática delitiva, afastando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância. 5. In casu, a paciente foi denunciada como incursa nas sanções do artigo 334, caput, do Código Penal, por ingressar no território nacional com mercadorias de procedência estrangeira - CDs, DVDs, cigarros, artigos de pesca, pilhas, rádios toca fitas, máquina de cortar cabelo, acessórios para videogames, baterias de telefones, calculadoras, aparelhos de telefones, maquiagens, isqueiros, brinquedos - desacompanhadas da documentação fiscal comprobatória do recolhimento dos respectivos tributos, no valor total de R$ 1.652,51 (um mil seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e um centavos). 6. Destarte, em que pese o valor do tributo sonegado ser inferior ao limite estabelecido no artigo 20 da Lei 10.522/02, na redação conferida pela Lei 11.0 33/04, não é possível aplicar-se o princípio da insignificância, porquanto trata-se de paciente contumaz na prática delitiva. 7. Ordem denegada.(STF, HC n. 118686, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.11.13)

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/200 4. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. ORDEM DENEGADA. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004. II - Entretanto, os

autos dão conta da existência de mais oito procedimentos fiscais instaurados contra o paciente, nos quais os valores dos impostos elididos, somados, extrapolam o referido limite, o que demonstra a habitualidade criminosa e impede a aplicação do princípio da insignificância, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. III - Ordem denegada. (STF, HC n. 114675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.11.12)

HABEAS CORPUS. PENAL. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 344, § 1º, A LÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCI A: INVIABILIDADE. PRÁTICA REITERADA DE DESCAMINHO. PRECEDENTES. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demandaria uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. 3. Existência de outros processos administrativos fiscais instaurados contra o Paciente em razão de práticas de descaminho. Elevado grau de reprovabilidade da conduta imputada evidenciado pela reiteração delitiva, o que afasta a aplicação do princípio da insignificância no caso. 4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 6. Ordem denegada.
(STF, 2ª Turma, HC n. 112597, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 18.09.12)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO NO VALOR DE R$ 10.665,39. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. HABITUALIDADE NA PRÁTICA DA CONDUTA CRIMINOSA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A despeito do débito tributário referente às mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal ser de R$ 10.665,39 (dez mil seiscentos e sessenta e cinco reais e trinta e nove centavos), subsiste o interesse estatal à repressão do delito de descaminho praticado habitualmente pela Acusada. 2. A Suprema Corte firmou sua orientação no sentido de que "[o] princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal" (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010). 3. De fato, constatada a conduta habitual do Agente, a lei seria inócua se fosse tolerada a prática criminosa ou, até mesmo, o cometimento do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. A desconsideração dessas circunstâncias implicaria verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e desta Turma. 4. A despeito de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, consequentemente, afastar a incidência

do princípio da insignificância. No caso, há comprovação da existência de outras ações penais em seu desfavor, inclusive da mesma atividade criminosa. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, 5ª Turma, AGARESP n. 329693, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13.08.13)

EMEN: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. INAPLICABILIDADE. APRECIAÇÃO UNIPESSOAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A decisão está em harmonia com a jurisprudência pacífica desta Quinta Turma e da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a reincidência e a habitualidade criminosa específicas implicam maior reprovabilidade da conduta porque denotam profissionalismo delitivo, praticado em doses módicas, visando, assim, fintar a lei, livrando-se do seu alcance por meio da aplicação do princípio da insignificância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STJ, AGRESP n. 201200367950, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.04.12)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 334, §1º, "c", DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. (...) 7. Revejo meu posicionamento até então adotado sobre o tema, forte na jurisprudência da Suprema Corte, que também se modificou, sedimentando a visão de que, permanecendo o réu na prática delitiva do descaminho com habitualidade, deixa de ser aplicável o princípio da insignificância, independentemente do valor surrupiado aos cofres públicos. 8. É de todo recomendável considerar as diversas circunstâncias que cercam o delito, tais como a conduta social do agente, a reincidência e a habitualidade da conduta para sopesar a viabilidade da aplicação de citado princípio. 9. No caso dos autos, verifica-se a existência de outros inquéritos policiais e ação penal em andamento em razão do mesmo delito, razão pela qual não deve incidir o princípio da insignificância, restando mantida a sentença condenatória (...).
(TRF 3ª Região, ACR n. 00114957320054036102, Rel Des. Fed. José Lunardelli, j. 27.08.13)

Do caso dos autos. Maria Marta Cabral foi denunciada pela prática do crime do art. 334, *caput*, do Código Penal (redação anterior às alterações da Lei n. 13.008/14), pois, em tese, em 01.06.14, iludiu o pagamento de tributos devidos em razão da introdução de mercadorias estrangeiras no território nacional.

Narra a denúncia que, em fiscalização realizada no dia 01.06.14, na altura do km 4 da Rodovia MS-240, no Município de Paranaíba (MS), Maria Marta Cabral foi flagrada pelo Policial Militar Rodoviário Valdecir Ribeiro da Silva, transportando no veículo Scania/Comil, placas KDX 1239, Goiânia (GO), duas bolsas grandes contendo brinquedos diversos, inclusive pelúcias, de proveniência estrangeira, sem o devido desembaraço aduaneiro, sendo as mercadorias avaliadas em R$ 559,44 (quinhentos e cinquenta e nove reais e quarenta e quatro centavos) e os tributos iludidos totalizando R$ 279,72 (duzentos e setenta e nove reais e setenta e dois centavos).

Prossegue a denúncia, em que pese o valor dos tributos iludidos inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) possibilitar a aplicação do princípio da insignificância, resta configurada a reiteração de condutas relativas à irregular introdução de mercadorias estrangeiras no país, porquanto nas datas de 08.01.08, 03.09.08, 27.04.09 e 01.06.12 foram iludidos os tributos nos valores de, respectivamente, R$ 203,50 (duzentos e três reais e cinquenta centavos), R$ 45,60 (quarenta e cinco reais e sessenta centavos), R$ 118,80 (cento e dezoito reais e oitenta centavos) e R$ 279,72 (duzentos e setenta e nove reais e setenta e dois centavos), no total de R$ 647,62 (seiscentos e quarenta e sete reais e sessenta e dois centavos), bem como existe notícia

de processo administrativo originado de auto de infração que foi encaminhado ao Ministério Público Federal, conforme Ofício da Delegacia da Receita Federal em Campo Grande (MS), à fl. 27, implicando todas essas condutas em detrimento ao desenvolvimento econômico do país, incorrendo em prejuízo do bem jurídico de proteção à indústria nacional (fls. 101/103).

O Juízo *a quo* rejeitou a denúncia, por falta de justa causa, aplicou o princípio da insignificância, tendo em vista que o valor dos tributos não recolhidos nos últimos cinco anos é inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) (fl. 105/105v.).

O Ministério Público Federal sustenta ser inaplicável o princípio da insignificância, uma vez que a recorrida já foi autuada diversas vezes pela Receita Federal.

Nesta Corte, o Ilustre Procurador Regional da República propôs, excepcionalmente, o desprovimento do recurso, haja vista a soma dos tributos iludidos representar desprezível lesividade ao bem público protegido.

Assiste razão ao recorrente.

A denúncia oferecida preenche os requisitos formais do art. 41 do Código de Processo Penal.

Há indícios suficientes de materialidade e autoria que autorizam o recebimento da denúncia nos termos descritos pelo *Parquet* Federal, destacando-se existir, ademais das infrações aduaneiras já detalhadas na denúncia (fls. 34/96), outros registros de Representação Fiscal para Fins Penais - Aduaneiro, em nome da recorrida, conforme consultas ao Comprot - Comunicação e Protocolo do Ministério da Fazenda (fls. 27/28 e 31/33).

Assim, considerando o princípio *in dubio pro societate* e a jurisprudência acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância a casos como o dos autos, a denúncia deve ser recebida.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia oferecida contra Maria Marta Cabral pela prática do delito do art. 334, *caput*, do Código Penal, e determino o prosseguimento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra a sentença de fls.105/105-vº, que rejeitou a denúncia contra Maria Marta Cabral pela prática do delito de descaminho, nos termos da redação originária do art. 334, *caput*, do Código Penal, por falta de justa causa, com fundamento no princípio da insignificância.

A acusação alega, em síntese, o seguinte:

a) não incide o princípio da insignificância, considerando que a ré pratica de forma habitual o descaminho;

b) resta comprovado nos autos que nos cinco anos anteriores foram lavrados ao menos quatro autos de infração a comprovar a existência de tributos iludidos no valor de R$ 647,62 (seiscentos e quarenta e sete reais e sessenta e dois centavos);

c) o bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, no que se refere ao pagamento do tributo e à proteção da indústria nacional (fls. 108/113).

Foram apresentadas contrarrazões (fls.141/144).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Vinícius Fernando Alves Firmino, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, ao sustentar que a soma dos tributos comprovadamente iludidos por meio das condutas que, reiteradamente, veio a perpetrar a recorrida revela-se irrisória: R$ 647,42, de modo a aferir grau mínimo ou desprezível de lesão ao bem juridicamente tutelado (fls.148/152-vº).

Em sessão de julgamento realizada em 04/02/2019, a 5ª Turma desta Corte Regional decidiu, por maioria, dar provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia oferecida contra Maria Marta Cabral pela prática do delito do art. 334, *caput*, do Código Penal, e determinar o prosseguimento do feito, nos termos do voto do Des. Fed. André Nekatschalow, acompanhado pelo Juiz Fed. Conv. Sílvio Gemaque.

Divirjo do relator.

Passo a declarar meu voto.

De início, verifico que o Desembargador Federal Relator foi desfavorável à atipicidade material da conduta pela incidência da insignificância tendo em conta a existência de infrações aduaneiras e representações fiscais para fins penais em nome da recorrida, de tal sorte que *incidiria a acusada em reiteração delitiva*.

Ocorre que as infrações aduaneiras e representações fiscais mencionadas pelo Relator *já estão abarcadas na denúncia*, como se verifica à fl. 101v., de modo que não podem ser consideradas como reiteração delitiva, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

No mais, atualmente tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que no crime de descaminho o valor a ser considerado como limite para aplicação do princípio da insignificância é o de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) (STJ, 3ª Seção, REsp 1.709.029, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 28.02.2018 [recurso repetitivo]).

No tocante à incidência do princípio da insignificância, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indica que é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos objetivos e cumulativos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC nº 120.139/PR, Min. Dias Toffoli, j. 11/03/2014).

Com efeito, ao introduzir em território nacional mercadorias provenientes do Paraguai sem a documentação legal, a acusada iludiu o pagamento de tributos federais em valor muito inferior a R$20.000,00 (vinte mil reais), fato que, em tese, serve como fundamento para aplicação do princípio da insignificância.

De fato, no caso particular, a importação de pequena quantidade de mercadoria *(apenas R$647,62 de tributos iludidos- fls.05,34,52 e 74)* denota a mínima ofensividade da conduta da ré, ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade de sua conduta e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado, tudo a autorizar, de forma excepcionalíssima, a aplicação do princípio da insignificância penal, o que torna imperiosa a manutenção da decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito (DIVIRJO do Relator).

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
0000454-28.2018.4.03.0000

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigada: TATIANE FRANCISCA BARBOZA DA SILVA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2019

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LOCAÇÃO OU VENDA DE IMÓVEL DESTINADO À MORADIA DE BENEFICIÁRIO DO PROGRAMA HABITACIONAL "MINHA CASA, MINHA VIDA". CONDUTA QUE NÃO SE AMOLDA AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI Nº. 7.492/86. COMPETÊNCIA AFASTADA DA VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E DE VALORES. CONFLITO DE JURISDIÇÃO PROCEDENTE.
1. A competência é, em regra, fixada pelo local da consumação do delito (artigo 70, *caput*, do CPP).
2. A conduta posterior de alugar ou vender imóvel destinado à moradia de beneficiário do Programa Habitacional "Minha Casa, Minha Vida" não configura aplicação em finalidade diversa dos recursos oriundos do financiamento, mas mero descumprimento de condição legal prevista pelo artigo 6º-A, parágrafo 5º, III, da Lei nº. 11.977/09 ou, ainda, crime de estelionato previsto no artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, diante da vantagem indevida obtida em prejuízo do programa social.
3. Ausência de crime contra o sistema financeiro nacional a ser apurado, o que afasta a competência da Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e de Valores.
4. Conflito de jurisdição procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *julgar procedente* o conflito de jurisdição e declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP para processar e julgar o feito nº 0002916-58.2018.403.6110, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro

Nacional e "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e de Valores em face do Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP, nos autos do Inquérito Policial nº 0002916-58.2018.403.6110, em que se apura a prática do delito previsto no artigo 20 da Lei 7.492/86 (fls. 02/03).

O Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP, ao acolher manifestação ministerial (fls. 06/06-verso), declinou da competência para processar o feito, ao argumento de que compete a uma das Varas Criminais Especializadas da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Assim, determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de São Paulo/SP (fl. 08).

Neste contexto, distribuídos os autos do inquérito policial à 10ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, o respectivo Juízo Federal declarou sua incompetência para processar o feito e suscitou o conflito negativo, sob o fundamento de que os fatos apurados não configuram o delito previsto no artigo 20 da Lei nº 7.492/86, mas sim o crime de estelionato previsto no artigo 171, parágrafo 3º, do Código Penal, pois a investigada obteve vantagem indevida em prejuízo a programa social. Assim, ausentes indícios de prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, o magistrado de primeiro grau suscitou o conflito negativo de jurisdição em face da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP.

Distribuídos os autos a esta Corte Regional, designei o Juízo suscitante para decidir, provisoriamente, as medidas urgentes (fl. 19).

A Procuradoria Regional da República opinou pela procedência do conflito de jurisdição, tendo em vista que não há nos autos indicação de eventual prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional a justificar a competência de Varas Especializadas de São Paulo/SP (20/21-verso).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

A questão controvertida refere-se à fixação da competência para julgar o crime que, em tese, seria de uma das Varas Federais Criminais Especializadas de São Paulo/SP, no caso do crime configurar o desvio de finalidade de financiamento previsto no artigo 20 da Lei nº. 7.492/86, ou da Vara Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP, se a conduta apurada for o crime de estelionato previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal.

O conflito de jurisdição é procedente.

Consta dos autos que *Tatiane Francisca Borboza da Silva* firmou contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, no âmbito do Programa Federal "Minha Casa, Minha Vida" e, após a entrega do imóvel, a investigada alugou ou vendeu o seu imóvel, o que violaria o caráter social do programa que destina o bem exclusivamente à moradia do beneficiário e de sua família, conforme dispõe o artigo 6º-A da Lei nº 11.977/2009.

O Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sorocaba/SP declinou de sua competência em favor de uma das Varas Federais Criminais Especializadas de São Paulo/SP, por entender que o delito em apuração se amolda ao crime de desvio de finalidade de financiamento previsto no artigo 20 da Lei nº. 7.492/86.

O Juízo Federal da 10ª Vara Criminal de São Paulo/SP, Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e de Valores, por sua vez, considerou que os fatos em apuração não se subsomem à figura típica prevista no artigo 20 da Lei nº. 7.492/86, pois o financiamento contratado visava à aquisição de um bem imóvel, o que de fato se concretizou, e a conduta posterior da investigada de alienar ou alugar o imóvel não configura aplicação em finalidade diversa dos recursos oriundos do financiamento, mas mero descumprimento de condição legal prevista pelo artigo 6º-A, parágrafo 5º, III, da Lei nº. 11.977/09, do Programa "Minha Casa, Minha Vida" ou, ainda, crime de estelionato previsto no artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, diante da obtenção de vantagem indevida pela averiguada em prejuízo do programa social.

O artigo 70, caput, do Código de Processo Penal prevê que a competência será, em regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração penal.

Decorre deste dispositivo que, no processo penal, o foro comum é o local da consumação do crime.

Aqui, o ato de alugar ou vender imóvel adquirido através do Programa Federal "Minha Casa, Minha Vida" caracteriza, em tese, mero descumprimento de condição legal prevista na Lei nº 11.977/09 ou, também, o delito de estelionato (artigo 171, §3º, do Código Penal), pela vantagem indevida obtida por parte da investigada.

Assim, ausentes indícios de prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, a competência é da Justiça Federal de Sorocaba/SP para processar e julgar o feito, local da consumação do suposto crime previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito de jurisdição e declaro competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP para processar e julgar o feito nº 0002916-58.2018.403.6110.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO
5022439-65.2018.4.03.0000

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO - QUARTA SEÇÃO
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS - QUARTA SEÇÃO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2019

EMENTA

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. DESMEMBRAMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. OPERAÇÃO ALBA. MÁFIA DAS MERENDAS. REITERAÇÃO DO MODUS OPERANDI. CONEXÃO PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. CERTAMES AUTÔNOMOS.
1. Inocorrência de conexão probatória uma vez que não há relação de prejudicialidade entre as provas produzidas num ou noutro inquérito por se tratar de certames promovidos de forma autônoma em cada município.
2. A mera reiteração do *modus operandi* e similitude de agentes não tem o condão de obstar o desmembramento dos inquéritos.
3. Conveniência da cisão processual com o fim de garantir a efetividade e celeridade processual devidamente fundamentada na complexidade do acervo documental, pluralidade de partes e diversidade das circunstâncias de tempo e lugar em que os fatos ocorreram.
4. Conflito de jurisdição improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por maioria, julgou improcedente o conflito de jurisdição, nos termos do voto do Desembargado Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA, CECÍLIA MARCONDES, TORU YAMAMOTO, PAULO FONTES, CARLOS MUTA, HÉLIO NOGUEIRA, MARCELO SARAIVA (convocado para compor quórum), SOUZA RIBEIRO (convocado para compor quórum), GILBERTO JORDAN (convocado para compor quórum) e NELSON PORFIRIO (convocado para compor quórum). Vencido o Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), que julgava procedente. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais DIVA MALERBI, PEIXOTO JÚNIOR, MAIRAN MAIA, ANDRÉ NEKATSCHALOW e NELTON DOS SANTOS., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição entre magistrados integrantes de órgãos fracionários da Quarta Seção desta Corte, que tem por objeto inquérito policial instaurado para apuração de eventuais crimes investigados na “Operação Alba Branca” ou mais comumente

conhecida como "máfia das merendas", suscitado pelo e. Desembargador Federal Maurício Kato em face de decisão do e. Desembargador Federal Fausto de Sanctis (suscitado), a qual determinou o desmembramento dos apensos do IPL nº 0003185-31.2017.4.03.0000, que recaem sobre fatos ocorridos em municípios que não integram a competência da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP.

Alega o suscitante, em síntese, que há conexão probatória ou instrumental, nos termos do inciso III do Art. 76 do CPP, na medida em que as cooperativas cartelizadas participavam de pelo menos uma das fases do procedimento das chamadas públicas para aquisição de produtos provenientes da agricultura familiar para merenda escolar em diversos municípios do Estado de São Paulo, razão pela qual há um liame de condutas praticadas em cada município, com o mesmo *modus operandi* do cartel, cuja produção de provas num inquérito influenciará diretamente nos demais.

De outro lado, sustenta o Desembargador suscitado que não se aplicam os incisos I, II e II do Art. 76 do CPP ao caso concreto uma vez que não há coincidência integral de agentes nos fatos ocorridos, bem como que a união de feitos encontra óbice na existência de separação territorial e ausência de liame subjetivo entre eventuais envolvidos nas diversas municipalidades, razão pela qual o desmembramento se impõe em atenção à celeridade e economia processual.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal o qual opinou pela improcedência do presente conflito de modo que os inquéritos permaneçam desmembrados.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

Preliminarmente, ainda que o presente conflito de jurisdição tenha como partes magistrados integrantes de órgãos fracionários de uma mesma seção, compete o julgamento ao Órgão Especial por força da Emenda Regimental nº 16, a qual suprimiu a competência das seções para o julgamento de conflitos entre seus pares.

Passo ao julgamento de mérito.

A Operação Alba Branca, também conhecida como "máfia das merendas" investiga a existência de cartel entre os diretores de cooperativas de agricultura familiar COAF, COAGROSSOL e COCER com o fim de fraudar chamadas públicas promovidas por prefeituras do Estado de São Paulo para aquisição de alimentos para merenda escolar com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) destinados ao Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) em cumprimento à cota de 30% de fomento à agricultura familiar, nos termos do Art. 14 da Lei 11.947/2009.

A operação foi deflagrada originalmente em Bebedouro/SP, todavia, constatado o envolvimento de investigados com prerrogativa de foro (deputados federais, deputados estaduais e prefeitos municipais), o inquérito foi remetido à Suprema Corte que, por sua vez, determinou o desmembramento do feito remetendo o IPL nº 0003185-31.2017.4.03.0000 a este Tribunal em atenção à competência originária desta Corte regional em relação aos investigados do referido inquérito.

Após a redistribuição do inquérito, por sucessão, o suscitado determinou o desmembramento dos apensos que não se referiam a Bebedouro/SP, determinando a livre distribuição de inquéritos relativos aos fatos ocorridos nos municípios paulistas de Campinas, Mairinque,

Colômbia e Santos, sendo este último apenso (Santos) o inquérito objeto do presente conflito de jurisdição.

Para melhor dimensionar a questão, colho da manifestação do *Parquet Federal* relatório em que se constata a existência de *26 procedimentos investigatórios instaurados* na PRR3 para apurar contratações suspeitas de merenda escolar, referentes a *97 municípios paulistas,* totalizando a emissão de empenho de recursos federais à *COAF e/ou COAGROSOL*, no período de 2010 a 2016, estimada em R$ 71.285.724,921, os quais geram *25 ofícios de comunicação* a outros órgãos do Ministério Público Federal e Estadual para apuração de fatos que envolvem autoridades sem prerrogativa de foro ou uso de verba de origem estadual ou municipal.

Nestes termos, não sendo o caso de identidade de partes num universo de 97 municípios em que se alternam as referidas cooperativas, o liame entre as contratações suspeitas reside na reiteração do *modus operandi* de fraude ao chamamento público, procedimento similar ao de uma licitação, realizado com o fim de selecionar uma Organização da Sociedade Civil – OSC para firmar parceria de fornecimento de merenda escolar a cada um desses municípios, nos termos do Art. 2º, XII da Lei 13.019/2014.

Portanto, em se tratando de certames promovidos de forma autônoma em cada município, não há relação de prejudicialidade entre as provas produzidas num ou noutro inquérito a justificar o reconhecimento de conexão probatória que possa obstar o desmembramento.

Ademais, a conveniência da cisão processual com o fim de garantir a efetividade, racionalização e celeridade processual está devidamente fundamentada na complexidade do acervo documental, pluralidade de partes e diversidade das circunstâncias de tempo e lugar em que os fatos ocorreram.

Nesta linha são os precedentes do E. STJ, a exemplo:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. OPERAÇÃO 'OURO VERDE'. CONEXÃO INSTRUMENTAL E OBSTÁCULO AO OFERECIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DESMEMBRAMENTO. EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REABERTURA DE PRAZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.
> 1. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.
> 2. Não há falar em reunião processual por força de obrigatória conexão probatória ou instrumental se todas as provas já foram produzidas e o processo já foi julgado, estando o feito em sede de apelação, tampouco em prejuízo qualquer ou risco de decisões contraditórias se as apelações serão apreciadas pelo mesmo órgão colegiado e eventual nulidade de natureza objetiva que venha a ser acolhida sempre poderá ser estendida aos demais corréus quando preenchidos os requisitos do artigo 580 do Código de Processo Penal.
> 3. *Nos termos do artigo 80 do Código de Processo Penal, cabe ao Juiz o exame da pertinência ou não da separação de processos, estando suficientemente justificada a cisão processual com vistas à efetividade da prestação jurisdicional dada a complexidade do feito, a pluralidade de partes e o enorme acervo documental juntado aos autos, tudo a dificultar o término do processo dentro de um prazo razoável, em feito que já perdura por mais de 10 anos.*
> 4. Não há falar em obstáculo ao oferecimento das razões recursais se o prazo foi dobrado pelo relator, que ainda lhe atribuiu caráter sucessivo e, mesmo após reprochar a irresignação do recorrente, ainda reabriu o prazo para apresentação das razões, não havendo falar em cerceamento de defesa ou prejuízo qualquer.

5. Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1716724/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018);

RECURSO ORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO CEVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. DESMEMBRAMENTO DA AÇÃO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE RECONHECIDA PELO STJ. EFEITOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA.
1. O trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, é medida excepcional, somente se justificando quando demonstrada, inequivocamente, a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.
2. Alegada incompetência do Juízo da 1ª Vara Federal de Itaboraí/RJ afastada mediante a regular aplicação do art. 81 do CPP, constatada a conexão do crime de corrupção passiva com o crime de quadrilha ou bando. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.
3. *Desmembramento das ações penais amplamente justificado pela quantidade excessiva de acusados e pelas infrações terem ocorrido em tempo e lugar diferentes. Nenhuma ilegalidade ficou evidenciada quanto ao ponto, tendo o Magistrado atuado regularmente dentro do seu poder discricionário e com previsão no art. 80 do CPP: será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não Ihes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*
4. Possibilidade do prosseguimento da ação penal com base em elementos de prova suficientes a supedanear a acusação, desde que diversos dos que foram declarados ilícitos, análise probatória que compete, inicialmente, ao Juízo de primeiro grau. Precedentes.
5. Recurso ordinário desprovido.
(RHC 70.213/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 01/09/2016); e

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. OPERAÇÃO FRATELLI. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECURSOS FEDERAIS. NECESSIDADE DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA UNIÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONEXÃO PROBATÓRIA. INDISSOCIÁVEL INFLUÊNCIA DA PROVA DE UMA INFRAÇÃO EM OUTRA. NÃO CONFIGURAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade.
2. Não demonstrada nos autos a necessidade da prestação de contas do recurso obtido perante os órgãos de controle da União, inexequível trasladar a competência para a Justiça Federal.
3. *Embora compartilhado entre as esferas Estadual e Federal o material probatório das diversas infrações cometidas, dotadas de inegável similitude do modus operandi, não se evidenciou que a prova de um crime acomete a do outro, requisito indissociável para o reconhecimento da conexão instrumental ou probatória.*
4. *O simples fato de delitos terem sido elucidados na mesma oportunidade, em razão de diligências levadas a termo no âmago de investigações, não significa necessariamente que a prova de uma infração irá influenciar no arcabouço probatório das outras.*

5. No contexto apresentado nestes autos, não há reconhecer conexão, devendo haver o trâmite independente dos feitos nas Justiças Estadual e Federal.
6. Habeas corpus não conhecido.
(HC 306.984/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015)

Ante o exposto, julgo *improcedente* o presente conflito de jurisdição.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

"HABEAS CORPUS"
5030464-67.2018.4.03.0000

Impetrante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO
Paciente: RENATO AFONSO GONCALVES
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2019

EMENTA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666, DE 21.06.1993. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE ADEQUADAMENTE AS CONDUTAS IMPUTADAS AO PACIENTE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

- O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, em 30.06.2017, pela suposta prática do crime inscrito no artigo 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, pela emissão de pareceres favoráveis, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, à contratação direta, por meio de dispensa de licitação, que culminaram nos Contratos nºs 094/2007, de 26.09.2007, e 069/2009, de 01.09.2009, firmados entre a Prefeitura de Osasco e a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, nos quais não foram observadas as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, mormente no que tange à razão da escolha do executante e à justificativa de preço, de acordo com o artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/1993.

-A denúncia foi recebida, em 04.08.2017, pelo juízo, ora apontado como impetrado. No mesmo ato, determinou-se citação do paciente para apresentar resposta, nos termos dos artigos 396 e 396-A, ambos do CPP.

- A denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal menciona a afetação de verba pública proveniente da União, quando relata as irregularidades constatadas pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS, assim disposta: ... (ii) a Prefeitura de Osasco, no período de setembro a dezembro/2009 e nos meses de maio e julho/2010, utilizou recursos de fontes 'transferências federais', no total de R$3.849.089,95, para pagamento da prestação de serviços na contratação de empresa para a manutenção do PACS; (...). Ademais, os contratos celebrados com a Prefeitura Municipal de Osasco e a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, prevê, expressamente (processos administrativos nºs 15.886/2007 e 14.373/2009), a execução com o repasse de verbas federais pelo Ministério da Saúde. Dessa forma, conclui-se que não existem dificuldades em estabelecer a competência para conhecer das demandas criminais e condutas ilícitas praticadas no âmbito do SUS, sendo basicamente a forma de financiamento do sistema e os órgãos fiscalizadores os fatores levados em consideração para fixação da

competência, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais superiores. Assim, em regra, exceto quando comprovadamente acarretarem prejuízo exclusivo para o usuário ou para o erário estadual ou municipal, será de competência da Justiça Federal e atribuição do Ministério Público Federal, independentemente de se tratar de repasse fundo a fundo ou de Convênio, uma vez que ambos são recursos públicos federais e estão sujeitos à fiscalização federal, mediante realização de auditorias. Por fim, o r. juízo *a quo* rejeitou a Exceção de Incompetência oposta pelo paciente, firmando sua competência para processar e julgar o feito.
- O trancamento da ação penal por inépcia da denúncia em sede de *Habeas Corpus* é medida excepcional, carecendo de irrefutável demonstração dos vícios sustentados na impetração.
- O magistrado, ora apontado como autoridade coatora, espancou a ocorrência de nulidade da denúncia, por inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, por entender que: a alegada nulidade não resulta prejuízo para a defesa (artigo 563 do CPP), devendo-se aplicar o princípio *pas de nullité sans grief*, pois o próprio interessado, o corréu Gelso Aparecido de Lima nada alegou a respeito em sua resposta à acusação. Ainda asseverando a legitimidade da conduta levada a efeito pela autoridade impetrada, ressalte-se que a jurisprudência do C. STF acolhe a dicção do preceito transcrito, fazendo coro à disposição do legislador no sentido de que qualquer nulidade somente será decretada caso efetivamente haja a comprovação do prejuízo daquele que a requer (STF, HC 130549 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016; STF, HC 119372, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016). *In casu*, não houve qualquer demonstração de prejuízo por parte do paciente, até mesmo porque o eventual réu prejudicado nada alegou a respeito.
- A exordial acusatória descreve todas as circunstâncias dos delitos imputados aos acusados, pormenorizando, ainda que sucintamente, a conduta atribuída a cada um dos réus nos eventos delitivos em questão e a conexão existente entre todos. Observa-se, dessa forma, que a denúncia em comento não ofereceu dificuldade ao pleno exercício do direito de defesa (art. 5º, LV, da CF e art. 563 do CPP), de sorte que pôde ser exercida em sua plenitude. Observa-se, ainda, que os fatos narrados quanto ao paciente constituem, em tese, o delito previsto no artigo 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, não se encontrando extinta a punibilidade do agente.
- O DENASUS, na qualidade de órgão fiscalizatório, não levou em consideração as inconsistências levantadas no caso concreto e as circunstâncias que orbitaram em torno da referida contratação ao concluir pela dispensabilidade de licitação. Não caberia a este órgão, aliás, proceder à análise circunstanciada, tendo, *in casu*, sua atuação se limitado a uma verificação objetiva, levando em conta apenas a natureza da contratação (contratação de instituição para a implementação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS). Daí porque sua conclusão quanto à pertinência da dispensa de licitação na contratação do Instituto Sollus, em duas oportunidades, não poderia ter o alcance esperado pelo paciente.
- As instâncias penal, civil e administrativa são autônomas e independentes entre si, não havendo influência entre suas decisões, razão pela qual eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera cível ou de procedimento administrativo, não vincula

ação penal instaurada em desfavor do agente.
- Relativamente ao contrato n. 094/2007, foi observado que as propostas inicialmente enviadas pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos, foram as dos Institutos Sollus e Itaface. Foi ainda descrito que o Instituto Sollus é administrado por Marcus Sinji Doi e Igor Dias da Silva, ao passo que o Itaface é presidido por Dirce Yoshie Doi. Em pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal constatou-se que Marcus e Dirce são irmãos. Não bastasse isso, os referidos institutos estão localizados no mesmo endereço – Praça Berim, 77, Sorocaba. Somente após parecer do Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, exarado em 31.07.2007, que indicou a necessidade de cotejo analítico entre todas as propostas apresentadas, é que foram encaminhadas pela Secretaria de Saúde as demais propostas elaboradas pelos Institutos Interset, Finatec e Funcade (embora não juntadas no procedimento administrativo) e que já haviam sido apresentadas, respectivamente, em 11.06.2007, 04.06.2007 e 16.07.2007. Aferiu-se, desse modo, que embora tenha havido cautela por parte do paciente ao solicitar o cotejo analítico das propostas ora faltantes, ainda assim, a administração teria deixado de observar formalidades pertinentes à dispensa de licitação, omitindo-se em apresentar a totalidade dos proponentes desde o início. Esses fatos reforçam o argumento do Ministério Público Federal de que as propostas seriam combinadas e que o procedimento seria direcionado, com a intenção de que *o* Instituto Sollus ganhasse a competição em prejuízo ao interesse público, de forma a merecer apuração para cabal esclarecimento;
- A Comissão Técnica da Secretaria de Saúde de Osasco que analisou as propostas apresentadas, inicialmente, pelos Institutos Sollus e Itaface manifestou-se pela contratação do primeiro, em parecer exarado aos 04.06.2007 (fl. 94 do apenso II). Contudo, restou apurado que a proposta apresentada pelo Instituto Sollus possui data posterior à referida manifestação, qual seja, 25.06.2007, enquanto que a proposta do Itaface sequer possui data, o que reforça ainda mais os indícios de que possa ter havido direcionamento para a contratação do Sollus, visando interesses meramente privados. Portanto, apesar das inconsistências, o ora paciente apresentou parecer jurídico dispensando a licitação e, de certa forma, respaldando o procedimento administrativo iniciado pela Secretaria de Saúde.
- No tocante ao contrato n. 069/2009, verificou-se que após rescisão de contrato anterior, foi encaminhado pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos pedido de nova contratação com urgência, para manutenção do Programa de Implementação de Agentes Comunitários de Saúde - PACS. Em ato contínuo, os institutos Unileste, Fipe e Sollus apresentaram suas propostas. Novamente, o instituto Sollus foi o vencedor. Apurou-se, todavia, que os Institutos Unileste e Fipe possuem o mesmo presidente, Manoel Vidal Castro Melo, e estão localizados no mesmo endereço, sito, à Alameda dos Jurupis, 1005, Moema, São Paulo/SP. Em declaração prestada, em sede policial, pelo presidente dos referidos institutos (fls. 225/226 dos autos físicos), o declarante disse que não havia motivo para a Secretaria de Saúde de Osasco solicitar orçamentos aos institutos Fipe e Unileste, pois era de conhecimento do referido órgão que esses não tinham experiência na área de PAC/PSF, sendo forçoso, novamente, reconhecer a ilação feita pelo Ministério Público Federal quanto à eventual possibilidade de que o processo de contratação teria sido direcionado para que o instituto Sollus fosse o vencedor. Consta ainda dos autos que os integrantes da Comissão Técnica da Secretaria de Saúde, anteriormente citada, Jaqueline de Pascali, Nelson Bedin e Dante

Gambardella, os quais, à época dos fatos, ocupavam, respectivamente, os cargos de Chefe do Departamento de Atendimento Primário, Diretor de Saúde Pública e Assessor Técnico, declararam em seus depoimentos prestados perante a autoridade policial, o seguinte: Nelson Bedin disse que analisou apenas a proposta do Sollus (fls. 125/126). Jaqueline, por sua vez, disse que não conhecia outras propostas além do Sollus (fls. 127/128) e, os dois afirmaram que foi Dante quem pediu para que eles assinassem. De igual modo, teria mais uma vez, o paciente respaldado com seu parecer jurídico o procedimento administrativo licitatório iniciado pela Secretaria de Saúde.

- Em ambos os contratos chama atenção a coincidência de datas: em 31.08.2007, o Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer considerando correta a dispensa de licitação e, também na mesma data, o paciente, à época Secretário de Assuntos Jurídicos, manifestou-se favoravelmente e o Prefeito Municipal de Osasco, no mesmo dia, autorizou a contratação, tendo sido firmado o contrato nº 094/2007, entre o Município de Osasco e o Instituto Sollus, em 26.09.2007 (id 8278313). Nos mesmos moldes, ocorreu a celebração do contrato nº 069/2009 firmado entre Município de Osasco e o Instituto Sollus, cujo parecer emitido em 24.08.2009 pelo Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, acolhido mais uma vez pelo paciente, na mesma data, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos, e autorizado pelo chefe do Poder Executivo do Município de Osasco ainda no dia 24.08.2009. Por outro lado, a dispensa de licitação com a celebração de dois contratos verificados gerou despesas administrativas que podem eventualmente ser consideradas lesivas ao patrimônio público. A Auditoria do DENASUS constatou que a Prefeitura Municipal de Osasco, no período de setembro a dezembro de 2009 e do mês de maio a julho de 2010, utilizou recursos no total de R$3.849.089,95; no período de janeiro a abril e de junho a julho de 2010, no total de R$3.360.048,66 e, no período de dezembro de 2009 e de janeiro de 2010, no valor de R$161.695,36, todos da Fonte 05 – Transferências Federais, para pagamento da Prestação de Serviços relativos ao contrato nº 069/2009, firmado entre a Prefeitura de Osasco e o Instituto Sollus. Desta forma, a regularidade dos contratos apontados necessita ser devidamente apurada para verificação de eventual prejuízo causado ao erário público, o que somente se faz possível com a instrução processual penal. Ademais, consoante conclusões do próprio DENASUS, foram ainda encontradas irregularidades no tocante às prestações de contas encaminhadas pelo Instituto Sollus relativas à execução do contrato 069/2009, que estariam em desacordo com os termos firmados, uma vez que as notas fiscais de prestação de serviço relativas ao PACS (contrato 069/2009), no período de setembro/2009 a julho/2010, não se referiam ao tipo de prestação contratada e a Prefeitura, na qualidade de contratante, não teria exigido do contratado, Instituto Sollus, o cumprimento de todos os compromissos assumidos. Portanto, em ambos os contratos há elementos indicativos de irregularidade patente que sugeriria, segundo a acusação orquestração licitatória, tais como: a) Endereços idênticos de empresas concorrentes e pertencentes a irmãos; b) Empresas proponentes sem expertise na área específica (contrato 069/2009); c) Identidade de datas para pareceres de distintos órgãos administrativos (Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, Secretaria de Assuntos Jurídicos e Prefeito); d) Secretaria de Saúde omitindo outros proponentes; e) Prestação de contas aparentemente irregular e f) Eventual dano ao erário.

- Os pareceres exarados pelo paciente, à época Secretário de Assuntos Jurídicos da

Prefeitura Municipal de Osasco/SP, dispensando a exigência de licitação nos contratos nºs 94/2007 e 69/2009, firmados entre o Instituto Sollus e a Prefeitura de Osasco, mostraram-se extremamente relevantes, na medida em que sem eles referidas contratações não se materializariam. Por fim, incabível a análise de suposta ausência de dolo em sede de *Habeas Corpus*, a ser aferida devidamente durante o processo penal em curso, até porque há de se perquirir inclusive eventual ocorrência de dolo eventual.
- Na fase de recebimento da denúncia e da apreciação das respostas à acusação vige o princípio *in dubio pro societate*, de modo que o magistrado deve sopesar a exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio (justa causa - adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível e encontrar-se amparada por um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico) a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a exigir prova plena da ocorrência de infração penal, o que efetivamente foi levado a efeito pela autoridade judicial apontada como coatora.
- A absolvição sumária do acusado com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta nesse sentido na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Aliás, trata-se de constatação amparada na própria dicção do art. 397 do Código de Processo Penal, que aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for manifesta a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado evidentemente não constituir crime.
- Não se vislumbra qualquer situação (tal qual quer fazer crer o paciente) apta a ensejar o trancamento da ação penal subjacente, de forma inequívoca e sem a necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório, acerca da atipicidade da conduta, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário.
- Ordem indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento do feito, após o voto vista do Des. Fed. Nino Toldo, no sentido de acompanhar o relator, e do voto do Des. Fed. José Lunardelli, de divergir e conceder a ordem para trancar a ação penal, foi proclamado o seguinte resultado: A Décima Primeira Turma, POR MAIORIA, decidiu DENEGAR A ORDEM de *habeas corpus*, nos termos doa voto do Des. Fed. Relator, com quem votou o Des. Fed. Nino Todo, vencido o Des. Fed. José Lunardelli que concedia a ordem para trancar a ação penal. Declarará voto o Des. Fed. José Lunardelli. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de RENATO AFONSO GONÇALVES contra ato judicial emanado do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP, no bojo

da Ação Penal nº 0002813-25.2017.4.03.6130, em que figura como réu pela suposta prática do crime inscrito no artigo 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal.

Dessume-se dos autos que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, na ação penal subjacente, como incurso nas penas do crime de dispensa indevida de licitação (art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993), por duas vezes, em continuidade delitiva, por supostas condutas delituosas perpetradas enquanto ocupava o cargo de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, por ocasião da assinatura dos Contratos nºs 094/2007, em 26.09.2007, e 069/2009, em 01.09.2009, firmados entre a Prefeitura de Osasco e a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, haja vista que nas duas situações emitiu parecer favorável à contratação direta, por meio de dispensa de licitação, respectivamente, em 31.08.2007 e 24.08.2009.

A impetração sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal. Alega, em síntese:

a) preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito, por se tratar de imputação de suposta dispensa indevida de licitação em contratações diretas havidas entre a Prefeitura Municipal de Osasco/SP e a entidade privada Instituto Sollus, de maneira que a alegada infração não teria sido praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) nulidade por inobservância aos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, em relação ao corréu Gelso Aparecido de Lima, o qual ostenta a qualidade de funcionário público por ocupar o cargo de Secretário Municipal de Relação Institucionais da Prefeitura do Osasco/SP;

c) a inépcia da inicial, pela inexistência de descrição das condutas imputadas ao paciente, do dolo específico e de dano ao erário, circunstâncias essenciais à configuração do tipo penal que lhe foi imputado;

d) a necessidade de absolvição sumária, sob o argumento de que na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, apenas emitiu opinião jurídica quanto à possibilidade de celebração dos referidos contratos pela Autoridade Municipal, sendo, portanto, inviolável por suas manifestações, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal;

e) afronta aos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório diante da ausência de concreta e mínima descrição dos fatos imputados ao paciente na denúncia, de modo a inviabilizar sua defesa;

Dentro desse contexto, pugna pela concessão da liminar para o fim de trancamento da ação penal.

A inicial veio acompanhada de documentação.

O pleito liminar foi indeferido (ID11190777).

As informações foram prestadas pelo r. juízo *a quo* (ID12984902).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, nesta instância, manifestou-se pela denegação da ordem (ID22017607).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

A teor do disposto no art. 5º, LXVIII, do Texto Constitucional, conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabendo salientar que o ordenamento jurídico pátrio não prevê (ao menos expressamente) a possibilidade de deferimento de medida liminar na via do remédio heroico ora manejado. Na verdade, o deferimento de provimento judicial cautelar consiste em criação doutrinária e jurisprudencial que objetiva minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de plano, devendo haver a comprovação, para que tal expediente possa ser concedido, dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora.

O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, em 30.06.2017, pela suposta prática do crime inscrito no artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, pela emissão de pareceres favoráveis, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, à contratação direta, por meio de dispensa de licitação, que culminaram nos Contratos nºs 094/2007, de 26.09.2007, e 069/2009, de 01.09.2009, firmados entre a Prefeitura de Osasco e a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, nos quais não foram observadas as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, mormente no que tange à razão da escolha do executante e à justificativa de preço, de acordo com o artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/1993 (id 8278290).

A denúncia foi recebida, em 04.08.2017, pelo juízo, ora apontado como impetrado. No mesmo ato, determinou-se citação do paciente para apresentar resposta, nos termos dos artigos 396 e 396-A, ambos do CPP (id 8278291).

A impetração aponta, preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Federal, para processar e julgar o feito, por se tratar de imputação de suposta dispensa indevida de licitação em contratações diretas havidas entre a Prefeitura Municipal de Osasco/SP e a entidade privada Instituto Sollus.

Analisando a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, há menção da afetação da verba pública proveniente da União, quando relata as irregularidades constatadas pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS, assim disposta: ... (ii) a Prefeitura de Osasco, no período de setembro a dezembro/2009 e nos meses de maio e julho/2010, utilizou recursos de fontes 'transferências federais', no total de R$3.849.089,95, para pagamento da prestação de serviços na contratação de empresa para a manutenção do PACS; (...) (id8278290)

Constata-se, ainda, pela documentação existente nos autos, que os contratos celebrados com a Prefeitura Municipal de Osasco e a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, prevê, expressamente (processos administrativos nºs 15.886/2007 e 14.373/2009), a execução com o repasse de verbas federais pelo Ministério da Saúde.

Dessa forma, conclui-se que não existem dificuldades em estabelecer a competência para conhecer das demandas criminais e condutas ilícitas praticadas no âmbito do SUS, sendo basicamente a forma de financiamento do sistema e os órgãos fiscalizadores os fatores levados em consideração para fixação da competência, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais superiores.

Assim, em regra, exceto quando comprovadamente acarretarem prejuízo exclusivo para o usuário ou para o erário estadual ou municipal, será de competência da Justiça Federal e atribuição do Ministério Público Federal, independentemente de se tratar de repasse fundo

a fundo ou de Convênio, uma vez que ambos são recursos públicos federais e estão sujeitos à fiscalização federal, mediante realização de auditorias.

Nesse sentido, trago à colação julgados do C. STJ:

> *HABEAS CORPUS*. MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONSTRUÇÃO DE DOIS POSTOS DE SAÚDE. DENÚNCIA POR CRIME TIPIFICADO NO ART. 92 DA LEI N. 8666/93 E NO ART. 299 DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO E PREJUÍZO MINIMAMENTE DEMONSTRADOS. NECESSIDADE DE EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VERBAS ORIUNDAS DA UNIÃO E SUJEITAS À FISCALIZAÇÃO FEDERAL. SÚMULA 208/STJ. ALEGAÇÕES DE NULIDADES AFASTADAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade do referido trancamento nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. 2. A denúncia, de forma clara, imputa ao paciente a conduta de, uma semana após término do procedimento licitatório, sub-rogar a totalidade da execução da obra para empresa - que não participara da Tomada de Preço por não possuir a idoneidade fiscal exigida no edital - e que tinha como sócio-gerente um primo do acusado. Nos termos da inicial acusatória o paciente ainda teria emitido aceitação definitiva da obra licitada antes da sua conclusão, ou seja, teria inserido declaração falsa na prestação de contas ao Ministério da Saúde, com o intuito de justificar o pagamento à empresa sub-contratada, pertencente a seu parente. Nesse contexto, a autorização do recebimento integral dos recursos por obra inacabada configura, em tese, intenção de causar dano ao erário. Assim, resta suprida a exigência da demonstração mínima de dolo específico de dano ao erário e do prejuízo causado, não merecendo reparos a decisão da autoridade apontada como coatora, que houve por bem deflagrar a ação penal. 3. As condutas descritas na denúncia se amoldam aos tipos penais cuja prática foi imputada ao paciente, não sendo possível afirmar que a conduta praticada é atípica, ao menos na via eleita, na qual é inadmissível a incursão no acervo probatório. Foram demonstrados indícios suficientes de autoria aptos para a inauguração da ação penal, com o recebimento da denúncia. 4. A acurada leitura do Convênio n. 2200/2002 revela que o mesmo foi celebrado entre o Ministério da Saúde e o Município de São Desidério/BA, representado pelo paciente, visando fortalecer o Sistema Único de Saúde - SUS, cabendo à União, o controle e fiscalização do objeto do contrato. Nesse ponto, a Terceira Seção desta Corte Superior já afirmou que, em se tratando de verbas oriundas da União e destinadas ao Sistema Único da Saúde, tais recursos ficam sujeitos à fiscalização federal, fixando, assim, a competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes. Ademais a Cláusula Nona do referido Convênio evidencia a necessidade de a Municipalidade prestar contas à União. A tese de que a competência para julgar o feito seria da Justiça Estadual - sob o argumento de que as verbas já teriam sido incorporadas ao patrimônio do Município - é incompatível com a cláusula expressa existente no contrato acerca da necessidade de prestação de constas à União. (...). Ordem de *habeas corpus* denegada. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator. (HC - *HABEAS CORPUS* - 198375 2011.00.38000-6, JOEL ILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA

TURMA, DJE DATA:10/02/2017 ..DTPB:.)(g.n.)
PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FRAUDE À LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS PARA LICITAÇÃO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DE SAÚDE. OPERAÇÃO SAÚDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. VERBAS DO SUS. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS FEDERAIS DE CONTROLE. ENUNCIADO N. 208, DA SÚMULA DO STJ. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - É de competência da Justiça Federal o processamento de feito que apura eventual irregularidade na versação de verbas repassadas pela União a Unidade Federativa, através do SUS. (Precedentes). II - Incide, em igual sede, para o caso, mutatis mutandis, o Enunciado n. 208, da Súmula do STJ que afirma que 'compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal'. III - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. IV - A apreciação da presença de indícios de autoria, bem como de provas da materialidade, se não aferíveis de plano, demandam revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita, devendo os temas serem apreciados no curso da instrução e no julgamento da causa. V - Na hipótese, não há falar em aplicação do princípio da consunção entre o crime de resistência e o de desobediência, mormente neste momento processual, já que a avaliação da sua incidência demandaria profunda valoração probatória, devendo ser sopesada por ocasião da prolação da sentença. Recurso ordinário desprovido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.(RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 59287 2015.01.03869-8, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:25/11/2015 ..DTPB:.) - g.n.

Com efeito, o r. juízo *a quo* rejeitou a Exceção de Incompetência oposta pelo paciente, firmando sua competência para processar e julgar o feito, nos seguintes termos (id 8278300):

(...)
Consta dos autos que foram realizadas auditoria pelo DENASUS – Departamento Nacional de Auditoria do SUS, órgão de controle interno da União, para fiscalizar os contratos celebrados entre a Prefeitura do Município de Osasco e o Instituto Sollus relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, executado com o repasse de verbas federais pelo Ministério da Saúde. Ocorre que tais verbas estão submetidas à prestação de contas perante o TCU, sendo de rigor a aplicação da súmula 208 do STJ.
Ademais, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que 'por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde – inclusive na modalidade de transferência 'fundo a fundo' – ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação'. Isso porque, não se retira dos recursos o caráter de originários do erário federal, estando sujeitos, portanto, à fiscalização do TCU, em sede de controle externo, não se aplicando a Súmula 209 do STJ.
(...)
Portanto, reconheço a competência deste Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de

> Osasco para processar e julgar o feito.
> (...)

Neste sentido, foi o entendimento firmado por este relator, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 5023026-87.2018.4.03.0000, realizado em 11.12.2018, por esta e. 11ª Turma, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, cujo julgamento encontra-se suspenso por força do pedido de vista do Desembargador Federal José Lunardelli.

Desse modo a questão resta superada.

Em continuidade, cumpre anotar que o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia em sede de *Habeas Corpus* é medida excepcional, carecendo de irrefutável demonstração dos vícios sustentados na impetração.

Nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. *HABEAS CORPUS* PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA COACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA (...) V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de *habeas corpus*, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. (HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185) (g.n.)
> *Habeas corpus*. Penal e processual penal. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal respectivo. Não configuração de constrangimento ilegal. Precedentes. 1. O acórdão ora questionado reconheceu o entendimento desta Suprema Corte "quanto à impossibilidade do ajuizamento de ação penal, pela prática da conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, acaso inexistente a constituição definitiva do crédito tributário", tendo denegado a ordem em razão de não ter sido possível comprovar "a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, porquanto foi em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda. que emitidas as notas fiscais", uma vez que não foram juntadas àqueles autos as respectivas certidões negativas. 2. A juntada, nestes autos, de certidão de débito em dívida ativa em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda., na qual constam débitos oriundos de três procedimentos administrativos fiscais nela nominados, comprova já terem sido esgotados todos os recursos a eles previstos, levando à conclusão de que já houve a constituição definitiva do débito fiscal. 3. A denúncia narra fatos atribuíveis aos pacientes, descrevendo suas condutas de forma individualizada e o modus operandi de cada um, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal. 4. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. 5. *Habeas corpus* denegado. (HC 94852, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00538 RTJ

VOL-00210-01 PP-00344 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 505-513) (g.n.)
HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. ACUSAÇÃO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO SUPOSTO GRUPO CRIMINOSO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento da ação penal é medida excepcional, restrita a situações que se reportem a conduta não-constitutiva de crime em tese, ou quando já estiver extinta a punibilidade, ou, ainda, se inocorrentes indícios mínimos da autoria (HC 87.310, HC 91005 e RHC 88.139, da minha relatoria; HC 87.293, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 85.740, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowisk; HC 85.134, da relatoria do ministro Marco Aurélio). 2. Quando se trata de apreciar alegação de inépcia de denúncia ou de esqualidez da denúncia por qualquer outra razão, dois são os parâmetros objetivos, seguros, que orientam tal exame: os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. 3. Na concreta situação dos autos, o paciente se acha processado pelos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Isto por força de denúncia que lhe increpa a venda de substância entorpecente e a participação em grupo criminoso. Denúncia consistente o bastante para viabilizar o prosseguimento da ação penal. 4. Ordem denegada.(HC 96644, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-05 PP-00906 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 481-489) (g.n.)
HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar. 2. Não-aplicação, por analogia, do § 2º do art. 168-A, do Código Penal, à espécie, quanto à extinção da punibilidade do Paciente, em razão de ter ele restituído a quantia devida à vítima antes do oferecimento da denúncia. 3.O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 4. Ordem de *Habeas corpus* denegada. (HC 87324, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00082 EMENT VOL-02276-02 PP-00217 RJSP v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186) (g.n.)

Dentro desse contexto, argumentam os impetrantes a necessidade de trancamento da ação penal, sob o fundamento de que a denúncia ofertada pelo órgão ministerial padeceria de vícios insanáveis consistentes na ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário, requisitos essenciais à configuração do tipo penal que lhe fora imputado.

DA INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal serem requisitos da inicial acusatória (seja ela denúncia, em sede de ação penal pública, seja ela queixa-crime, em sede de ação penal privada) a exposição do fato criminoso (o que inclui a descrição de todas as circunstâncias pertinentes), a qualificação do acusado (ou dos acusados) ou os esclarecimentos pelos quais se faça possível identificá-lo(s), a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando tal prova se fizer necessária) - a propósito: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais

se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Cumpre salientar que a consequência imposta pelo ordenamento jurídico à peça acusatória que não cumpre os elementos anteriormente descritos encontra-se prevista no art. 395 também do Diploma Processual Penal, consistente em sua rejeição (A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal).

A jurisprudência de nossos C. Tribunais Superiores se mostra pacífica no sentido de que, tendo os ditames insculpidos no art. 41 do Código de Processo Penal sido respeitados pela denúncia ou pela queixa, impossível o reconhecimento da inépcia - a propósito:

> *HABEAS CORPUS* - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO - POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA - COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA PELO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (RISTF, ART. 192, '*CAPUT*', NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009) - ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO 'PER RELATIONEM' - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DECISÓRIA - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA – ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP - PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS - SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - ILIQUIDEZ DOS FATOS - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME DE MATÉRIA FÁTICO- -PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO '*HABEAS CORPUS*' - RECONHECIMENTO DA PLENA CORREÇÃO JURÍDICA DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF, HC 140629 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017) (g.n.)
>
> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. SURSIS PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não se verifica supressão de instância na análise, pelo Tribunal do Estado, de matéria já abordada pelo juízo de primeiro grau. 2. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa. 3. As disposições veiculadas na Lei nº 10.259/01 não alteraram o patamar do sursis processual, que continua sendo disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei nº 9.099. 4. Recurso ordinário improvido (STJ, RHC 28.236/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015) (g.n.)

DA PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Para que a persecução penal possa ser instaurada e também para que possa ter continuidade no decorrer de um processo-crime, faz-se necessária a presença de justa causa para a ação penal consistente em elementos que evidenciem a materialidade delitiva, bem como indícios de quem seria o autor do ilícito penal. Trata-se de aspecto que visa evitar a instauração de relação processual que, por si só, já possui o condão de macular a dignidade da pessoa e, desta feita, para evitar tal ofensa, imperiosa a presença de um mínimo lastro probatório a possibilitar a legítima atuação estatal. Dentro desse contexto, dispõe o art. 395, III, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal, o que se corporifica pela ausência de substrato probatório mínimo no sentido de comprovar a materialidade delitiva e a autoria da infração penal.

Destaque-se que a jurisprudência atual do C. Supremo Tribunal Federal tem analisado a justa causa, dividindo-a em 03 aspectos que necessariamente devem concorrer no caso concreto para que seja válida a existência de processo penal em trâmite contra determinado acusado: (a) tipicidade, (b) punibilidade e (c) viabilidade. Nesse diapasão, a justa causa exigiria, para o recebimento da inicial acusatória, para a instauração de relação processual e para o processamento propriamente dito da ação penal, a adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível (vale dizer, não deve haver qualquer causa extintiva da punibilidade do agente) e deve haver um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215 DO CÓDIGO PENAL). EXTINÇÃO ANÔMOLA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. PRECEDENTES. 1. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 2. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 3. A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com esta via processual. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (HC 144343 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) (g.n.).

Importante consignar que a rejeição da peça acusatória (ou mesmo a absolvição sumária do acusado) com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta nesse sentido na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Apesar de se exigir a não instauração de relação processual sem um lastro mínimo probatório (nos termos anteriormente tecidos), há que ser ressaltado que prevalece na fase do recebimento da denúncia e também quando da aplicação das hipóteses de absolvição sumária (uma vez que o art. 397 do Código de Processo Penal aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for manifesta a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado evidentemente não constitui crime) o princípio do *in dubio pro societate* de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a perquirir prova plena da ocorrência de infração penal (tanto sob o aspecto da materialidade como sob o aspecto da autoria) - a respeito do exposto, vide a ementa que segue:

> PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO MAJORADO, QUADRILHA OU BANDO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PREVARICAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA DO WRIT. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELO ESTELIONATO. TEMA

> NÃO DEBATIDO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (...) 2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. 3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do 'in dubio pro societate'. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o 'jus accusationis' do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal. 4. A denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do Código de Processo Penal e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu. (...) (STJ, RHC 40.260/AM, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017) (g.n.)

Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia ou a queixa ou que refuta a resposta à acusação ofertada, por configurar decisão interlocutória (e não sentença), não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), cabendo salientar que o ditame insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão, somente teria incidência em sede da prolação de sentença penal (condenatória ou absolutória) - nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PROFUNDA OU EXAURIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. A decisão que recebe a denúncia (art. 396 do Código de Processo Penal) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (art. 397 do CPP) não demandam motivação exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório. 3. No caso dos autos, em que pese a sucinta fundamentação, o Juízo singular afastou as teses defensivas suscitadas na resposta à acusação, pois entendeu, naquele momento processual, ausentes as hipóteses de absolvição sumária do acusado, pela atipicidade do fato ou pela existência de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade, bem como de extinção da punibilidade, nos termos do art. 397 do CPP. 4. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal. (...) (STJ, HC 320.452/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17.08.2017, DJe 28.08.2017) (g.n.)
> PROCESSUAL PENAL E PENAL: *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 334-A, §1º, IV DO CP. DENÚNCIA. APTIDÃO. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CPP SATISFEITOS. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUESTÕES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO. ORDEM DENEGADA. (...) IX - No momento do recebimento da denúncia ou da análise da resposta à acusação, o Juízo não está obrigado a manifestar-se de forma exauriente e conclusiva acerca das teses apresentadas

pela defesa, evitando-se, assim, o julgamento da demanda anteriormente à devida instrução processual (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, HC - *HABEAS CORPUS* - 71222 - 0002937-65.2017.4.03.0000, Rel. DES. FED. CECILIA MELLO, julgado em 27.06.2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06.07.2017) (g.n.)

DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Dispõe o art. 396 do Código de Processo Penal que, uma vez ofertada denúncia ou queixa nos procedimentos ordinário e sumário, o juiz, se não a rejeitar liminarmente (com supedâneo nas hipóteses colacionadas no art. 395 do mesmo Diploma, a saber: inépcia da inicial acusatória, ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal ou falta de justa causa para o exercício da ação penal), recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Desta feita, a despeito de discussão doutrinária a respeito, predomina o entendimento segundo o qual a denúncia ou a queixa será recebida, se presentes os requisitos para tanto, quando do momento processual insculpido no art. 396 a que foi feita referência, tendo o condão de interromper a fluência do prazo prescricional a teor do art. 117, I, do Código Penal.

Por sua vez, o art. 396-A do Código de Processo Penal informa que o acusado poderá arguir, em sua resposta à acusação, preliminares e tudo o que interessar à sua defesa (o que abarca, ainda, a oferta de documentos e de justificações, a especificação das provas pretendidas e das testemunhas que se pretende ouvir, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário) com o fito de que o juiz, lançando mão da previsão contida no art. 397 do Diploma Processual, o absolva sumariamente quando se convencer da existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente (salvo inimputabilidade), de que o fato narrado evidentemente não constitui crime ou de que tenha ocorrido a extinção da punibilidade do agente.

A despeito de o art. 397 do Código de Processo Penal elencar temas ditos como de mérito a ensejar a absolvição sumária do acusado, evidente que o magistrado também poderá acolher alegações de cunho processual com o fim de obstar o andamento da ação penal tendo como base as matérias elencadas no art. 395 de indicado Diploma, sem que seja possível haver alegações no sentido da existência de preclusão pro judicato, ou seja, no sentido da impossibilidade para o magistrado de não mais receber a inicial acusatória (tendo como supedâneo os argumentos lançados pelo acusado em sua defesa) justamente porque anteriormente já a tinha recebido. Firma-se tal consideração em razão do art. 396-A do Código de Processo Penal permitir que o denunciado, em sede de resposta à acusação, alegue as preliminares que lhe aprouver, o que, por certo, abarca temas como a inépcia da denúncia ou da queixa, a ausência de pressuposto processual necessário à regular formação ou ao regular desenvolvimento da relação processual ou de condição para o exercício da ação penal, bem como a não existência de justa causa para a persecução penal.

Desta feita, como o legislador permitiu ao acusado tecer argumentos de cunho processual em sua resposta à acusação, necessariamente eventual matéria assim apresentada tem que produzir o efeito, caso acolhida, de tolher a inicial acusatória que já se encontrava recebida a partir do momento em que houve a determinação de citação do acusado para responder à ação penal (sob o pálio do disposto no art. 396 da Lei Adjetiva), motivo pelo qual se mostra plenamente possível ao magistrado rever o anterior recebimento da denúncia para não mais admiti-la (em razão dos argumentos ofertados pelo acusado em sede de resposta à acusação) e, assim, extinguir de forma anômala a relação processual. Destaque-se que tal raciocínio se coaduna com a ideia de que matéria de ordem pública (tal qual pressuposto processual e

condição da ação) é cognoscível de ofício pelo juiz a qualquer tempo e a qualquer grau de jurisdição, o que reforça a possibilidade de revisão do ato de recebimento da inicial acusatória quando da fase de absolvição sumária.

Importante ser dito que tanto o C. Supremo Tribunal Federal como o C. Superior Tribunal de Justiça acolhem a possibilidade de o magistrado reconsiderar anterior decisão que recebeu a denúncia ou a queixa em razão de temas processuais aventados pelo acusado em sede de resposta à acusação - a propósito:

> Questão de ordem na ação penal. Corrupção passiva (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, com a redação vigente à data dos fatos). Denúncia. Inépcia. Possibilidade de sua análise na apreciação da resposta à acusação. Inexistência de preclusão para o juiz. Descrição suficiente das imputações. Preliminar rejeitada, por maioria. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Denúncia instruída com os elementos indispensáveis à compreensão das imputações. Desnecessidade de juntada da íntegra do inquérito civil ou da ação civil pública nele lastreada. Afastamento de sigilo bancário de parlamentar federal em inquérito civil. Admissibilidade. Compartilhamento desses dados. Prova lícita. Ausência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Lavagem de dinheiro. Ocultação de valores ilícitos supostamente recebidos por meio de pessoas jurídicas. Conduta autônoma em relação ao crime de corrupção passiva. Questão de ordem resolvida no sentido de se rejeitarem, por maioria, a preliminar de inépcia da exordial e, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas na resposta à acusação, ratificando-se o recebimento da denúncia. (...) 2. Nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal, 'na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa'. 3. Logo, o réu poderá, em sua resposta, suscitar todas as questões processuais que não sejam objeto de exceção, como a falta de pressupostos processuais ou de condições da ação ou a inépcia da denúncia, as quais poderão levar a sua rejeição (art. 395, I e II, CPP), razão por que o anterior ato de recebimento da denúncia não importará em preclusão para o juiz, que poderá, diante da resposta oferecida pelo acusado, rejeitar a denúncia em razão de vícios processuais. (...) (STF, AP 945 QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017) (g.n.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIZAÇÃO LEGAL DADA PELO ART. 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE PERMITE AO ACUSADO ARGUIR QUESTÕES PRELIMINARES NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Superada a fase do art. 395 do Código de Processo Penal com o recebimento da inicial acusatória, após a apresentação da defesa preliminar, o juiz não fica vinculado às hipóteses elencadas no art. 397 do mesmo diploma legal, autorizadoras da absolvição sumária. 2. Verificada, após a apresentação das defesas preliminares, a inépcia da exordial acusatória pela ausência da descrição individualizada das condutas de cada denunciado, ao Juiz é lícito reconsiderar o recebimento da denúncia, quer por permissão legal, quer por uma questão de coerência com os anseios do legislador, impulsionadores da reforma do Código Adjetivo Penal, tendentes a um processo célere e fecundo. Inteligência do art. 396-A do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AREsp 82.199/AL, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014) (g.n.)
>
> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUN-

DAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. TIPO LEGISLATIVO QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL (ART. 105, III, A, DA CF) 1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. 2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). (...) (STJ, REsp 1318180/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013) (g.n.).

Consigne-se que outro não é o entendimento deste E. Tribunal Regional Federal:

PROCESSUAL PENAL: *HABEAS CORPUS*. PRELIMINARES ARGUIDAS EM SEDE DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ARTIGO 396 DO CPP. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 11.719/08. I - Com o advento da Lei nº 11.719/08, que deu nova redação aos artigos 396 do CPP e ss, modificou-se o entendimento segundo o qual faltaria ao magistrado que recebeu a denúncia competência para reconhecer a sua inépcia ou a falta de justa causa para a ação penal. II - Na antiga redação do Código de Processo Penal, uma vez recebida a denúncia, o juiz haveria, necessariamente, de impulsionar o feito até a sentença final. III - Com a nova redação do CPP, adotou-se novo posicionamento concernente à possibilidade do Juízo *a quo* reconhecer a inépcia da denúncia. IV - De fato, conforme o caso, se o juiz pode absolver sumariamente o réu (artigo 397 do CPP), com muito mais razão pode acolher questões preliminares tendentes à rejeição da denúncia ou ao reconhecimento de nulidades processuais, especialmente em razão do disposto no artigo 396-A do Código de Processo Penal que expressamente permite ao réu 'arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa'. V - Não é demais dizer que o pronto conhecimento, pelo juiz natural da causa, das questões preliminares, em grande parte de ordem pública, é recomendável, não só no interesse das partes, mas principalmente no da jurisdição. (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, HC - *HABEAS CORPUS* - 71674 - 0003182-76.2017.4.03.0000, Rel. DES. FED. CECILIA MELLO, julgado em 27/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017) (g.n.).

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA ANTERIORMENTE RECEBIDA. DÉBITO PARCELADO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. '*HABEAS CORPUS*' DE OFÍCIO. 1. Não obstante ter recebido a denúncia em 10/09/2010, o magistrado de primeiro grau, após a resposta à acusação e a juntada das informações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, rejeitou-a em 14/07/2011. 2. Antes do recebimento da denúncia o débito foi parcelado, nos termos da lei 11.941/09. 3. Ausente justa causa para o início de espera o prosseguimento da ação penal. 4. Ordem de *habeas corpus* concedida de o ofício para trancar a ação penal (TRF3, PRIMEIRA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 6168 - 0010247-24.2008.4.03.6181, Rel. DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 27/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2013) (g.n.).

DO CASO CONCRETO TECIDO NESTE *HABEAS CORPUS*

A defesa do paciente, em sede defensiva, alega, preliminarmente, nulidade da denúncia, em face da inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, em relação ao corréu Gelso Aparecido de Lima, o qual ostenta a qualidade de funcionário público por ocupar o cargo de Secretário Municipal de Relações Institucionais da Prefeitura do Osasco/SP. Aduz, ainda, inépcia da inicial consistente na ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário.

Cotejando os temas anteriormente enumerados com o conteúdo da citada decisão, nota-se que o magistrado, ora apontado como autoridade coatora, espancou a ocorrência de nulidade da denúncia, por inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, por entender que: a alegada nulidade não resulta prejuízo para a defesa (artigo 563 do CPP), devendo-se aplicar o princípio *pas de nullité sans grief*, pois o próprio interessado, o corréu Gelso Aparecido de Lima nada alegou a respeito em sua resposta à acusação.

Ainda asseverando a legitimidade da conduta levada a efeito pela autoridade impetrada, ressalte-se que a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal acolhe a dicção do preceito transcrito, fazendo coro à disposição do legislador no sentido de que qualquer nulidade somente será decretada caso efetivamente haja a comprovação do prejuízo daquele que a requer - a propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. TESTEMUNHA INQUIRIDA MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA ESTRUTURADA NO JUÍZO DEPRECADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. TESTEMUNHA QUE DESCONHECIA OS FATOS OBJETO DE APURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A LEGITIMAR A PROCLAMAÇÃO DE NULIDADES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. Inobservâncias processuais não contaminam a higidez processual na hipótese em que inocorrente prejuízo às partes. Aplicação, em matéria de nulidades, do art. 563 do CPP, que traduz o princípio reitor em que se consagra que, sem prejuízo, não se proclamam nulidades. (...) (STF, HC 130549 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016) (g.n.)
>
> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL JULGADO PROCEDENTE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ACUSADO PRESO À AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA. EXPEDIÇÃO DE REQUISIÇÃO PELO JUÍZO PROCESSANTE. CONCORDÂNCIA DA DEFESA NA REALIZAÇÃO DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (...) 3. Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Precedentes. (...) (STF, HC 119372, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016) - (g.n.)

Pelo que se nota dos autos não houve qualquer demonstração de prejuízo por parte do paciente até mesmo porque o eventual réu prejudicado nada alegou a respeito.

Quanto à alegação de inépcia da denúncia por ausência de descrição da conduta, não há como ser acolhida. Da simples leitura da peça vestibular acusatória, denota-se que esta descreve todas as circunstâncias dos delitos imputados aos acusados, pormenorizando, ainda que sucintamente, a conduta atribuída a cada um dos réus nos eventos delitivos em questão e a conexão existente entre todos. Observa-se, dessa forma, que a denúncia em comento não ofereceu dificuldade ao pleno exercício do direito de defesa (artigo 5º, LV, CF e artigo 563, do CPP), de sorte que pôde ser exercida em sua plenitude.

Observa-se, ainda, que os fatos narrados quanto ao paciente constituem, em tese, o delito previsto no artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, não se encontrando extinta a punibilidade do agente.

Nesse sentido, constou em parte da exordial acusatória:

> (...)
> Os denunciados RENATO AFONSO GONÇALVES e GELSO APARECIDO DE LIMA, em 26/09/2007 e 01/09/2009, na qualidade respectivamente, de secretário municipal de saúde e secretário de assuntos jurídicos da Prefeitura de Osasco, de maneira livre e consciente, deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação. (...) RENATO AFONSO GONÇALVES, em 31/08/2007, como responsável pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, manifestou-se favoravelmente à autorização de que fosse feita a contratação na forma pretendida (fl. 248 do apenso II). Na data supra, o então prefeito do município de Osasco Emídio de Souza, autorizou a contratação solicitada (fl. 249 do apenso II). Na esteira, foi firmado o contrato n. 094/2007 entre o município de Osasco e o Instituto Sollus em 26/09/2007 (fls. 256/260 do apenso II). Em 04/08/2009, GELSO encaminhou à Secretaria de Assuntos Jurídicos pedido de providências para a rescisão antecipada do contrato, e requereu, com urgência, uma nova contratação para a manutenção do PACS, apresentando, para tanto, as propostas das seguintes entidades (...). Em 24/08/2009, o Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer, acolhido por RENATO AFONSO GONÇALVES, favorável à contratação direta, novamente, do Instituto Sollus, por meio de dispensa de licitação (fls. 256/261 do apenso III). Na mesma data, o então prefeito do município de Osasco, Emídio de Souza, autorizou nova contratação do Instituto Sollus. Assim, o município de Osasco celebrou o contrato n. 069/2009 com o Instituto Sollus em 01/09/2009 (fls. 266/271 do apenso III). O contrato em comento foi rescindido em 21/07/2010 (fls. 323/325 do apenso III). (...) Por sua vez, a autoria de RENATO, na qualidade de secretário de assuntos jurídicos entre 2005 e 2013 (conforme pesquisa ASSPA anexa), restou demonstrada, com como o dolo em sua conduta, por toda a documentação referente à contratação do Instituto Sollus – em que consta a sua assinatura - , bem como por meio de diversos depoimentos prestados em sede policial, inclusive o próprio depoimento do denunciado, destacando-se o seguinte:
> Cristina Aparecida Raffa Volpi relatou que todo o processo de contratação direta era realizado pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, que ficava a cargo de RENATO (fls. 82/82v);
> GELSO afirmou que a análise de toda a documentação para a contratação da empresa foi realizada pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, que ficava a cargo de RENATO na época (fls. 146/146 v);
> RENATO confirmou ter participado da contratação, e disse que sua função foi a de verificar a legalidade da dispensa de licitação (fls. 178/179); e
> Maurício Rosa disse que não participou do procedimento de contratação do Instituto Sollus, pois houve contratação direta, razão pela qual todo o procedimento ficou a cargo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, dirigida à época por RENATO (fls. 247/248).
> (...)
> Os denunciados RENATO AFONSO GONÇALVES e GELSO APARECIDO DE LIMA, em 26/09/2007 e 01/09/2009, na qualidade, respectivamente, de secretário municipal da saúde e secretário de assuntos jurídicos da Prefeitura de Osasco, de maneira livre e consciente, deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação.
> (...)

É fato que a Auditoria nº 10212 realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, órgão de controle interno da União, para fiscalizar os contratos celebrados entre a Prefeitura do Município de Osasco e o Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, executado com repasses de verbas federais pelo Ministério da Saúde, concluiu que a modalidade utilizada pela Prefeitura Municipal de Osasco – Dispensa de Licitação na contratação do Instituto Sollus, encontra-se de acordo com o inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (id 8278309), in verbis:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
> (...)
> XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Convém ressaltar que o DENASUS, na qualidade de órgão fiscalizatório, não levou em consideração as inconsistências levantadas no caso concreto e as circunstâncias que orbitaram em torno da referida contratação ao concluir pela dispensabilidade de licitação.

Não caberia a este órgão, aliás, proceder à análise circunstanciada, tendo, *in casu*, sua atuação se limitado a uma verificação objetiva, levando em conta apenas a natureza da contratação (contratação de instituição para a implementação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS). Daí porque sua conclusão quanto à pertinência da dispensa de licitação na contratação do Instituto Sollus, em duas oportunidades, não poderia ter o alcance esperado pelo paciente.

A jurisprudência é unânime no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão pela qual eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera cível ou de procedimento administrativo não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente.

Nesse sentido:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS QUE NÃO É ADMITIDA NA VIA ESTREITA DO PRESENTE WRIT. I - Denúncia que bem individualiza as condutas e expõe o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito de defesa. II - O trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. III - As esferas administrativa e penal são independentes, razão pela qual o arquivamento de procedimento administrativo não vincula a atuação do Ministério Público na instância penal. IV - Não se admite, na via estreita do *habeas corpus*, a análise aprofundada de fatos e provas. V - Ordem denegada. A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Falaram: pelo paciente, o Dr. Técio Lins e Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador- Geral da República. 1ª. Turma, 05.12.2006.)
> (HC - *HABEAS CORPUS* null, RICARDO LEWANDOWSKI, STF.) (g.n.)
> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES. RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE DUAS AÇÕES PENAIS ANTE A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PUBLICO FEDERAL. ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM QUE RESSALVOU A COMPETÊNCIA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL AÇÃO PENAL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DESTE SODALÍCIO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Ao contrário do que sustentado pelo patrono do recorrente, ao julgar

apelação interposta contra decisão que extinguiu ação civil de improbidade sem julgamento de mérito, a Corte de origem não reconheceu expressamente que não teriam ocorrido danos ao erário federal, mas apenas consignou que, para fins de fixação da competência cível, não estariam presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, ressalvando a possibilidade de a Justiça Federal apreciar eventual crime decorrente dos mesmos fatos, nos termos do enunciado 208 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 2. Ainda que assim não fosse, cumpre destacar que eventual decisão proferida em ação civil pública de improbidade administrativa também ajuizada contra o ora recorrente pelos mesmos fatos não vincula o Juízo criminal, dada a independência entre as referidas esferas. Precedente. 3. Recurso improvido. (STJ,RHC 44.770/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI,QUINTA TURMA, DJe 14/8/2014)(g.n.)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO, QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ELEMENTARES DOS TIPOS PENAIS DESCRITAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. ORDEM CONCEDIDA NO HC 120.318/AM. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA-PROCESSUAL. 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. 2. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes. 3. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu que na denúncia há indícios de autoria e tipicidade da conduta imputada ao recorrente, agente fiscal de rendas da SEFAZ/SP, diante da presença dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e da independência e autonomia das instâncias administrativas, civil e penal. 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão porque eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente. 5. Não obstante o reconhecimento de que o paciente agiu de forma culposa no âmbito civil/administrativo, a denúncia narra fatos mais abrangentes daqueles investigados no Procedimento Preparatório na esfera administrativa, envolvendo outra empresa, além de o período ser distinto, razão pela qual não há falar em ausência de justa causa para persecução penal, pelo arquivamento do inquérito civil instaurado em seu desfavor. 6. No caso em exame, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve as condutas atribuídas ao paciente, consubstanciadas na obtenção fraudulenta de créditos inexistentes de ICMS, na inserção de dados falsos em documento público e na prática de ato de ofício contrário à disposição legal tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, além do período em que ocorreram as práticas delituosas, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios. 7. Registra-se a ausência de similitude fática-processual deste feito com o HC 120.318/AM, no qual o relator concedeu a ordem, a fim de extinguir a ação penal do corréu, uma vez que investigado em procedimento preparatório distinto, envolvendo outra empresa (ASTRA), em períodos diferentes (2003 a julho de 2004). 8. Writ não conhecido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ODEL MIKAEL JEAN ANTUN (P/PACTE) (STJ, HC -

HABEAS CORPUS - 306865 2014.02.66679-4, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/10/2017).(g.n.)

Nesse sentido, ainda, aresto desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DO ATO COATOR. DESCONSTITUIÇÃO DAS PROVAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREJUDICIAL. NÃO RECONHECIMENTO. - A demanda originária deste recurso é uma ação de improbidade na qual foi indeferida a suspensão do processo. - A decisão agravada indeferiu o pedido, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 (fl. 10). O dispositivo em questão prevê as penas a serem aplicadas ao agente responsável pelo ato de improbidade, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. - A independência entre as esferas administrativa e judicial é pacífica na jurisprudência pátria. - Não se afigura presente a aludida prejudicial de mérito em relação à prática de improbidade que lhe é imputada na ação de origem, decorrente da eventual anulação do processo administrativo no âmbito do mandado de segurança. Ressalte-se que a suspensão do feito foi requerida logo após o ato de recebimento da inicial, em cuja fase não é condição necessária a prova definitiva da conduta ímproba, já que bastam indícios verossímeis de sua ocorrência no plano material e de autoria (Lei 8.429/92, artigo 17, § 6º), os quais poderão ser confirmados ou desqualificados no transcorrer da instrução probatória. - Ainda que assim não se entendesse, sublinhe-se que o STJ prosseguiu no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.053/DF impetrado pelo recorrente e denegou a segurança. - A decisão agravada deve, portanto, ser mantida. - Agravo de instrumento desprovido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 546594 0030616-45.2014.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2018) (g.n.)

Quanto às inconsistências sobre as quais se insurge o paciente, tem-se que:

a) Relativamente ao contrato n. 094/2007, foi observado que as propostas inicialmente enviadas pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos, foram as dos Institutos Sollus e Itaface. Foi ainda descrito que o Instituto Sollus é administrado por Marcus Sinji Doi e Igor Dias da Silva, ao passo que o Itaface é presidido por Dirce Yoshie Doi. Em pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal constatou-se que Marcus e Dirce são irmãos. Não bastasse isso, os referidos institutos estão localizados no mesmo endereço – Praça Berim, 77, Sorocaba. Somente após parecer do Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, exarado em 31.07.2007, que indicou a necessidade de cotejo analítico entre todas as propostas apresentadas, é que foram encaminhadas pela Secretaria de Saúde as demais propostas elaboradas pelos Institutos Interset, Finatec e Funcade (embora não juntadas no procedimento administrativo) e que já haviam sido apresentadas, respectivamente, em 11.06.2007, 04.06.2007 e 16.07.2007. Aferiu-se, desse modo, que embora tenha havido cautela por parte do paciente ao solicitar o cotejo analítico das propostas ora faltantes, ainda assim, a administração teria deixado de observar formalidades pertinentes à dispensa de licitação, omitindo-se em apresentar a totalidade dos proponentes desde o início. Esses fatos reforçam o argumento do Ministério Público Federal de que as propostas seriam combinadas e que o procedimento seria direcionado, com a intenção de que o Instituto Sollus ganhasse a competição em prejuízo ao interesse público, de forma a merecer apuração para cabal esclarecimento;

A Comissão Técnica da Secretaria de Saúde de Osasco que analisou as propostas apresentadas, inicialmente, pelos Institutos Sollus e Itaface manifestou-se pela contratação do primeiro, em parecer exarado aos 04.06.2007 (fl. 94 do apenso II). Contudo, restou apurado que a proposta apresentada pelo Instituto Sollus possui data posterior à referida manifestação, qual seja, 25/06/2007, enquanto que a proposta do Itaface sequer possui data, o que reforça ainda mais os indícios de que possa ter havido direcionamento para a contratação do Sollus, visando interesses meramente privados.

Portanto, apesar das inconsistências, o ora paciente apresentou parecer jurídico dispensando a licitação e, de certa forma, respaldando o procedimento administrativo iniciado pela Secretaria de Saúde.

b) No tocante ao contrato n. 069/2009, verificou-se que após rescisão de contrato anterior, foi encaminhado pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos pedido de nova contratação com urgência, para manutenção do Programa de Implementação de Agentes Comunitários de Saúde - PACS. Em ato contínuo, os institutos Unileste, Fipe e Sollus apresentaram suas propostas. Novamente, o instituto Sollus foi o vencedor. Apurou-se, todavia, que os Institutos Unileste e Fipe possuem o mesmo presidente, Manoel Vidal Castro Melo, e estão localizados no mesmo endereço, sito, à Alameda dos Jurupis, 1005, Moema, São Paulo/SP. Em declaração prestada, em sede policial, pelo presidente dos referidos institutos (fls. 225/226 dos autos físicos), o declarante disse que não havia motivo para a Secretaria de Saúde de Osasco solicitar orçamentos aos institutos Fipe e Unileste, pois era de conhecimento do referido órgão que esses não tinham experiência na área de PAC/PSF, sendo forçoso, novamente, reconhecer a ilação feita pelo Ministério Público Federal quanto à eventual possibilidade de que o processo de contratação teria sido direcionado para que o instituto Sollus fosse o vencedor. Consta ainda dos autos que os integrantes da Comissão Técnica da Secretaria de Saúde, anteriormente citada, Jaqueline de Pascali, Nelson Bedin e Dante Gambardella, os quais, à época dos fatos, ocupavam, respectivamente, os cargos de Chefe do Departamento de Atendimento Primário, Diretor de Saúde Pública e Assessor Técnico, declararam em seus depoimentos prestados perante a autoridade policial, o seguinte: Nelson Bedin disse que analisou apenas a proposta do Sollus (fls. 125/126). Jaqueline, por sua vez, disse que não conhecia outras propostas além do Sollus (fls. 127/128) e, os dois afirmaram que foi Dante quem pediu para que eles assinassem (id 8278289).

De igual modo, teria mais uma vez, o paciente respaldado com seu parecer jurídico o procedimento administrativo licitatório iniciado pela Secretaria de Saúde.

Em ambos os contratos chama atenção a coincidência de datas: em 31.08.2007, o Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer considerando correta a dispensa de licitação e, também na mesma data, o paciente, à época Secretário de Assuntos Jurídicos, manifestou-se favoravelmente e o Prefeito Municipal de Osasco, no mesmo dia, autorizou a contratação, tendo sido firmado o contrato nº 094/2007, entre o Município de Osasco e o Instituto Sollus, em 26.09.2007 (id 8278313). Nos mesmos moldes, ocorreu a celebração do contrato nº 069/2009 firmado entre Município de Osasco e o Instituto Sollus, cujo parecer emitido em 24.08.2009 pelo Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, acolhido mais uma vez pelo paciente, na mesma data, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos, e autorizado pelo chefe do Poder Executivo do Município de Osasco ainda no dia 24.08.2009 (id 8278318).

Por outro lado, a dispensa de licitação com a celebração de dois contratos verificados gerou despesas administrativas que podem eventualmente ser consideradas lesivas ao patri-

mônio público. A Auditoria do DENASUS constatou que a Prefeitura Municipal de Osasco, no período de setembro a dezembro de 2009 e do mês de maio a julho de 2010, utilizou recursos no total de R$3.849.089,95; no período de janeiro a abril e de junho a julho de 2010, no total de R$3.360.048,66 e, no período de dezembro de 2009 e de janeiro de 2010, no valor de R$161.695,36, todos da Fonte 05 – Transferências Federais, para pagamento da Prestação de Serviços relativos ao contrato nº 069/2009 (id 8278309), firmado entre a Prefeitura de Osasco e o Instituto Sollus. Desta forma, a regularidade dos contratos apontados necessita ser devidamente apurada para verificação de eventual prejuízo causado ao erário público, o que somente se faz possível com a instrução processual penal.

Ademais, consoante conclusões do próprio DENASUS, foram ainda encontradas irregularidades no tocante às prestações de contas encaminhadas pelo Instituto Sollus relativas à execução do contrato 069/2009, que estariam em desacordo com os termos firmados, uma vez que as notas fiscais de prestação de serviço relativas ao PACS (contrato 069/2009), no período de setembro/2009 a julho/2010, não se referiam ao tipo de prestação contratada e a Prefeitura, na qualidade de contratante, não teria exigido do contratado, Instituto Sollus, o cumprimento de todos os compromissos assumidos (id8278309).

Portanto, em ambos os contratos há elementos indicativos de irregularidade patente que sugeriria, segundo a acusação orquestração licitatória, tais como:

a) Endereços idênticos de empresas concorrentes e pertencentes a irmãos;

b) Empresas proponentes sem expertise na área específica (contrato 069/2009);

c) Identidade de datas para pareceres de distintos órgãos administrativos (Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, Secretaria de Assuntos Jurídicos e Prefeito);

d) Secretaria de Saúde omitindo outros proponentes;

e) Prestação de contas aparentemente irregular e

f) Eventual dano ao erário.

Neste contexto, os pareceres exarados pelo paciente, à época Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Osasco/SP, dispensando a exigência de licitação nos contratos nºs 94/2007 e 69/2009, firmados entre o Instituto Sollus e a Prefeitura de Osasco, mostraram-se extremamente relevantes, na medida em que sem eles referidas contratações não se materializariam.

Por fim, incabível a análise de suposta ausência de dolo em sede de *Habeas Corpus*, a ser aferida devidamente durante o processo penal em curso, até porque há de se perquirir inclusive eventual ocorrência de dolo eventual.

Desse modo, andou bem o magistrado apontado como coator ao receber a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal na justa medida em que imperiosa a necessidade dos esclarecimentos dos fatos, os quais se descortinarão durante a regular instrução do processo, pautando-se pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

E, conforme anteriormente já apontado, na fase de recebimento da denúncia, bem como de apreciação das respostas à acusação, vige o princípio *in dubio pro societate*, de modo que o magistrado deve sopesar a exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio (justa causa - adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível e encontrar-se amparada por um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico) a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a exigir prova plena da ocorrência de infração penal, o que efetivamente foi levado a efeito pela autoridade judicial apontada como coatora.

Impossível, ainda, o acolhimento de argumentação no sentido de que o r. provimento judicial que refutou a resposta à acusação ofertada pelo paciente padeceria de vícios a inquiná-lo de nulo na justa medida em que as teses apresentadas foram devidamente apreciadas, donde se conclui, aliada à ideia de que tal decisão possui natureza jurídica de interlocutória, a correção quanto ao imperativo constitucional que impõe a motivação dos atos emanados do Poder Judiciário.

Ademais, ressalte-se que a absolvição sumária do acusado com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta nesse sentido na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Aliás, trata-se de constatação amparada na própria dicção do art. 397 do Código de Processo Penal, que aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for manifesta a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado evidentemente não constituir crime.

Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que refuta a resposta à acusação ofertada, por configurar decisão interlocutória, não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), sendo que tal proceder não ofende o art. 93, IX, da Constituição Federal (que exige profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão somente no momento da prolação de sentença penal condenatória ou absolutória).

Firmadas tais premissas, não se vislumbra qualquer situação (tal qual quer fazer crer o paciente) apta a ensejar o trancamento da ação penal subjacente, de forma inequívoca e sem a necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório, acerca da atipicidade da conduta, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO-VISTA

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO: Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso, após os argumentos trazidos pela impetrante, em especial da tribuna, e o bem elaborado voto do e. Relator, Desembargador Federal Fausto De Sanctis.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (OAB/SP), no âmbito de ação penal que tramita pela 2ª Vara Federal de Osasco/SP, na qual o paciente - Renato Afonso Gonçalves - foi denunciado pelo crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, por duas veze, em continuidade delitiva (CP, art. 71).

Essa denúncia ocorreu porque o paciente, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, por ocasião da assinatura de dois contratos com a OSCIP Instituto Sollus, relacionados ao cumprimento do Programa de Saúde da Família - PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, emitira dois pareceres favoráveis à contratação direta, com dispensa de licitação.

Em relação às preliminares de incompetência da Justiça Federal, de nulidade processual

pela inobservância dos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal de inépcia da denúncia pela inexistência da descrição das condutas imputadas ao paciente, acompanho o e. Relator, pela rejeição, nos fundamentos utilizados por Sua Excelência.

No que toca à *justa causa*, chamou-me a atenção, em princípio, a possibilidade de estar-se a pretender punir a atividade advocatícia, mais especificamente a opinativa. No entanto, após examinar os autos, verifico que o trancamento da ação penal, neste específico caso, parece-me prematura.

Com efeito, é tranquilo o entendimento nas Cortes Superiores de que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, que só tem cabimento quando, de plano, verificar-se a atipicidade da conduta, a presença de alguma causa extintiva de punibilidade ou, ainda, a falta de suporte probatório mínimo de materialidade e autoria delitivas, de modo a não subsistir justa causa para a persecução penal. Nesse sentido: STF, HC 141.918 AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 26.05.2017, DJe-133 DIVULG 19.06.2017, PUBLIC 20.06.2017.

No caso, a acusação em face do paciente considera que a emissão do parecer jurídico faria parte de um conluio com outros agentes a fim de burlar a licitação, o que, se verdade for, afastaria a possibilidade de se tratar de tentativa de atingir a atividade jurídica do paciente, por si só.

O exame disso não é possível fazer-se neste momento e na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido, é oportuno transcrever o seguinte trecho do parecer da Procuradoria Regional da República:

> Se nos termos do próprio depoimento do paciente "sua função foi de verificar a legalidade da dispensa de licitação" e este não o fez, mesmo diante de fartos indícios de irregularidades no processo, não é possível descartar de plano sua participação consciente na empreitada criminosa.
> A inviolabilidade do advogado é fundamental para a realização da Justiça e da democracia. A atuação firme, altiva e livre do advogado é um dos pilares garantidores do Estado de Direito, assim como as prerrogativas outorgadas aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Todavia, a inviolabilidade não é absoluta, assim como nenhum direito o é, e encontra limites balizados pelo teor do mesmo artigo 133 da Constituição Federal. Como, por exemplo, na medida do envolvimento consciente e da participação do advogado em fatos delituosos:
> Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decrete a quebra da prerrogativa (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994).
> (STF, 2ª Turma, INQ 4074/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, julg. 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018)
> O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) estabelece, em seu artigo 32, a responsabilidade pessoal do advogado em atos delituosos, praticados individualmente ou em conluio com o cliente:
> [...]
> Ressalte-se que ao emitir manifestação favorável à contratação direta, na função de Secretário de Assuntos Jurídicos, em que já existia parecer de outro advogado, o causídico não atua como simples advogado que dá a sua opinião sobre uma questão jurídica, mas como agente político, consultor e assessor, longa manus do administrador, não usufruindo da imunidade prevista no artigo 133 da Carta Magna.

Ademais, há precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o parecer emitido por força do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, não se limita a simples opinião, cabendo a responsabilização de seu emissor:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

(STF, Pleno, MS 24584 /DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julg. 09/08/2007 , publ. DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008)

A Excelsa Corte também já se manifestou no sentido de não caber o trancamento da Ação Penal no caso de indícios do parecerista ter consciência da ilegalidade licitatória, como descreve a inicial:

PENAL E PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 41 E 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 89 E 92 DA LEI 8.666/1993 E NO ARTIGO 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Não é inepta a denúncia que expõe de forma compreensível e coerente os fatos e todos os requisitos exigidos, permitindo ao acusado a compreensão da imputação e, consequentemente, o pleno exercício do seu direito de defesa, como exigido por esta Corte (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11/6/2015; INQ 3204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015). 2. Além da presença dos requisitos do art. 41 do CPP, está presente a "justa causa" para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir de seus três componentes – tipicidade, punibilidade e viabilidade –, de maneira a garantir a presença de um "suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria" (Inq. 3.719, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014). 3. A alegação de ausência do dolo, na fase de recebimento da denúncia, só pode ser acolhida quando for demonstrável ictu oculi, conforme reiterados pronunciamentos desta Suprema Corte (Inq. 3.331, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 4/4/2016; Inq. 3672, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 14/10/2014; Inq. 3344, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 27/8/2014; Inq. 2126, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJe de 26/4/2007). 4. O fato de a dispensa de licitação e do aditamento do contrato terem sido precedidos de parecer jurídico não é suficiente para afastar o dolo quando há indícios que apontam para a existência de desvio de finalidade ou de conluio com o parecerista, a sinalizar para a plena consciência do agente acerca da ilegalidade da dispensa licitatória e da modificação contratual perpetradas. Presença, nos autos, de prova da materialidade e de indícios de autoria da prática dos crimes dos arts. 89, *caput*, e 92, *caput*, da Lei de Licitações. 5. O pagamento antecipado, ao arrepio da lei, da totalidade do valor de aditivo contratual celebrado irregularmente, poucos dias após a sua assinatura e antes de realizadas as obras públicas objeto do liame jurídico-administrativo, permite a formulação inicial de um juízo positivo de tipicidade do crime de peculato-desvio, previsto no art. 312, *caput*, segunda parte, do Código Penal, o que também autoriza o recebimento da denúncia, no ponto. 6. Denúncia integralmente recebida.

(INQ 3621, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017)

Desta forma, o dolo do agente, ainda que eventual, não pode ser afastado de plano, pois não resulta inequívoca a hipótese de que o paciente não teria ciência do direcionamento da dis-

> pensa de forma a lesar o erário, uma vez que acompanhou todo o processo, na melhor das hipóteses, com total falta de zelo com a coisa pública.
> A complexidade dos fatos merece apuração e a conclusão pretendida pelo recorrente é incompatível com a fase de recebimento da denúncia, que se encontra lastreada em indícios suficientes sobre os fatos imputados ao paciente.
> A pretensão do recorrente impõe adentrar ao juízo de mérito sobre o dolo do agente, pois a análise pretendida não se limita à compreensão dos fatos descritos na denúncia. A impetração vai além, buscando (pré)discutir as provas que levariam à conclusão sobre se a atuação do paciente foi correta, administrativamente ilícita ou, nos termos da denúncia, se amoldada ao agir criminoso previsto no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93. Tal juízo de valor condiz com o exame aprofundado das provas após a instrução criminal – que ainda nem começou! - o que é inviável na via estreita da ação constitucional. Nesse sentido:
> [...]
> Por fim, na fase de recebimento da denúncia e início da ação penal prevalece o princípio *in dubio pro societate*, devendo qualquer dúvida no espírito do julgador ser interpretada em favor da sociedade, bastando haver indícios suficientes de autoria e materialidade, na forma preconizada pelo artigo 41 do CPP.
> O trancamento da ação penal, neste momento, é precoce. Na via estreita do writ a ilegalidade ou a falta de justa causa devem ser observadas de plano, o que não ocorre no vertente caso. O presente *habeas corpus* busca, na verdade, uma via oblíqua para evitar que o paciente seja sequer processado, pois não há nenhuma ilegalidade ou ausência de fundamentação na condução da ação penal.

Penso que o MPF tem razão e o trancamento da ação penal, neste momento, me parece precoce, pois há necessidade, para aferição da extensão da conduta do paciente e da existência ou não do dolo, da instrução probatória para que o juízo natural do feito possa julgar a causa pelo mérito.

A assunção deste posicionamento neste momento não significa, em hipótese alguma, que se esteja a permitir a criminalização da atividade advocatícia. Não se trata, evidentemente, disso.

Posto isso, acompanho o e. Relator e DENEGO A ORDEM.

Desembargador Federal NINO TOLDO

"HABEAS CORPUS"

5001251-79.2019.4.03.0000

Paciente: MOACIR FELICIANO DA ROSA
Impetrante: JORCASTA CAETANO BRAGA
Impetrado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/02/2019

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO MEDIANTE FIANÇA. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente preso em flagrante pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 304 c/c o artigo 297 do Código Penal, pois ao ser parado pela Polícia Rodoviária Federal, em fiscalização de rotina, teria apresentado CNH falsificada.

2.Por sua vez, ao arbitrar o valor da fiança imposta ao paciente, a autoridade coatora fundamentou sua decisão e, ao contrário do alegado pela defesa, arbitrou o valor não em 10 (dez) salários mínimos, como proposto pelo Parquet Federal, mas em 5 (cinco) salários mínimos.

3.Note-se, pois, que a autoridade impetrada justificou, de forma fundamentada, tanto a escolha da fiança como alternativa à prisão do paciente, como a quantificação do respectivo valor, fundamentação essa que o impetrante não logrou infirmar com a prova pré-constituída carreada aos autos.

4.Com efeito, a alegação de que o paciente não tem condições de arcar com o pagamento da fiança, ainda que eventualmente encontrasse amparo na prova dos autos, não implicaria automaticamente a sua redução ou dispensa pois, como sabido, a fiança não leva em conta unicamente a situação econômica do preso, mas as circunstâncias do crime, que, no caso, em que pese ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, não afasta o recolhimento da fiança.

5.Aliado a isso, não consta maiores informações a respeito da alegada hipossuficiência do paciente, pois não há maiores informações a respeito de como o paciente vive, se depende financeiramente de parentes, se vive de aluguel, se paga contas de gás, energia elétrica e afins, a ponto de impossibilitá-lo de arcar com o quantum arbitrado.

6.Nesse sentido, importante consignar que a defesa juntou aos autos apenas comprovante de luz em nome de Roselaine Forte, em que sequer consta o valor da conta, bem como uma receita médica em nome do ora paciente, em que consta que o mesmo possui 59 anos e é portador de diabetes e hipertensão arterial, conforme se verifica através do DI nº 26306995.

7.Ressalte-se, por oportuno, que quando da apreciação da liminar, não restou configurado tratar-se de paciente juridicamente pobre, pois além de constar dos autos a informação de que trabalha como "motorista", não estaria sendo assistido pela Defensoria Pública da União, mas por advogado constituído. Após a vinda das informações, verificou-se que consta no Termo de Audiência de Custódia que o paciente foi assistido por advogado ad hoc (DI nº 26901672 - fls. 14/15).

8.Entretanto, a simples dispensa da medida cautelar em apreço não pode ocorrer de forma indiscriminada, sob pena de banalização do instituto.
9.Nessa ordem de ideias e considerando que, nos termos do art. 326 do Código de Processo Penal, uma das diretrizes para a fixação do valor da fiança é justamente a situação de fortuna do acusado, na hipótese vertente não restou comprovado que o paciente não possui condições para tanto, nem tampouco que a mesma não pode ser prestada por outras pessoas que não o próprio paciente (familiares, por exemplo), e mediante a entrega de outros bens além de dinheiro e imóveis.
10.Nesse diapasão, em que pese a ausência de informações sobre as finanças do paciente, mas considerando que o próprio órgão acusatório se manifestou favoravelmente à dispensa ou redução substancial da fiança, acolho o parecer ministerial e reduzo o valor da fiança, fixando-a em 2 (dois) salários mínimos, nos termos do art. 325, I, do Código de Processo Penal.
11. Ordem parcialmente concedida, determinando-se a redução do valor da fiança, fixando-a em 02 (dois) salários mínimos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM, determinando a redução do valor da fiança, fixando-a em 2 salários mínimos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jorcasta Caetano Braga, em favor de MOACIR FELICIANO DA ROSA, contra ato imputado ao Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Guaratinguetá/SP.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 14.01.2019, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 304 c/c o artigo 297 do Código Penal, pois ao ser parado pela Polícia Rodoviária Federal, em fiscalização de rotina, teria apresentado CNH falsificada.

Informa o impetrante que, ao deferir o pedido de revogação da prisão preventiva, a autoridade coatora impôs algumas medidas cautelares, dentre elas, o pagamento de fiança no valor de 10 (dez) salários mínimos.

Alega, contudo, que o paciente, bem como os seus familiares, não têm condições financeiras de arcar com o valor da fiança arbitrado, razão pela qual faria jus ao benefício da liberdade provisória sem o arbitramento de fiança.

Discorre sobre sua tese, junta jurisprudência que entende lhe favorecer e pede a concessão da liminar para que seja concedida a liberdade provisória sem o arbitramento de fiança, expedindo-se *incontinenti*, o respectivo alvará de soltura. No mérito, requer a concessão da ordem, confirmando-se a liminar.

Liminar indeferida (DI nº 26387802).

Informações prestadas pela autoridade coatora (DI nº 26901671).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Vinícius Fernando Alves Fermino, opinou pela concessão da ordem, para que seja afastada a necessidade de pagamento de fiança ou, ao menos, para que seja substancialmente diminuído seu valor.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5.º, inc. LXVIII, da Constituição Federal, e do art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que analiso a presente impetração.

A decisão impugnada restou assim consignada:

> (...)
> Trata-se de pedido de revogação da prisão preventiva (...)
> Às fls. (...), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da liberdade provisória, mediante a imposição das seguintes medidas cautelares: (a) pagamento de fiança no valor de dez salários mínimos; (b) comparecimento bimestral em juízo para informar e justificar suas atividades; (c) proibição de se ausentar da Subseção Judiciária em que reside por mais de quinze dias, sem autorização do juízo.
> (...)
> De acordo com os documentos de fls. (...), verifico que o réu possui domicílio fixo e, conforme consulta de fls. (...), não responde a outros processos criminais.
> (...)
> Considerando-se que segundo o artigo 326 do CPP o valor da fiança deve levar em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final do julgamento, *justifico a adoção do montante de cinco salários mínimos com base na profissão do investigado ("motorista"), a qual não revela elevada condição financeira, além da ausência de elementos que apontem eventuais maus antecedentes.*
> (...)

De início, de se ressaltar que, conforme se depreende da decisão impugnada, há prova da materialidade do crime, bem como indícios de autoria.

Por sua vez, ao arbitrar o valor da fiança imposta ao paciente, a autoridade coatora fundamentou sua decisão e, ao contrário do alegado pela defesa, arbitrou o valor não em 10 (dez) salários mínimos, como proposto pelo *Parquet* Federal, mas em *5 (cinco) salários mínimos.*

Note-se, pois, que a autoridade impetrada justificou, de forma fundamentada, tanto a escolha da fiança como alternativa à prisão do paciente, como a quantificação do respectivo valor, fundamentação essa que o impetrante não logrou infirmar com a prova pré-constituída carreada aos autos.

Com efeito, a alegação de que o paciente não tem condições de arcar com o pagamento da fiança, ainda que eventualmente encontrasse amparo na prova dos autos, não implicaria automaticamente a sua redução ou dispensa pois, como sabido, a fiança não leva em conta unicamente a situação econômica do preso, mas as circunstâncias do crime, que, no caso, em que pese ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, não afasta o recolhimento da fiança.

Aliado a isso, não consta maiores informações a respeito da alegada hipossuficiência do paciente, pois não há maiores informações a respeito de como o paciente vive, se depende financeiramente de parentes, se vive de aluguel, se paga contas de gás, energia elétrica e afins, a ponto de impossibilitá-lo de arcar com o quantum arbitrado.

Nesse sentido, importante consignar que a defesa juntou aos autos apenas comprovante de luz em nome de Roselaine Forte, em que sequer consta o valor da conta, bem como uma receita médica em nome do ora paciente, em que consta que o mesmo possui 59 anos e é portador de diabetes e hipertensão arterial, conforme se verifica através do DI nº 26306995.

Ressalte-se, por oportuno, que quando da apreciação da liminar, não verifiquei tratar-se de paciente juridicamente pobre, pois além de constar dos autos a informação de que trabalha como "motorista", não estaria sendo assistido pela Defensoria Pública da União, mas por advogado constituído. Após a vinda das informações, verifiquei que consta no Termo de Audiência de Custódia que o paciente foi assistido por advogado ad hoc (DI nº 26901672 - fls. 14/15).

Entretanto, a simples dispensa da medida cautelar em apreço não pode ocorrer de forma indiscriminada, sob pena de banalização do instituto.

Nessa ordem de ideias e considerando que, nos termos do art. 326 do Código de Processo Penal, uma das diretrizes para a fixação do valor da fiança é justamente a situação de fortuna do acusado, reputo que, na hipótese vertente, não restou comprovado que o paciente não possui condições para tanto, nem tampouco que a mesma não pode ser prestada por outras pessoas que não o próprio paciente (familiares, por exemplo), e mediante a entrega de outros bens além de dinheiro e imóveis.

Nesse diapasão, em que pese a ausência de informações sobre as finanças do paciente, mas considerando que o próprio órgão acusatório se manifestou favoravelmente à dispensa ou redução substancial da fiança, acolho o parecer ministerial e reduzo o valor, nos termos do art. 325, I, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM, determinando a redução do valor da fiança, fixando-a em 2 salários mínimos.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Tributário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA
0007290-65.2000.4.03.6105

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: DBC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2019

EMENTA

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. RETENÇÃO DE 15% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE SERVIÇOS PRESTADOS POR COOPERADOS. ART. 22, INC. IV, LEI Nº 8.212/91 NA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.876/99.
- Decisão proferida no RE nº 595.838/SP, com reconhecimento de existência de repercussão geral, que declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.
- Na hipótese de recolhimento de contribuição posteriormente considerada inconstitucional, tais limitações devem ser observadas, porquanto a compensação segue o regramento legal, contrariamente ao que ocorre na hipótese de repetição, a qual se sujeita somente à limitação própria do regime de precatórios. Cumpre ressaltar que tais limitações relacionadas à compensação não foram declaradas inconstitucionais.
- Aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".
- Até a entrada em vigor da Lei Complementar 110/2005, nos 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. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda for proposta depois de 09.05.2005, afasta-se a regra prescricional denominada "cinco mais cinco", aplicando-se, portanto, a prescrição quinquenal do art. 3º da referida Lei Complementar.
- Correção monetária e juros moratórios, matéria de ordem pública. Aplicação do Manual de Cálculos da Justiça Federal para fins de correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 167, parágrafo único, CTN e Súmula STJ/188). A partir de 1º de janeiro de 1996, aplica-se a Taxa Selic, que engloba juros e correção monetária.
- Exercido juízo positivo de retratação, nos termos do art. 543- B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, inc. II, do CPC), reconsidero o acórdão de fls. 194/203, para negar provimento à apelação da União Federal e manter a r. sentença que concedeu a segurança para reconhecer a inconstitucionalidade do recolhimento da contribuição previdenciária no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços desenvolvidos por cooperativas de trabalho, conforme previsão do art. 22, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

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, exercer juízo positivo de retratação, para, reconsiderando o acórdão de fls. 194/203, dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para negar provimento à apelação da União Federal e manter a r. sentença que concedeu a segurança pleiteada no presente *mandamus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de juízo de retratação do v. acórdão proferido pela Quinta Turma deste Tribunal no julgamento da remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra sentença, que concedeu a segurança para afastar a exigência de recolhimento de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços desenvolvidos por cooperativas de trabalho, em cumprimento ao art. 22, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Nos termos do julgado de fls. 194/203, aludida Turma Julgadora, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação do INSS e à remessa oficial, vencido o senhor relator que negava provimento à remessa oficial e à apelação da autarquia.

Houve interposição de embargos de declaração, os quais foram parcialmente providos, apenas para declarar que a Lei 9.876/99, ao introduzir o inciso IV do artigo 22 da Lei8212/91, não afrontou o disposto no artigo 50, inciso II, da Constituição Federal (fls. 218/222 e 225/233):

Na sequência, a parte interpôs recurso especial (fls. 236/251) com fundamento no art. 105, inc. III, letra "a" e "c", da Constituição Federal, e recurso extraordinário (266/291) com fulcro no art. 102, inc. III, letra "a", da Constituição Federal.

Apresentadas contrarrazões pela União (fls. 303/327).

O recurso especial foi suspenso até ulterior definição do colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, nos termos do artigo 543-C do CPC e da Resolução n. 08 do STJ e, posteriormente negou-lhe admissibilidade (fls.329/333 e 343/344).

O recurso extraordinário determinou o sobrestamento da análise de admissibilidade até o julgamento do RE 595.838/SP. (fls. 334/337).

Irresignada, a DBC Distribuidora de Bebidas Ltda interpôs agravo contra despacho denegatório de Recurso Especial, ao qual foi negado provimento (fls. 347/366 e 406/407).

Opostos embargos de declaração pela DBC Distribuidora de Bebidas Ltda da decisão que negou provimento ao seu agravo, estes foram rejeitados. (fls. 409/416 e 420).

A Vice-Presidência deste Tribunal determinou o retorno dos autos a esta Turma Julgadora para verificação da pertinência de se proceder a eventual juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, inc. II, do NCPC), em razão do entendimento firmado sobre a matéria de fundo (exigência de recolhimento no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços desenvolvidos por cooperativas de trabalho, em cumprimento ao art. 22, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação dada

pela Lei nº 9.876/99) pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 595.838/SP.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

Da contribuição prevista no art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.211/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Verifica-se que em decisão proferida no RE nº 595.838/SP, julgado em 23.04.2014, o Tribunal Pleno do C. STF, submetido à sistemática da repercussão geral nos termos previstos no § 3º do art. 543-B do CPC, declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Transcrevo, abaixo, a ementa do referido julgado:

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 22, INCISO IV, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.876/99. SUJEIÇÃO PASSIVA. EMPRESAS TOMADORAS DE SERVIÇOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COOPERADOS POR MEIO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. BASE DE CÁLCULO. VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA . TRIBUTAÇÃO DO FATURAMENTO. BIS IN IDEM. NOVA FONTE DE CUSTEIO. ARTIGO 195, § 4º, CF.*
> 1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços.
> 2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção. A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico "contribuinte" da contribuição.
> 3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados , não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados .
> 4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura , extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados , tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição.
> 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.
> (STF, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/04/2014, DJe 08/10/2014)

Ulteriormente, em 18/12/2014, o Plenário do e. STF no julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 595.838/SP, opostos pela União Federal, rejeitou o pedido de modulação dos efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, cujo acórdão foi publicado em 25/02/2015. Confira-se:

> Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei

nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infraconstitucional. 1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco. 2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos. 3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal. 4. É de índole infraconstitucional a controvérsia a respeito da legislação aplicável resultante do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. 5. Embargos de declaração rejeitados.
(RE-ED 595838, DIAS TOFFOLI, STF.)

Dessa forma, deve ser afastada a cobrança da contribuição prevista no art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.211/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Com efeito, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO . EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. 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. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. 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". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação 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. 5. 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. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
> (STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-a, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-a DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.*
> 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.
> 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-a do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.
> 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> (1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)
>
> *TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO . ART. 170-a DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.*
> 1. Nos termos do art. 170-a do CTN, "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", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.
> 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> (1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

DO PRAZO PRESCRICIONAL

Para os casos de repetição ou compensação de contribuições cujo lançamento se sujeita à homologação do fisco (art. 150 do CTN), o prazo previsto no art. 168, I, do Código Tributário

Nacional, conta-se a partir da extinção do crédito tributário, o que se dá com a homologação do auto-lançamento e não com o recolhimento da contribuição. Nesse sentido, trago à colação entendimento pacífico do C. STJ:

> CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL PARA O CUSTEIO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. CONTRIBUINTES INATIVOS. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. NCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE DA TESE DOS CINCO MAIS CINCO.
> I - A jurisprudência desta Corte tem entendimento consolidado "no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador." (REsp 698.233/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.03.2008).
> II - O v. acórdão recorrido, ao entender afastado o instituto da prescrição quinquenal, foi fundamentado equivocadamente, eis que a contribuição previdenciária dos inativos não é lançada por homologação, mas sim de ofício. A autoridade administrativa verifica a ocorrência de um fato gerador, determina a base de cálculo, incide a alíquota devida e averba o valor do tributo diretamente na remuneração do servidor. Logicamente, esse procedimento não se subsume ao lançamento por homologação, pelo qual o próprio contribuinte calcula o valor do tributo e o recolhe antecipadamente sem o prévio exame da autoridade administrativa, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento a ser feita pela Administração Tributária.
> III - A hipótese dos autos não versa sobre as contribuições previdenciárias vinculadas ao custeio da Seguridade Social, estas sim lançadas por homologação. Estamos debatendo acerca das contribuições previdenciárias preceituadas no art. 149, § 1º, da Constituição Federal, que dá a competência aos Estados e Municípios para instituírem contribuições previdenciárias, cobradas de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Carta Magna.
> IV - No presente caso o prazo prescricional aplicável é de 5 anos. Tendo sido a ação ordinária de repetição de indébito proposta em maio de 2003, restaram prescritas as parcelas recolhidas anteriormente a maio de 1998.
> V - Recurso especial provido. (Grifamos) (STJ, 1ª Turma, REsp 1027712 / MG, Processo nº 2008/0019205-9, Relator Min. Francisco Falcão, Data da Decisão: 13/05/2008, DJ 28.05.2008 p. 1).

A Lei Complementar nº 118/2005 estabeleceu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, a contar do efetivo recolhimento, para o contribuinte repetir ou compensar o indébito tributário. A questão encontra-se superada no C. STF ante o julgamento do RE 566621, decidindo que nas ações ajuizadas anteriormente à sua vigência, aplica-se o prazo decenal, e às posteriores a 09/06/2005, o prazo quinquenal. Nesse sentido é a remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, considerando que a regra tem perfeita aplicação aos processos ajuizados após a entrada em vigência da referida lei.

Acerca da matéria, colaciono julgados do C. STF e C. STJ:

> DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI

COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACACIO 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 - Tribunal Pleno - RE 566621/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 04/08/2011 - Publ. Dje 11/10/2011).

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PROPOSITURA DA DEMANDA ULTERIOR À "VACATIO LEGIS" DA LC N. 118/05 - PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL.
1. O estabelecimento de prazo prescricional qüinqüenal para se pleitear a repetição de tributos recolhidos indevidamente, na hipótese da propositura da demanda ocorrer posteriormente à "vacatio legis" da Lei Complementar n. 118/2005; traduz, em essência, a controvérsia dos autos.
2. Em função do imperativo deôntico-legal, o implexo lógico-jurídico determina a identificação de um fato jurídico relevante no antecedente, no caso, o início da vigência da Lei Complementar n. 118/2005, para implicação relacional no conseqüente; qual seja: prescrição qüinqüenal para a pretensão de devolução ou repetição de tributos recolhidos indevidamente.
3. Na hipótese vertente, ao contrário da pretensão disposta no agravo sub examen, inequívoco o entendimento da Seção de Direito Público do STJ, ao considerar que, na hipótese de tributos sujeitos à homologação, quando a demanda for proposta depois da entrada em vigor da Lei

> Complementar n. 118/05 (9.5.2005), ou seja, no caso dos autos: em 30.1.2006, afasta-se a regra prescricional denominada "cinco mais cinco". Aplica-se, portanto, o preceito contido no art. 3º da aludida Lei Complementar; isto é, prescrição qüinqüenal para parcelas do indébito tributário. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1014383/SC, Processo nº 200702939252, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Julgado em 23/09/2008, DJE DATA: 23/10/2008).

Assim, superada a questão relativa à aplicabilidade da LC 118/05.

Conclui-se, assim, que até a entrada em vigor da Lei Complementar 110/2005, nos 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. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda for ajuizada depois de 09.05.2005, afasta-se a regra prescricional denominada "cinco mais cinco", aplicando-se, portanto, a prescrição quinquenal do art. 3º da referida Lei Complementar.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA.

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constitui-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída *ex officio* pelo juiz ou tribunal, *verbis*:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA . INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).*
> 1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio juridico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).
3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.
4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).
5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).
6. (...)
8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.
(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

(1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;
(2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;
(3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;
(4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
(5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês);
(6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;
(7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);
(8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;
(9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;
(10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;
(11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa Selic, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

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 9250/95 - 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/01/1996, 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/01/1996, 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 9250/95, 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 291257 / SC, 399497 / SC e 425709 / 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 nº 1111175 / SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, in verbis:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.

2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).

3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressalvando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)

4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária , seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.

6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública hão de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, *caput*, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, ficam a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Dessa forma, tendo em vista que o v. acórdão proferido pela Quinta Turma deste Tribunal no julgamento da remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro

Social - INSS, neste mandado de segurança, se encontra em dissonância com o julgamento provindo do Tribunal Pleno do C. STF no RE nº 595.838/SP, não procede a pretensão do INSS/apelante, no sentido de reconhecer a legalidade do recolhimento da contribuição previdenciária no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços desenvolvidos por cooperativas de trabalho.

Ante o exposto, em juízo positivo de retratação, nos termos do art. 543- B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, inc. II, do CPC), reconsidero o acórdão de fls. 194/203, para negar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e manter a r. sentença que concedeu a segurança para reconhecer a inconstitucionalidade do recolhimento da contribuição previdenciária no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços desenvolvidos por cooperativas de trabalho, conforme previsão do art. 22, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99, nos termos da fundamentação supra.

É como voto

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006151-27.2013.4.03.6104

Apelante: ALLINK TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/02/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. *MULTAS* IMPOSTAS COM FULCRO NO ART. 107, IV, "E" DO DECRETO-LEI Nº 37/66 POR CONCLUSÃO DE DESCONSOLIDAÇÃO A DESTEMPO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA: INAPLICABILIDADE ÀS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS (PRECEDENTES). RECURSO IMPROVIDO.
1. Ocorre que a Instrução Normativa RFB nº 800/2007 estabelece em seu artigo 22, III, que o prazo mínimo para prestação de informações relativas à conclusão da desconsolidação é de 48 horas antes da chegada da embarcação no porto de destino.
2. Assim, resta claro o descumprimento do prazo assinalado para a prestação de informações acerca do veículo ou carga nele transportada ao sistema SISCOMEX, em infração ao art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003, e arts. 22 e 50 da Instrução Normativa RFB nº 800/27.12.2007.
3. Improcede a pretendida aplicação da denúncia espontânea, prevista no art. 102 do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472/88 e pela Lei nº 12.350/2010. De acordo com entendimento remansoso do Superior Tribunal de Justiça, a denúncia espontânea prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional *não aproveita às obrigações acessórias autônomas*, como é a espécie tratada na espécie dos autos, visto que elas se consumam com a simples inobservância do prazo estabelecido na legislação.
4. Não se cogita da violação aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade alegada. A multa imposta por descumprimento de uma obrigação acessória possui nítido caráter extrafiscal (art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional) e objetiva exatamente a coleta de elementos para viabilizar a arrecadação e fiscalização da obrigação principal pela administração tributária, no caso, vinculada ao controle aduaneiro da movimentação de embarcações e cargas nos portos alfandegados. Destarte, a multa prevista não possui a mesma natureza do tributo, mas o caráter repressivo e preventivo, de sanção destinada a coibir a prática de atos inibitórios do exercício regular da atividade de controle aduaneiro em portos, compelindo o responsável ao devido cumprimento.
5. No caso, deve recair apenas uma multa pelo atraso para inclusão de informações referente a cada embarcação.
6. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à

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

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Allink Transportes Internacionais Ltda. contra sentença que julgou não procedente o pedido formulado na inicial e deu por resolvido o mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC/73, complementada pela sentença que conheceu e negou provimento aos embargos de declaração opostos.

Petição inicial às fls. 02/15, em que a autora requer, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, que seja ordenada a suspensão da exigibilidade do crédito não tributário objeto do processo administrativo nº 10907.720613/2013-30. No mérito, requer a anulação da multa constante do referido processo administrativo, seja pela tempestividade das desconsolidações e informações prestadas ou pela existência de denúncia espontânea.

Decisão, às fls. 52/v, que indefere o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Decisão, às fls. 56, que reconhece a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ressalvando a possibilidade de a Fazenda Nacional verificar se o montante depositado corresponde ao valor integral da multa em discussão.

Contestação às fls. 99/106v.

Réplica às fls. 116/122.

Sentença, às fls. 144/149, em que a magistrada julgou o feito nos termos supramencionados.

Embargos de declaração opostos pela autora, às fls. 152/153, que foram conhecidos e tiveram seu provimento negado pela sentença de fls. 155/v.

Apelação da autora, na qual requer a reforma da sentença, sustentando a inaplicabilidade do prazo previsto no art. 22 da IN nº 800/2007, a aplicação do prazo de 30 dias, a ocorrência de denúncia espontânea e de fato superveniente (extinção da penalidade por retificação fora do prazo) (fls. 158/174).

Contrarrazões às fls. 176/189.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

Pretende a apelante a desconstituição do auto de infração face à transmissão extemporânea de informações acerca do veículo ou carga nele transportada ao sistema SISCOMEX - CARGA, em infração ao art. 107, IV, "e", do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003, e arts. 22 e 50 da Instrução Normativa RFB nº 800/27.12.2007, *in verbis*:

> Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:
> (...)
> IV - de R$ 5.000,00 (cinco mil reais):
> a) por ponto percentual que ultrapasse a margem de 5% (cinco por cento), na diferença de

> peso apurada em relação ao manifesto de carga a granel apresentado pelo transportador marítimo, fluvial ou lacustre;
> b) por mês-calendário, a quem não apresentar à fiscalização os documentos relativos à operação que realizar ou em que intervier, bem como outros documentos exigidos pela Secretaria da Receita Federal, ou não mantiver os correspondentes arquivos em boa guarda e ordem;
> c) a quem, por qualquer meio ou forma, omissiva ou comissiva, embaraçar, dificultar ou impedir ação de fiscalização aduaneira, inclusive no caso de não-apresentação de resposta, no prazo estipulado, a intimação em procedimento fiscal;
> d) a quem promover a saída de veículo de local ou recinto sob controle aduaneiro, sem autorização prévia da autoridade aduaneira;
> e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga;e
> f) por deixar de prestar informação sobre carga armazenada, ou sob sua responsabilidade, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada ao depositário ou ao operador portuário; (...)

Dispõe ainda o art. 37, § 1º, do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pela Lei nº 10.833/2003:

> Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.
> § 1o O agente de carga, assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas.
> § 2o Não poderá ser efetuada qualquer operação de carga ou descarga, em embarcações, enquanto não forem prestadas as informações referidas neste artigo.
> § 3o A Secretaria da Receita Federal fica dispensada de participar da visita a embarcações prevista no art. 32 da Lei no 5.025, de 10 de junho de 1966.
> § 4o A autoridade aduaneira poderá proceder às buscas em veículos necessárias para prevenir e reprimir a ocorrência de infração à legislação, inclusive em momento anterior à prestação das informações referidas no *caput*.

Assim, prevê expressamente o art. 37, § 1º, do Decreto-Lei nº 37/66 o dever do agente marítimo de prestar informações acerca da carga transportada; trata-se de obrigação acessória ou dever instrumental previsto no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, nos termos do art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional, cujo descumprimento é apenado com a imposição de multa.

Não se cogita da violação aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade alegada. A multa imposta por descumprimento de uma obrigação acessória possui nítido caráter extrafiscal (art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional) e objetiva exatamente a coleta de elementos para viabilizar a arrecadação e fiscalização da obrigação principal pela administração tributária, no caso, vinculada ao controle aduaneiro da movimentação de embarcações e cargas nos portos alfandegados. Destarte, a multa prevista não possui a mesma natureza do tributo, mas o caráter repressivo e preventivo, de sanção destinada a coibir a prática de atos inibitórios do exercício regular da atividade de controle aduaneiro em portos, compelindo o responsável ao devido cumprimento.

Igualmente improcede a aplicação do instituto da denúncia espontânea, prevista no art. 102 do Decreto-Lei nº 37/66, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472/88 e pela Lei nº 12.350/2010.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a denúncia espontânea prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional não aproveita às obrigações acessórias autônomas, como na espécie. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA DCTF. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA.
> 1. Inexiste 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. Nos termos da jurisprudência do STJ, a denúncia espontânea não é capaz de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), pois os efeitos do art. 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas. Precedente: AgRg nos EDcl no AREsp 209.663/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 10/05/2013.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1466966/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015)
>
> PROCESSO CIVIL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO JÁ ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.
> 1. Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil, no qual se pleiteia o não pagamento das penalidades pecuniárias (multas), em razão da não entrega das Declarações de Imposto Retido na Fonte (DIRF's) dos anos de 1994 e 1997.
> 2. Segundo orientação firmada nesta Corte, "a denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas" (AgRg no AREsp 11340/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011, DJe 27.9.2011).
> 3. A Corte de origem reconheceu que é "legítima a exigência da multa administrativa", afastando a aplicação da denúncia espontânea. Assim, as alegações no sentido que não ocorreu denúncia espontânea em relação à multa administrativa é infundada, pois tal pretensão já foi acolhida pela Corte Regional, revelando-se, portanto, a falta de interesse recursal da recorrente.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1279038/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 09/02/2012)
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INAPLICABILIDADE.
> 1. Inaplicável o instituto da denúncia espontânea quando se trata de multa isolada imposta em face do descumprimento de obrigação acessória. Precedentes do STJ.
> 2. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no REsp 916.168/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 19/05/2009)

A corroborar o entendimento ora adotado, cito os seguintes precedentes desta Corte Regional de julgados similares ao presente:

> AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INFORMAÇÕES PARA FINS DE REGISTRO NO SISCOMEX-CARGA. AGENTE MARÍTIMO. RESPONSABILIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Trata-se na espécie, em síntese, de pedido de anulação de multa aplicada por infração ao art. 107, IV, "e", do DL 37/66. A obrigação do agente marítimo exsurge do próprio teor dos indigitados dispositivos legais, afastando-se as alegações de ausência de responsabilidade pela infração imputada.
> 2. A multa cobrada por falta na entrega ou atraso das declarações, como aconteceu no caso em espécie, de correção extemporânea de conhecimento marítimo, tem como fundamento legal o art. 113, §§ 2º e 3º do CTN.
> 3. A prestação tempestiva de informações ou de retificação pela autora, para fins de registro no SISCOMEX-CARGA, relativos a conhecimentos marítimos eletrônicos, estão inseridas entre as obrigações tributárias acessórias ou deveres instrumentais tributários, que decorrem da legislação tributária e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º, do CTN).
> 4. Pacífica a jurisprudência do C. STJ, no sentido do descabimento da denuncia espontânea para o afastamento de multa decorrente de obrigação acessória autônoma, conforme os precedentes: AEARESP 209663, Segunda Turma, Ministro Herman Benjamin, j. 04/04/2013, DJ 10/05/2013; AGRESP 884939, Primeira Turma, relator Ministro Luiz Fux, j. 5/2/2009, DJ 19/2/2009; RESP 1129202, Segunda Turma, relator Ministro Castro Meira, j. 17/06/2010, DJ 29/06/2010.
> 5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
> 6. Agravo legal improvido.
> (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0008451-98.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 21/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/11/2013)

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA. MULTAS. ATRASO NA RETIFICAÇÃO DE CONHECIMENTO ELETRÔNICO. ARTIGO 107, IV, DO DECRETO-LEI 37/1966 E 50 DA IN 800/2007. DANO ESPECÍFICO. TIPICIDADE. ARTIGO 106 DO CTN. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PRINCÍPIOS DE PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, VEDAÇÃO AO CONFISCO E *NON BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO. SUCUMBÊNCIA MANTIDA.
> 1. Intempestivas, à luz da IN RFB 800/2007, vigente ao tempo dos fatos, as retificações de conhecimento eletrônicos agregados, feitas dias após a atracação da embarcação, cabível a aplicação de multas, com fundamento no artigo 107, IV, e, do Decreto-Lei 37/1966.
> 2. A aplicação da multa independe da comprovação de prejuízo à fiscalização, pois a infração é objetiva e materializada pela mera conduta, além do que não tem a fiscalização discricionariedade na aplicação da sanção e, no caso, ainda, as retificações alcançaram informação relativa à própria NCM da mercadoria transportada - dado relevante à fiscalização, pois, para além da classificação, revela o próprio conteúdo da mercadoria em trânsito -, após a desatracação da embarcação (ocorrida em 27/06/2008, às 08:15, segundo o extrato da escala do veículo).
> 3. A infração praticada é sancionada pela legislação, impedindo a aplicação do artigo 106, II, a, do CTN à espécie, considerando que o artigo 45 da IN 800/2007 vigeu até a constituição definitiva do crédito, expressamente equiparando a retificação atrasada do conhecimento eletrônico à desobediência de prazo para prestação de informação, sendo que, no caso, as retificações não se deram entre o prazo mínimo regulamentar e a atracação, mas após a própria desatracação da embarcação. Também inaplicável, aqui, o artigo 112 do CTN, pois inexistente

dúvida sobre o enquadramento legal da espécie.
4. Inviável o reconhecimento de denúncia espontânea, considerado que a tipificação da conduta infracional, na espécie, diz respeito à prestação de informação a destempo, observação que conduz à necessária conclusão de que a tutela legal é à instrução documental tempestiva, de modo a permitir a regular fiscalização alfandegária das atividades portuárias, sendo o elemento temporal essencial ao tipo: a infração deriva do desrespeito ao prazo estabelecido pela legislação de regência para a apresentação de informações. Não é cabível a denúncia espontânea, enquanto excludente de sanção, em relação a infrações cujo cerne seja a própria conduta extemporânea do agente, não se cogitando, pois, de aplicação ou de violação ao disposto nos artigos 102, § 2º, do Decreto-lei 37/1966, e 138 do Código Tributário Nacional.
5. A omissão completa de informações, diferentemente da infração praticada, não se sujeita apenas à multa, mas configuraria conduta não apenas punível, como mais gravemente punida, sujeitando-se à sanção de perdimento, nos termos do artigo 105, IV, do Decreto-Lei 37/1966.
6. A sanção aplicada não violou os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, pois a legislação de regência atribui penalização de maneira progressiva e condizente com a reprovabilidade e dano potencial da conduta infracional, tanto assim que a prestação de informação após o início de procedimento fiscalizatório configura não atraso, mas ausência de documentação, a revelar que a magnitude temporal do atraso tem relevância na fiscalização aduaneira e na tutela do bem jurídico disciplinado.
7. Também inexistente *bis in idem*, pois as sanções têm por vínculo fático a existência de irregularidade em relação a informações a respeito das cargas transportadas, e não da viagem em curso, logo existem infrações autônomas e não apenas uma única, uma vez que constatadas cargas distintas, de origens diversas e, cada qual, com sua identificação própria e individual.
8. Manifestamente inviável a redução da verba honorária, fixada que foi com modicidade, em R$ 2.000,00, não configurando, nem de longe, imposição excessiva ou ilegal, à luz do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. Ao contrário, a redução pleiteada é que se tornaria ilegal, se admitida, por levar ao inexorável aviltamento da remuneração da atividade profissional e processual do patrono da parte vencedora.
9. Apelação desprovida.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022779-06.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 10/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

No caso, deve recair apenas uma multa pelo atraso para inclusão de informações referente a cada embarcação as quais tem a mesma data de atracação. Confira-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. CONHECIMENTOS ELETRÔNICOS. AUTO DE INFRAÇÃO POR ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DENUNCIAÇÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENALIDADE. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. Em que pese as hipóteses mencionadas na apelação, quais sejam, tributo sujeito a lançamento por homologação e mercadoria sujeita à pena de perdimento, de fato não se aplicarem ao caso em tela, a sentença analisou os pontos relevantes para o deslinde da controvérsia, apreciando adequadamente os pedidos, pelo que incabível a declaração de sua nulidade.
2. No que toca à alegação de ocorrência de denúncia espontânea, esta deve ser afastada. Não há que se falar em aplicação do instituto da denúncia espontânea diante de descumprimento de obrigação acessória, independentemente da nova redação conferida ao art. 102, §2º, do Decreto-Lei nº 12.350/10.
3. A prestação de informações sobre cargas transportadas pela autora estão inseridas entre as obrigações tributárias acessórias ou deveres instrumentais tributários, que decorrem da legislação tributária e têm por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º, do CTN), e a multa

cobrada por atraso ou falta na entrega das declarações em questão tem como fundamento legal o art. 113, §3º:
4. Possibilitar a denúncia espontânea diante de obrigações acessórias somente estimularia a ocorrência de mais casos de descumprimento, na medida em que o contribuinte visualizaria oportunidade de desrespeitar os prazos impostos pela legislação tributária.
5. A tipificação da conduta infracional, no caso dos autos, é a prestação de informação a destempo, observação que conduz à necessária conclusão de que a tutela legal é dirigida à instrução documental tempestiva, de modo a permitir a regular fiscalização alfandegária das atividades portuárias.
6. A análise acurada desta premissa revela que o elemento temporal é essencial ao tipo: a infração deriva do desrespeito ao prazo estabelecido pela legislação de regência para a apresentação de informações. Logo, a conduta, que pretende a apelante caracterizar como denúncia espontânea, é, na verdade, a própria infração (prestar informação fora do prazo), a evidenciar a fragilidade da alegação.
7. Há impossibilidade lógica de incidência de denúncia espontânea, enquanto excludente de sanção, em relação às infrações que têm como seu próprio cerne a conduta extemporânea do agente, daí porque a impertinência da invocação do artigo 102, § 2º, do Decreto-lei 37/1966, na esteira do artigo 138 do Código Tributário Nacional.
8. Mesmo que se tomassem por válidas, por hipótese, a tese da apelante a respeito da inaplicabilidade da torrencial jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao não aproveitamento do artigo 138 do CTN às obrigações acessórias, ainda assim, não seria possível concluir pelo cabimento do benefício legal invocado.
9. Analisando as ocorrências imputadas à autora, verifica-se que, embora autuada como ocorrências autônomas, o inadimplemento de obrigações acessórias referentes à embarcação LOG IN AMAZÔNIA, CEs 011105012719420/ 011105012731390 referem-se a uma única operação e, consequentemente, de um único fato sobre o qual pode recair penalidade. Nota-se que se trata de informações acerca da carga transportada na mesma embarcação, com mesma data (25/01/2011), devendo recair apenas uma multa pelo atraso para a inclusão de informações.
10. Assim, a multa deve ser reduzida para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 11. Apelação parcialmente provida.
(AC 00099323520144036100, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO EM AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NULIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. ALEGAÇÕES AFASTADAS. REDUÇÃO DA PENALIDADE. CABIMENTO. HONORÁRIOS MANTIDOS. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Não se verifica qualquer irregularidade no auto de infração, lavrado em razão da prestação extemporânea de informações acerca da carga transportada.
2. Observa-se que houve o descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada no dever de prestar informações acerca de cargas transportadas. O auto de infração aponta que as informações não foram prestadas no prazo determinado pela Instrução Normativa nº 800, da Receita Federal.
3. Não obstante, analisando as ocorrências imputadas à autora, verifica-se que, embora autuada como ocorrências autônomas, o inadimplemento de obrigações acessórias refere-se a uma única operação e, consequentemente, de um único fato sobre o qual pode recair penalidade. Nota-se que se trata de informações acerca da carga transportada na mesma embarcação, com mesma data, devendo recair apenas uma multa pelo atraso para a inclusão de informações, o que impõe seja a penalidade aplicada reduzida. Precedentes.
4. Ainda, no caso dos autos, não é de se examinar a dicção do artigo 107, inciso IV, alínea e, do Decreto-Lei nº 37/1966 sob a ótima da inconstitucionalidade da norma punitiva, como

pretende a agravante, mas sim de interpretá-la conferindo-lhe o verdadeiro alcance segundo as regras de hermenêutica.
5. Não há que se falar em aplicação do instituto da denúncia espontânea diante de descumprimento de obrigação acessória, independentemente da nova redação conferida ao art. 102, §2º, do Decreto-Lei nº 12.350/10. 6. Na hipótese, possibilitar a denúncia espontânea diante de obrigações acessórias somente estimularia a ocorrência de mais casos de descumprimento, na medida em que o contribuinte visualizaria oportunidade de desrespeitar os prazos impostos pela legislação tributária. Precedentes.
7. Em razão da sucumbência mínima, mantenho os honorários advocatícios conforme fixados na sentença.
8. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
9. Agravo legal improvido.(AC 00022320820144036100, JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Pelo exposto, *nego provimento ao apelo.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007204-32.2016.4.03.6106

Apelante: SOLUÇÃO IMPRESSA GRÁFICA E EDITORA LTDA. - EPP
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. JUROS DE MORA. MULTA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. IMPENHORABILIDADE DOS BENS CONSTRITOS. INVIABILIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL. NULIDADE DA PENHORA.
1. Os juros foram cobrados em consonância com a legislação em vigor, sendo que as disposições do parágrafo 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional relativas aos juros no percentual de 1% ao mês só prevaleceram nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.250/95.
2. O art. 13 da Lei nº 9.065/95, prevê a aplicação da taxa SELIC, determinando sua aplicação aos créditos tributários federais e não fere a Constituição Federal o fato de lei ordinária haver determinado a aplicação da referida taxa, pois tal matéria não é reservada à Lei Complementar, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade e ou inconstitucionalidade.
3. A insurgência da embargante contra a cobrança da multa carece de fundamento, já que a intenção do legislador ao fixar o percentual da multa, é desestimular o inadimplemento do contribuinte. Assim, se o pagamento do débito tributário não foi efetuado dentro do prazo estipulado pela administração, a fixação da multa em 20% não caracteriza confisco, vez que foi estabelecida dentro do limite da legalidade.
4. No tocante à cumulatividade, dispõe o artigo § 2º, do art. 2º da Lei n. 6.830/80 que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei.
5. Os bens penhorados: uma impressoras off-set marca Solna, avaliada em R$ 220.000,00 e uma impresso off-set ,arca Catu, avaliada em R$ 30.000,00, são equipamentos indispensáveis para o funcionamento e exercício das suas atividades empresariais, uma vez que a apelante atua no ramo de exploração de serviços gráficos, edição e impressão de livros, impressão de material para uso industrial e comercial e outros serviços gráficos à terceiros.
6. *In casu*, a norma do art. 833, V do CPC, subsume-se ao fato, uma vez que a penhora recaiu nos equipamentos indispensáveis para o funcionamento das atividades da empresa executada, de modo que é nula a penhora.
7. Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do

presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por *Solução Impressa Gráfica e Editora Ltda.*, em face da União Federal (Fazenda Nacional) que tem por objeto a desconstituição da CDA constante da execução fiscal nº 0003181-43.2016.403.6106 que visa à cobrança de crédito tributário (IRPJ, COFINS, PIS) acrescido de juros, multa e correção monetária no valor de 245.749,65.

A embargante alega: 1) a nulidade da penhora, por ter recaído em bens necessários ao exercício de suas atividades, 2) inépcia da inicial vez que desacompanhada de demonstrativo atualizado do débito, 3) excesso de multa incidente sobre o débito, 4) ilegalidade da taxa Selic e 5) ser caso de arquivamento do feito executivo, com fundamento na Portaria PGFN nº 396/16.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, extinguindo o feito nos termos do art. 487, I, do CPC. Sem condenação em honorários advocatícios a teor da Súmula 168 do extinto TFR (fls. 144/145).

Apela a embargante, alegando a inconstitucionalidade da Selic, a impenhorabilidade dos bens, insurgindo-se, ainda, contra a multa moratória (fls. 147/165).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 170/172.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Inicialmente, recebo o apelo em seu efeito devolutivo, visto que tempestivos.

Da legalidade da taxa Selic.

Os juros foram cobrados em consonância com a legislação em vigor, sendo que as disposições do parágrafo 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional relativas aos juros no percentual de 1% ao mês só prevaleceram nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.250/95.

O art. 13 da Lei nº 9.065/95, prevê a aplicação da taxa SELIC, determinando sua aplicação aos créditos tributários federais e não fere a Constituição Federal o fato de lei ordinária haver determinado a aplicação da referida taxa, pois tal matéria não é reservada à Lei Complementar, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade e ou inconstitucionalidade.

O E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário, nº 582.461, pacificou o entendimento no qual se reconheceu a existência de repercussão geral, no sentido da legitimidade da incidência da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários, desde que haja lei que autorize. Confira-se:

> 1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou

> que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. (...) 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
> (RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177) - Grifei

Acerca do tema, também colaciono jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. 1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade. Precedentes: Eresp nº 265.005 - PR, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 12.09.2005, p. 196; Eresp nº 398.182-PR, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 03.11.2004, p. 122 e RSTJ vol. 186, p. 93; Eresp nº 418.940-MG, Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003, p. 204. Precedente em sede de recurso representativo da controvérsia: REsp. n. 879.844 - MG, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2. No caso das contribuições sociais regidas pela Lei n. 8.212/91, a aplicação da taxa SELIC na cobrança de tais tributos teve início com a publicação em 28.06.1997, da Medida Provisória n. 1.523-10, de 27.06.1997. 3. Recurso especial não provido. (grifei)
> (STJ, REsp 1252745, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, v.u., DJe 14/08/2012).

Da Multa.

Com efeito, a insurgência da embargante contra a cobrança da multa carece de fundamento, já que a intenção do legislador ao fixar o percentual da multa, é desestimular o inadimplemento do contribuinte. Assim, se o pagamento do débito tributário não foi efetuado dentro do prazo estipulado pela administração, a fixação da multa em 20% não caracteriza confisco, vez que foi estabelecida dentro do limite da legalidade.

No tocante à cumulatividade, dispõe o artigo § 2º, do art. 2º da Lei n. 6.830/80 que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei.

A cobrança cumulada de juros de mora, multa e correção monetária provém de imposição legal, encontrando-se a Fazenda Pública adstrita ao princípio da legalidade.

A correção monetária decorre de previsão legal e nada mais é do que a atualização do débito, em decorrência da desvalorização da moeda, e, como tal, deve ser admitida, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor, abrangendo também a multa moratória e sua cobrança pode ser cumulada com os juros de mora, consoante Súmulas 45 e 209 do extinto TFR.

Da impenhorabilidade dos bens constritos.

Dispõe o artigo 833, inciso V, do Código de Processo Civil:

> Art. 833. São impenhoráveis:
> (...)
> V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

A impenhorabilidade é aplicada às pessoas jurídicas quando se tratar de bens indispen-

sáveis ao desenvolvimento da atividade empresarial, conforme entendimento pacificado do C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE PENHORA. ANÁLISE SOMENTE APÓS A AVALIAÇÃO. IMPENHORABILIDADE DOS BENS CONSTRITOS.
> 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.
> 2. A alegação de excesso de penhora deve ser efetuada após a avaliação.
> *3. A jurisprudência esta Corte orienta que os bens das pessoas jurídicas são penhoráveis, tendo o artigo 649, inciso V, do CPC aplicação excepcional somente nos casos em que os bens penhorados se revelem indispensáveis à continuidade das atividades de microempresa ou de pequeno porte.*
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 1370023/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 05/02/2016) grifei

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS ÚTEIS E NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 649 , INCISO V, DO CPC ÀS PESSOAS JURÍDICA S. SOCIEDADES EMPRESARIAIS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC.
> 1. *A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.114.767/SP, considerou ser aplicável a impenhorabilidade do art. 649 , inciso V, do Código de Processo Civil às pessoas jurídicas, sociedades empresárias, quanto aos bens necessários ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social.* E, no mesmo sentido: AgRg no REsp 1329238/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27/11/2013; AgRg no REsp 1381709/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/09/2013.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 474.637/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 11/11/2014) grifei

Alega a embargante que os bens penhorados: uma impressoras off-set marca Solna, avaliada em R$ 220.000,00 e uma impresso off-set ,arca Catu, avaliada em R$ 30.000,00, são equipamentos indispensáveis para o funcionamento e exercício das suas atividades empresariais, uma vez que a apelante atua no ramo de exploração de serviços gráficos, edição e impressão de livros, impressão de material para uso industrial e comercial e outros serviços gráficos à terceiros.

In casu, a norma subsume-se ao fato, uma vez que a penhora recaiu nos equipamentos indispensáveis para o funcionamento das atividades da empresa executada.

Deste modo, preenchidos os requisitos, é ilegítima a constrição. Sobre o tema colaciono julgado desta E. Corte:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - BEM ÚTIL À ATIVIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL - INTELIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 649, VI DO CPC
> 1. Sentença não submetida ao reexame necessário a teor do disposto no § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.
> *2. A norma da antiga redação do art. 649, VI, do CPC, hoje ampliada no inciso V do mesmo*

artigo, determinava a impenhorabilidade absoluta de livros, máquinas, utensílios e instrumentos do profissional liberal, necessários ou úteis ao exercício de sua profissão. 3. A proteção aos bens necessários ou úteis à atividade laboral visa a garantir o princípio fundamental dos direitos sociais do trabalho e da livre iniciativa, resguardados pela Constituição Federal em seu artigo 1º, IV. 4. Comprovado ter recaído a penhora sobre bem indispensável ao exercício da profissão, impõe-se o afastamento da constrição. Classe: APELREE - APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO - 1030058 Processo: 2005.03.99.022384-6 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data do Julgamento: 09/09/2010 Fonte: DJF3 CJ1 DATA:20/09/2010 PÁGINA: 786 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA (g.n.)

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para declarar a nulidade da penhora.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
5000115-88.2017.4.03.6120

Recorrente: UNIÃO FEDERAL
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelantes: TECUMSEH DO BRASIL LTDA., DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA/SP, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR – VICE-PRESIDÊNCIA
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2019

DECISÃO

Preliminarmente, corrijo de ofício erro material na decisão de id 31373848 para, alterando o primeiro parágrafo, reescrevê-lo da seguinte forma "Cuida-se de recurso especial interposto por TECUMSEH DO BRASIL LTDA, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal".

Republique-se a mencionada decisão com devolução dos prazos recursais.

Passo à análise dos demais recursos excepcionais.

Cuida-se de recurso extraordinário interposto por TECUMSEH DO BRASIL LTDA, com fulcro no art. 102, III, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

O acórdão que julgou a Apelação foi assim ementado:

> MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PEDIDOS DE RESSARCIMENTO - PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA ANÁLISE ADMINISTRATIVA - INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA - COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA: VEDAÇÃO, INCLUSIVE APÓS AS ALTERAÇÕES DA LEI FEDERAL Nº. 12.844/13.
> 1- O prazo para a conclusão da análise administrativa dos pedidos de ressarcimento tributário é de 360 (trezentos e sessenta dias), a partir do protocolo, nos termos do artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07.
> 2- É devida a incidência de correção monetária, nos créditos escriturais, se o seu aproveitamento sofreu rejeição indevida, por parte da administração tributária.
> 3- A demora na análise administrativa do pedido de restituição, com a superação do prazo de 360 (trezentos e sessenta dias), nos termos do artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07, configura óbice injustificado, para o efeito de incidência da atualização monetária.
> 4- A correção monetária, pela Taxa Selic, incide a partir do término do prazo legal para a análise dos pedidos de ressarcimento (360 dias após o protocolo).
> 5- A compensação é viável, se as dívidas são certas, líquidas e exigíveis.
> 6- No caso concreto, não existe simetria entre os títulos jurídicos do contribuinte e da Fazenda, no atual momento processual.
> 7- A nova redação da Lei Federal nº. 9.430/96, com a modificação promovida pela Lei Federal nº. 12.844/13, deve ser interpretada de modo harmônico com o Código Tributário Nacional.
> 8- Apelações e reexame necessário improvidos.

Foram opostos e rejeitados os embargos de declaração.

Em seu recurso excepcional, pugna a recorrente pelo provimento do recurso extraordinário, sustentando violação de dispositivos constitucionais.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme o Tema 339 do Supremo Tribunal Federal, firmado no AI nº 791292, o "art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas":

> Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118)

Nesses termos, o acórdão que rejeitou os embargos de declaração está de acordo com o Tema 339 do Supremo Tribunal Federal, por haver fundamentação suficiente, não sendo necessária a análise pormenorizada de todas as alegações.

Em relação aos demais fundamentos, o acórdão impugnado foi decidido eminentemente sob o enfoque da legislação infraconstitucional, sendo que as alegadas ofensas à Constituição ocorreram apenas de forma indireta ou reflexa.

O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento no sentido do descabimento do Recurso Extraordinário em situações nas quais a verificação da alegada ofensa ao texto constitucional depende de cotejo com a legislação infraconstitucional.

Nesse sentido:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL E AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. DECISÃO REGIONAL FUNDAMENTADA EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. As razões do agravo não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de ensejar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, "a", da Lei Maior. Agravo conhecido e não provido." (STF, ARE 676563 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 10-12-2012 PUBLIC 11-12-2012).

> PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFEITO DEVOLUTIVO. I. - Ausência de preques-

> tionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, a apreciação das questões constitucionais não prescinde do exame de norma infraconstitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa , dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. V. - Precedentes do STF. VI. - Agravo não provido. (STF, AI-AgR 539291/RS-RIO GRANDE DO SUL, AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 04/10/2005, DJ 11-11-2005).

Neste caso, a verificação das alegadas ofensas aos dispositivos constitucionais invocados demanda prévia incursão pela legislação ordinária, o que desvela o descabimento do extraordinário interposto.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário em relação ao tema 339 e não o admito em relação aos demais fundamentos.

Intimem-se.

Cuida-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no art. 105, III, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PEDIDOS DE RESSARCIMENTO - PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA ANÁLISE ADMINISTRATIVA - INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA - COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA: VEDAÇÃO, INCLUSIVE APÓS AS ALTERAÇÕES DA LEI FEDERAL Nº. 12.844/13.
> 1- O prazo para a conclusão da análise administrativa dos pedidos de ressarcimento tributário é de 360 (trezentos e sessenta dias), a partir do protocolo, nos termos do artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07.
> 2- É devida a incidência de correção monetária, nos créditos escriturais, se o seu aproveitamento sofreu rejeição indevida, por parte da administração tributária.
> 3- A demora na análise administrativa do pedido de restituição, com a superação do prazo de 360 (trezentos e sessenta dias), nos termos do artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07, configura óbice injustificado, para o efeito de incidência da atualização monetária.
> 4- A correção monetária, pela Taxa Selic, incide a partir do término do prazo legal para a análise dos pedidos de ressarcimento (360 dias após o protocolo).
> 5- A compensação é viável, se as dívidas são certas, líquidas e exigíveis.
> 6- No caso concreto, não existe simetria entre os títulos jurídicos do contribuinte e da Fazenda, no atual momento processual.
> 7- A nova redação da Lei Federal nº. 9.430/96, com a modificação promovida pela Lei Federal nº. 12.844/13, deve ser interpretada de modo harmônico com o Código Tributário Nacional.
> 8- Apelações e reexame necessário improvidos.

Em seu recurso excepcional, pugna a União pela reforma do acórdão, alegando violação do artigo 73 da lei 9.430/96 e artigo 170, *caput*, do CTN, por negar a possibilidade de compensação de ofício para débitos parcelados.

É o relatório.

DECIDO.

O presente recurso deve ser admitido.

Recurso tempestivo, além de estarem preenchidos os requisitos genéricos do art. 541 do CPC de 1973 (atual art. 1.029 do CPC).

A compensação de ofício de crédito tributário com a exigibilidade suspensa por parcelamento foi proibida no julgamento do RESP 1213082, tema 484 do e. STJ, como se observa da seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). ART. 535, DO CPC, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º E PARÁGRAFOS DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA (ART. 151, DO CTN). 1. Não macula o art. 535, do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado. 2. O art. 6º e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12, da IN SRF 21/1997; art. 24, da IN SRF 210/2002; art. 34, da IN SRF 460/2004; art. 34, da IN SRF 600/2005; e art. 49, da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º, do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114, da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, do CTN (v.g. débitos inclusos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97. Precedentes: REsp. Nº 542.938 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp. Nº 665.953 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.12.2006; REsp. Nº 1.167.820 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp. Nº 997.397 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp. Nº 873.799 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. n. 491342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp. Nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010. 3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151, do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º e parágrafos do Decreto n. 2.138/97 e normativos próprios. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp 1213082/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 18/08/2011)

Ocorre que o caso trata de compensação de ofício realizada após a alteração legislativa do artigo 73 da lei nº 9.430, afirmando o acórdão que o entendimento firmado no julgamento repetitivo mencionado não foi alterado.

Não há Jurisprudência pacífica do e. STJ que corrobore tal entendimento.

Saliente-se que, "(...) sempre que se tratar de questão nova, sobre a qual ainda não se tenha fixado a jurisprudência, deve haver uma certa tolerância na admissão do recurso, como ressaltam decisões do STF (RTJ 38/574) e do STJ (AI 204-PR, DJU 05.10.1989, p. 15.479)" (Grinover, Ada Pellegrini, Gomes Filho, Antonio Magalhães, Fernandes, Antonio Scarance; Recursos no Processo Penal, 6ª ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 214).

Dessa forma, de rigor o encaminhamento do recuso interposto ao STJ para definição da interpretação jurídica a ser conferida à hipótese dos autos.

Os demais argumentos expendidos pela recorrente serão objeto de conhecimento ou não do Superior Tribunal de Justiça, nos termos das Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, admito o recurso especial.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2019.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR – Vice Presidente

APELAÇÃO CÍVEL
5027095-35.2017.4.03.6100

Apelante: ANTONIO CARLOS VALENTE DA SILVA
Apelada: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2019

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. MANDADO DE SEGURANÇA. RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. VERBA RECEBIDA A TÍTULO DE "NÃO CONCORRÊNCIA E CONFIDENCIALIDADE. LIBERALIDADE. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. FÉRIAS INDENIZADAS E AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DO IMPETRANTE NÃO PROVIDAS.
- O imposto de renda incide sobre "proventos de qualquer natureza" (art. 43, do CTN). Deve haver, portanto, um acréscimo ao patrimônio do contribuinte, sendo o fato gerador a aquisição da disponibilidade financeira. Pode ocorrer, porém, que um determinado pagamento não gere acréscimo patrimonial, não incidindo sobre tal verba o imposto de renda.
- A controvérsia acerca da incidência do imposto de renda em gratificação por liberalidade do empregador, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, restou dirimida pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1102575, Relator Ministro Campbell Marques, submetido ao rito do art. 543-C, do CPC:
-Os valores ora questionados, imposto de renda incidente sobre "não concorrência e confidencialidade", resta configurado o acréscimo patrimonial, visto que não decorrem do plano coletivo de demissão incentivada e nem estão elencados entre as verbas consideradas como indenização pela legislação trabalhista.
- In casu, resta configurado o fato gerador do imposto de renda sobre a parcela recebida como "demissão no período de retenção" e "pacto de não concorrência", pois presente a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica da verba, incidindo a norma do art. 43 do CTN. Precedentes.
- O aviso prévio indenizado é resguardado pela isenção nos termos da legislação de regência do tributo em discussão. In verbis: Lei 7713/88. Artigo 6º- Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: -..... V- a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aosdepósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço." "Decreto nº 3000/99 Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...) XX - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);"
- Em relação às férias não gozadas e convertidas em pecúnia, a matéria está pacificada no

Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula nº 125, in verbis: "O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço, não está sujeito à incidência do imposto de renda."
- No tocante ao argumento de que a conversão em pecúnia dos benefícios para afastar a incidência do imposto de renda deveria se dar por necessidade de serviço, filio-me ao entendimento de que o interesse nesta conversão se equipara à necessidade do empregador. - A regra da não incidência tem como base o caráter indenizatório das verbas.
- Nos termos do artigo 43, do CTN, todo pagamento que possua caráter indenizatório estará a salvo da incidência do imposto de renda. A indenização representa reposição e não acréscimo patrimonial.
- Existente manifestação do Egrégio STJ no sentido de que o acréscimo constitucional de um terço, pago pelo empregador, tem natureza salarial, conforme previsto nos artigos 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se à incidência de imposto de renda. No entanto, quando integra o valor pago a título de conversão em pecúnia de férias não gozadas, ou de férias proporcionais, assume natureza indenizatória.
- Conforme previsão contida no artigo 143 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao empregado é facultado converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. Tal verba, assim como aquela recebida pelas férias não gozadas e convertidas em pecúnia, corresponde à indenização de direito não usufruído.
- O pagamento decorrente da conversão de férias em pecúnia, o respectivo terço e o abono pecuniário de férias têm nítido caráter indenizatório, pois o direito ao gozo já se havia incorporado ao patrimônio jurídico do contribuinte, representando a indenização pelo fato do direito não ter sido fruído. Precedentes do STJ.
- Remessa oficial e apelação do impetrante não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento à remessa oficial e à apelação da parte impetrante, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo impetrante ANTONIO CARLOS VALENTE DA SILVA nesta ação mandamental em face da sentença mediante a qual restou concedida parcialmente a ordem, para determinar à autoridade impetrada se abstenha de exigir o imposto de renda incidente sobre o montante pago ao impetrante a título de aviso prévio indenizado e férias não gozadas, em virtude da rescisão do contrato de trabalho do impetrante.

Em sua apelação o impetrante reitera os argumentos contidos na exordial dos autos, bem assim pleiteia a parcial reforma do julgado, a fim de que seja afastada a exação fiscal incidente sobre as verbas de não concorrência e confiabilidade, sob o argumento, em síntese, da natureza indenizatória de tal numerário, pois destinadas a reparar um dano sofrido, qual seja: a restrição temporária de seu direito subjetivo ao livre exercício de sua profissão e o seu compulsório afastamento do mercado de trabalho pelo prazo mínimo de dois anos. Acosta julgados em prol de suas alegações e, ao final, requer o provimento integral do recurso.

Contrarrazões da União Federal.

O Ministério Público Federal ofertou manifestação pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

O imposto de renda incide sobre "proventos de qualquer natureza" (art. 43, do CTN). Deve haver, portanto, um acréscimo ao patrimônio do contribuinte, sendo o fato gerador a aquisição da disponibilidade financeira. Pode ocorrer, porém, que um determinado pagamento não gere acréscimo patrimonial, não incidindo sobre tal verba o imposto de renda.

Resta analisar, assim, se as verbas apontadas pelo impetrante na inicial têm ou não caráter indenizatório e se estão ou não sujeitas à incidência do imposto de renda. Sendo verbas de natureza salarial, enquadram-se no conceito de renda, mas se forem recebidas como compensação em dinheiro pela perda de um direito qualquer, possuem natureza indenizatória, pois o patrimônio jurídico do indenizado, visto em seu aspecto global (bens e demais direitos), continua o mesmo, tendo sido o dano compensado com o ressarcimento em dinheiro.

No caso de rescisão do contrato de trabalho, as verbas recebidas podem ou não ser consideradas acréscimo patrimonial.

Os valores ora questionados, imposto de renda incidente sobre a verba recebida a título de "não concorrência e confidencialidade", resta configurado o acréscimo patrimonial, pois não decorrem de plano coletivo de demissão incentivada e nem estão elencados entre as verbas consideradas como indenização pela legislação trabalhista.

Dessa forma, resta por configurado o fato gerador do imposto de renda sobre a parcela recebida como "não concorrência e confiabilidade ", pois presente a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica da verba, incidindo a norma do art. 43 do CTN.

Com efeito, a controvérsia acerca incidência do imposto de renda em gratificação por liberalidade do empregador, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, restou dirimida pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1102575, Relator Ministro Campbell Marques, submetido ao rito do art. 543-C, do CPC:

> PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTÁRIO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.
> 1. O acórdão suficientemente fundamentado que não aborda todas as teses jurídicas e artigos de lei invocados pela parte não viola o disposto nos artigos 458 e 535, do CPC.
> 2. As verbas concedidas ao empregado por mera liberalidade do empregador quando da rescisão unilateral de seu contrato de trabalho implicam acréscimo patrimonial por não possuírem caráter indenizatório, sujeitando-se, assim, à incidência do imposto de renda. Precedentes: EAg - Embargos de Divergência em Agravo 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, DJ 12.06.2006; EREsp 769.118/ SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 15.10.2007, p. 221; REsp n.º 706.817/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28/11/2005; EAg 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, v.u., julgado em 24.5.2006, DJ

12.6.2006 p. 421; EREsp 775.701/SP, Relator Ministro Castro Meira, Relator p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 26/4/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 1.8.2006 p. 364; EREsp 515.148/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 8/2/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 20.2.2006 p. 190 RET vol. 48 p. 28; AgRg nos EREsp. Nº 860.888 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26.11.2008, entre outros.
3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1112745/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009)

Anoto, outrossim, a manifestação do C. STJ, especificamente em relação ao caráter remuneratória da verba em questão:

TRIBUTÁRIO. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. VERBAS RESCISÓRIAS. GRATIFICAÇÕES. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA.
I - O imposto de renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e os proventos de qualquer natureza que caracterizem acréscimo patrimonial (CTN, art. 43, incisos I e II). Dentro desta definição se enquadram as verbas recebidas pelo empregado por ocasião da rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, *seja a título de indenização especial, de gratificação espontânea, de compromisso de não aliciamento ou de confidencialidade, ou sob outra qualquer denominação que denote a liberalidade do pagamento, ainda que sob a rubrica de indenização*. Precedentes: EREsp nº 646.874/SP, Rel. Minª DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 29.10.2007; EREsp nº 765.076/SP, Rel. Minª ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 29.06.2007; AgRg nos EREsp nº 916.304/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 08.10.2007; AgRg no REsp nº 911.526/SP, Rel.Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 23/08/2007; REsp nº 644.840/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/07/2005.
II - Agravo regimental improvido.
(AgRg nos EDcl no REsp 1050032/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)

No mesmo sentido manifestou-se essa Corte (AMS 0024476-67.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 27/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2014; SEXTA TURMA, AC 0019706-02.2008.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, julgado em 25/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/08/2013).

Assim, por se tratarem de verbas pagas por liberalidade do empregador na rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem obrigatoriedade expressa em lei, convenção ou acordo coletivo, o seu recebimento configura em acréscimo patrimonial e, como tal, passível de tributação pelo imposto de renda.

Já o aviso prévio indenizado é resguardado pela isenção nos termos da legislação de regência do tributo em discussão. *In verbis*:

Lei 7713/88.
Artigo 6º- Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
-.....
-V- a indenização e o *aviso prévio* pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores,

> ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.
>
> Decreto nº 3000/99
> Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:
> (...)
> XX - a indenização e o *aviso prévio* pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28);

Por fim, em relação às férias não gozadas e convertidas em pecúnia, a matéria está pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 125, *in verbis*:

> O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço, não está sujeito à incidência do imposto de renda.

Em relação ao argumento de que a conversão em pecúnia dos benefícios para afastar a incidência do imposto de renda deveria se dar por necessidade de serviço, filio-me ao entendimento de que o interesse nesta conversão se equipara à necessidade do empregador. Ademais, a regra da não incidência tem como base o caráter indenizatório das verbas.

Observe-se, a propósito, que, nos termos do artigo 43, do CTN, todo pagamento que possua caráter indenizatório estará a salvo da incidência do imposto de renda. A indenização representa reposição e não acréscimo patrimonial.

Consigne-se, aliás, manifestação do Egrégio STJ no sentido de que o acréscimo constitucional de um terço, pago pelo empregador, tem natureza salarial, conforme previsto nos artigos 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se à incidência de imposto de renda. No entanto, quando integra o valor pago a título de conversão em pecúnia de férias não gozadas, ou de férias proporcionais, assume natureza indenizatória.

Ainda, conforme previsão contida no artigo 143 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao empregado é facultado converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. Tal verba, assim como aquela recebida pelas férias não gozadas e convertidas em pecúnia, corresponde à indenização de direito não usufruído.

Assim, o pagamento decorrente da conversão de férias em pecúnia, o respectivo terço e o abono pecuniário de férias têm nítido caráter indenizatório, pois o direito ao gozo já se havia incorporado ao patrimônio jurídico do contribuinte, representando a indenização pelo fato do direito não ter sido fruído. Nesse sentido, decisões do STJ, *in verbis:*

> TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - PESSOA FÍSICA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - TERÇO CONSTITUCIONAL CORRESPONDENTE AO ABONO PECUNIÁRIO E FÉRIAS VENCIDAS - NÃO-INCIDÊNCIA - AUSÊNCIA DE INOVAÇÃO NO PEDIDO.
> 1. Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual não incide imposto de renda sobre verbas indenizatórias relativas ao abono pecuniário de férias e sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como férias vencidas e proporcionais e seu respectivo adicional.

2. Observado que a questão foi ventilada nas razões de recurso especial e não representa inovação vedada no âmbito dos embargos de declaração, faz-se mister a apreciação do tema. Agravo regimental improvido.
(STJ - AgRg nos EDcl no RESP 1100604/PR, Segunda Turma, Relator Min. Humberto Martins, DJE 25.06.2009).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS E RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.
1. Os valores recebidos a título de férias proporcionais e respectivo terço constitucional são indenizações isentas do pagamento do Imposto de Renda. Precedentes: REsp 896.720/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 01.03.07; REsp 1.010.509/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.04.08; AgRg no REsp 1057542/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 01.09.08; Pet 6.243/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 13.10.08; AgRg nos EREsp 916.304/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJU de 08.10.07.
2. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
3. Recurso especial provido.
(STJ, REsp nº 1.111.223-SP, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, j. 22.04.2009, DJe 04/05/2009)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da parte impetrante, mantendo *in totum* a r sentença, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0002607-43.1999.4.03.6000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Assistentes do Autor: UNIÃO e ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
Réus: NELSON BARBOSA TAVARES E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Juiz Federal: RENATO TONIASSO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2018

Trata-se ACP "de recomposição do patrimônio público c/c ação ordinária por prática de atos de improbidade administrativa e de indenização por danos morais" através das quais o autor pleiteia a condenação dos réus a: *1*) recomporem, solidariamente, o patrimônio público, recolhendo aos cofres da União Federal, o montante de *R$ 145.974,46* (cento e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), em valor a ser devidamente corrigido a partir de 10/02/1999, "aplicando-se as taxas de juros do RDB – Recibo de Depósito Bancário, a crédito da conta convênio nº 2.100", Agência 0048-5, do Banco do Brasil S/A; *2*) pagarem "os valores a serem apurados (...), sobre os acréscimos dos custos da obra, oriundos da demora da (sic) construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados", MS; *3*) sofrerem individualmente as sanções previstas pelo artigo 12, II, da Lei nº 8.429/92, consubstanciadas na perda da função pública "que eventualmente exerçam"; na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; na proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos; e no pagamento de "multa civil individualizada, em valor a ser fixado por esse Juízo no limite de até duas vezes o valor do dano". Como alternativa, para o caso de o Juízo concluir "pelo não enquadramento dos atos (dos réus) no artigo 10 da Lei nº 8.429/92", requerem "a adequação das penalidades (...) aos limites do artigo 12, III, (da lei de regência), porque verificada, ainda, a prática de atos previstos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa". Por fim, dizendo que a atuação conjunta dos réus implicou "na negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde", pedem a condenação dos mesmos em indenização por danos morais "causados à Sociedade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região, traduzida no pagamento de valor a ser definido" pelo Juízo.

Alega que, em 31/12/1997, o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da sua Secretaria de Estado de Saúde, firmou com a União, através do Ministério da Saúde, o *Convênio nº 2.100/97*, "visando a implementar o Sistema Único de Saúde – SUS" no Estado - e tendo como objeto específico "dar apoio financeiro para a construção do CENTRO DE ESPECIALIDADES DA SANTA CASA DE DOURADOS–MS, com o consequente desenvolvimento técnico operacional" do SUS. O aporte financeiro previsto para a realização da obra foi de R$ 1.940.089,00 (um milhão, novecentos e quarenta mil e oitenta e nove reais), sendo que, desse valor, R$ 1.763.718,00 (um milhão, setecentos e sessenta e três mil e setecentos e dezoito reais) seriam de responsabilidade da União, e o restante (R$ 176.371,00), de responsabilidade do Estado. Os recursos a cargo da União "começaram a ser disponibilizados para o Estado de Mato Grosso do Sul a partir de 11/05/98, a crédito da conta corrente nº 114.338-7 – Agência 0048-5, Banco do Brasil, em nome da SES – Secretaria de Estado de Saúde", até serem integralizados em 25/09/98, e foram aplicados em RDBs, "conforme pactuado e estabelecido nos atos normativos atinentes à matéria".

Todavia, em 25/09/1998, "por orientação da Governadoria do Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa do réu PLÍNIO SOARES ROCHA, o então Secretário de Estado de Fazenda, réu JOSÉ ANCELMO DOS SANTOS, o Secretário de Estado Adjunto da Fazenda, réu JAIR SERRATEL NOGUEIRA e o Secretário de Estado da Saúde, réu NELSON BARBOSA TAVARES, 'desviaram' os recursos do Convênio nº 2.100/97, transferindo-os para outras finalidades, em total desrespeito à Constituição Federal e à Lei Orçamentária de n. 4.320/64". A verba que, conforme já dito, se destinava "à construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados", foi "desviada para a conta corrente do TESOURO do Estado de Mato Grosso do Sul, através da Transferência Bancária – TB – nº 26 de 25/09/98, emitida pelo DOP – Departamento de Obras Públicas de Mato Grosso do Sul, com a finalidade de simular o saque dos valores da conta convênio, como se estivesse sendo empregada corretamente no fim específico a que se destinava". Essa estratégia teria sido planejada no Gabinete do então Secretário de Estado de Fazenda, JOSÉ ANCELMO DOS SANTOS, que, em 24/09/98, "um dia antes da transferência, convocou reunião com o Secretário de Saúde (...), NELSON BARBOSA TAVARES, o Secretário Adjunto da Fazenda, (...), JAIR SERRATEL NOGUEIRA, o Secretário Executivo de Programação Financeiro, (...) ROBERTO FAUSTINO NEY e a Sra. Neusa Simabuco", com o objetivo de encobrir o alegado desvio, sendo que se pretendia devolver os recursos ao DOP, mas sem o acréscimo dos juros que o capital teria amealhado se tivesse continuado aplicado em ativo financeiro durante o período, o que, mesmo que ocorresse, não afastaria a irregularidade e, consequentemente, a materialização de ato de improbidade administrativa, diante da quebra de contrato em relação ao Convênio nº 2.100/97. No entender do Ministério Público Federal, os réus Plínio Soares Rocha, José Ancelmo dos Santos, Nelson Barbosa Tavares, Jair Serratel Nogueira, Dioscoro de Souza Gomes Filho, Elizeu Tabosa e Roberto Faustino Ney tinham a obrigação de lhe comunicar essa irregularidade ou ao Tribunal de Contas da União, para as devidas providências, mas não o fizeram "justamente porque foram os autores da ilegalidade e da imoralidade".

O réu WILSON BARBOSA MARTINS, que, à época, ocupava o cargo de Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, "tinha o dever de ofício de apurar as irregularidades, afastar os infratores, abrir processo administrativo, comunicar ao Tribunal de Contas da União e providenciar a competente auditoria interna", mas "ficou silente, incidindo em grave omissão" e tornando-se, dessa forma, corresponsável "junto aos demais réus".

Todos os réus teriam agido de forma consciente e premeditada, no caso; e a pretensa irregularidade só teria sido descoberta diante da falta de recursos na Conta-Corrente do Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul, "para se operacionalizar o retorno das verbas à origem".

Além do uso indevido dos recursos do Convênio nº 2.100/97, a ação dos réus teria implicado em perda dos juros com os quais o capital teria sido remunerado se tivesse permanecido aplicado junto ao Banco do Brasil e, bem assim, na demora na construção do Centro de Especialidades Médicas à qual se destinava, com o consequente incremento dos custos da obra e a ocorrência de danos morais à população de Dourados e Região, "pela não implementação de seu direito fundamental e constitucional de acesso à Saúde, além da desonestidade administrativa com que agiram todos os réus".

A ação dos réus teria infringido os artigos 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 4.320/64, bem como o artigo 167, VI, da Constituição Federal, o artigo 15, § 1º, da Instrução Normativa nº 1, de 15/01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, o artigo 165, VI, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, e, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do Convênio nº 2.100/97, que, ao fixar as obrigações da Secretaria Estadual convenente (Secretaria de Estado de Saúde), determinava a aplicação dos "recursos recebidos do MINISTÉRIO, a contrapartida e os

RENDIMENTOS auferidos das aplicações financeiras, EXCLUSIVAMENTE na consecução do objeto previsto pactuado".

Na sequência, o autor delineia a sistemática de cálculos utilizada e indica o valor dos prejuízos que a ação dos réus teria causado ao Convênio nº 2.100/97, e, por extensão, "ao Patrimônio Público", bem como procura demonstrar a responsabilidade de cada um dos réus, na referida ação, de sorte a definir os atos de improbidade administrativa por eles praticados e dar suporte aos pedidos de condenação, inclusive em indenização por danos morais.

A fim de assegurar a eficácia da proteção ao patrimônio público que entende haver sido lesado, o autor pediu a implementação de extenso rol de providências instrumentais, com a autuação dessas informações em autos apartados, possibilitando-lhe examiná-las e, se for o caso, formular possíveis pedidos de sequestro de bens e direitos dos réus.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 46/350.

Às fls. 352/354 o Juízo indeferiu o pedido de "quebra de sigilo fiscal e bancário dos réus" e determinou a intimação da União e do Estado de Mato Grosso do Sul para se manifestar acerca de eventual interesse no Feito.

Às fls. 359/371 o MPF comunicou a interposição de recurso de Agravo de Instrumento em relação à decisão de fls. 352/354, "tendo em vista eventual formação de juízo de retratação".

À fl. 379 a União manifestou interesse em ser admitida no processo, como assistente do autor. Idem, no mesmo sentido, de parte do Estado de Mato Grosso do Sul, às fls. 394/395.

Às fls. 399/401, cópia de decisão do E. TRF-3, negando efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento interposto pelo MPF.

Às fls. 411/439 os réus contestaram a ação. Arguiram preliminar de falta de interesse de agir, por cerceamento de defesa, mediante violação ao princípio do devido processo legal; denunciaram a lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador do Estado e ao então Secretário de Fazenda; e, quanto ao mérito, justificaram o atraso no reinício das obras, de maio de 1998, para 03/11/1998, ao fundamento de que havia necessidade de se proceder a uma renegociação com a empreiteira, por conta da existência de forte desequilíbrio financeiro no contrato, onde se conseguiu uma "redução do valor do saldo para conclusão da obra, de R$ 12.318.177,72, para R$ 7.048.527,89", o que afasta a possibilidade de ocorrência de prejuízo à União e ao Estado de Mato Grosso do Sul, eis que, de fato, houve uma economia de R$ 5.269.650,00. Durante essa renegociação, os recursos ficaram temporariamente alocados no DOP/MS, mas, em 03/11/1998, com o reinício da obra, "foram retornados ao Tesouro Estadual, com o pagamento das 25ª e 27º medição (sic), no valor respectivo de R$ 142.854,68 e R$ 154.918,47, sem, portanto, causar qualquer violação ao objetivo do Convênio". Porém, em 1999, com a troca do Governo do Estado, o retorno dos recursos, para aplicação na obra, foi obstado pelos novos gestores estaduais (o que justificou a denunciação da lide anteriormente referida), mas depois tal aplicação foi retomada. "Nada do que alega o Autor da Ação prejudicou ou tem prejudicado o objetivo do convênio (portanto a União, o Estado de Mato Grosso do Sul e a população de Dourados-MS), porquanto a obra prossegue e os pagamentos estão sendo efetuados com recursos da conta convênio, mediante prévia reposição do Tesouro". Alegam, ainda, que não houve utilização indevida dos recursos do Convênio nº 2.100/97, "encaminhados indevidamente ao Tesouro Estadual", pois o que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais vedam, em situações da espécie, é o remanejamento de recursos "com definitividade", o que não ocorreu, pois a obra foi retomada e os recursos foram aplicados na "finalidade predeterminada". Não ocorreu fraude na emissão do documento de Transferência Bancária – TB – dos recursos do Convênio, da Secretaria Estadual de Saúde, para o DOP,

e depois para o Tesouro Estadual. É infundada a alegação de responsabilidade dos agentes públicos, ora réus. Não houve danos morais à Sociedade Douradense e da região, pois a obra fora iniciada em 1991 e estava paralisada desde 1994, sendo que, com a assinatura do Convênio nº 2.100/97, ficou paralisada por alguns meses, para renegociação com a empreiteira, onde, inclusive, conseguiu-se uma substancial redução do seu custo, mas depois foi retomada, com a regular aplicação dos recursos provenientes do referido convênio. O MPF omitiu do Juízo dados importantes a esse respeito. Também não houve lesão ao patrimônio público, mas sim economia de recursos, pela redução do custo da obra, via renegociação com a empreiteira, conforme já dito. Não houve atos de improbidade administrativa, por parte dos réus, nos termos dos artigos 10, *caput* e inciso XI e 11, I e II da Lei nº 8.429/92, capitulados na inicial, pois não ocorreu "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º" da referida lei. Na sequência, analisam a tipificação dada pelo MPF às suas ações individuais e argumentam no sentido da não subsunção dos fatos às normas de regência, em especial, porque "em nenhum momento se cogitou que os recursos teriam sido desviados para contas particulares". Por fim, insurgem-se em face do pedido de investigação e quebra de sigilo bancário, e pedem pela improcedência dos pedidos materiais da ação, com a condenação do autor à pena "prevista no artigo 18 do CPC, por litigância de má-fé", bem como "nos consectários sucumbenciais cabíveis à espécie".

Com a contestação vieram os documentos de fls. 440/466.

Às fls. 468/469 foi comunicado o deferimento do pedido de efeito suspensivo ativo em sede de Agravo de Instrumento aviado pelo MPF em face da decisão de indeferimento do pedido de quebra do sigilo bancário dos réus.

Impugnação à contestação, de parte do MPF, às fls. 508/514.

À fl. 531 a União Federal e o Estado de Mato Grosso do Sul foram admitidos na lide como assistentes da parte autora.

Às fls. 539/541 a União manifestou-se, em 13/07/2001, acerca dos pedidos da presente ação. Disse que a conduta dos réus foi ilegal "porque violou a lei e a Constituição Federal, além de cláusulas do Convênio"; além disso, causou prejuízo ao patrimônio público, pois o Estado de Mato Grosso do Sul "deixou de auferir os rendimentos da aplicação bancária" e a população local, em especial, a de Dourados, sofreu com a falta de serviços de saúde. O "Estado de Mato Grosso do Sul obteve autorização do Ministério da Saúde para efetuar o retorno dos recursos à finalidade para a qual foram destinados no convênio de forma parcelada, (...), o que assegurou a continuidade de sua execução"; (...) "a obra encontra-se em andamento, com 85% concluída". Ratificou a petição inicial.

Especificação de provas pelas partes: pelo MPF, às fls. 710/711, e pelos réus, às fls. 713/716.

Despacho saneador, com o deferimento de provas (fls. 753/754).

Juntada de cópia de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão de quebra do sigilo bancário dos réus (fls. 771/785), e decisão do E. TRF-3 concedendo efeito suspensivo ao recurso e "proibindo a quebra do sigilo bancário dos réus" (fls. 759/766).

Pedido de busca e apreensão de documento, pelo MPF, às fls. 787/788, com os documentos de fls. 789/784.

Decisão, à fl. 805, indeferindo, "por ora, o pedido de busca e apreensão" e deferindo "o pedido contido no último item da petição de fl. 796, a fim de garantir a eficácia da medida".

Às fls. 812/813 consta cópia de resposta enviada pela empresa SBT – Sistema Brasileiro

de Televisão, ao MPF, acerca do pedido feito às fls. 787/788 e tratado pelo Juízo à fl. 805.

Insurgência de parte do MPF quanto às informações prestadas pelo SBT e reiteração do pedido de busca e apreensão (fls. 814/816).

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu a juntada "do OFÍCIO Nº 6309/03/CPP.GAB/SES/MS que noticia a devolução integral do numerário indevidamente transferido, bem como do Parecer Técnico nº 205/01, de 23 de Novembro de 2001, que aprovou a Prestação de Contas do Convênio nº 2.100/97" (fl. 836), com os documentos de fls. 837/845.

Despacho saneador complementar, às fls. 846/849, onde restou indeferido o pedido de expedição de mandados de busca e apreensão, deferida a produção de prova testemunhal e determinadas outras providências.

Às fls. 858/864 o MPF pleiteia providências e arrola testemunhas.

Rol de testemunhas, pelos réus, às fls. 882/883.

Às fls. 884/888 o MPF faz novos requerimentos.

Às fls. 948/951 consta Termo de Audiência, onde o Juízo rejeitou o pedido de denunciação da lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador do Estado e ao então Secretário Estadual de Fazenda, e, acolhendo pedido do MPF, redesignou o ato instrutório.

Às fls. 962/966 os réus interpuseram Agravo Retido em face da decisão de que rejeitou a denunciação da lide ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao então Governador e ao Secretário de Estado de Fazenda.

Termo de audiência as fls. 970/976, onde foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo MPF e três arroladas pelos réus.

Às fls. 979/981 o MPF pediu a juntada de documentos e a expedição de ofício para fins probatórios.

Oitiva de testemunha arrolada pelos réus (Luiz Antônio Maksoud Bussuan), por Carta Precatória, às fls. 1.150/1.152.

Oitiva de testemunha arrolada pelos réus (Eduardo Otávio Teixeira Marcondes), por Carta Precatória, às fls.1.168/1.170.

Contrarrazões ao Agravo Retido de fls. 962/966: pelo MPF, às fls. 1.173/1.183; e pelo Estado de Mato Grosso do Sul, às fls. 1.189/1.193.

Alegações finais: pelo MPF, às fls. 1.308/1.312, pugnando pelo acolhimento dos pedidos iniciais, com a condenação dos réus "às sanções preconizadas pela Lei de Regência"; e pelos réus, às fls. 1.315/1.345, pedindo o acolhimento das questões preliminares arguidas, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito, ou, caso este seja enfrentado, com o julgamento pela improcedência dos pedidos materiais da ação.

É o que se fazia necessário relatar.

Passo a *decidir*.

Nos termos da petição inicial, os réus foram acusados de violação ao disposto no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992; do que se pede sejam-lhes aplicadas as sanções do artigo 12, II, dessa lei de regência (fl. 41).

Alternativamente, porém, para o caso de o Juízo concluir "pelo não enquadramento dos atos (dos réus) no artigo 10 da Lei nº 8.429/92", requer-se "a adequação das penalidades (...) aos limites do artigo 12, III (da Lei nº 8.429/92), porque verificada, ainda, a prática de atos previstos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa" (fl. 42).

Pois bem.

Do que se apurou no decurso desta ACP, restou efetivamente provado que em 25/09/1998 os réus movimentaram de forma irregular o valor de *R$ 1.700.000,00* (um milhão e setecentos mil reais), proveniente de repasses feitos pela União, ao Estado de Mato Grosso do Sul, no âmbito do *Convênio nº. 2.100/97*, firmado entre esses entes federativos com o objetivo de se construir o chamado "Centro de Especialidades" Médicas do Hospital da Santa Casa de Dourados, MS, e que se encontrava depositado na Conta-Corrente nº *114.338-7*, da Agência *0048-5* (Agência Centro), do Banco do Brasil S/A, nesta Capital, e aplicado em *Recibos de Depósitos Bancários - RDBs*.

Tratava-se de conta bancária específica, para o aporte e aplicação dos recursos financeiros do referido Convênio, que só poderia ser movimentada pela Secretaria de Estado de Saúde do Mato Grosso do Sul, mediante aplicação efetiva dos recursos na obra a que se destinavam, inclusive daqueles provenientes dos "rendimentos auferidos das aplicações financeiras", conforme diz a Cláusula Segunda, II, 2.2., de cópia do termo do ajuste, que consta às fls. 127/128.

Todavia, pressionados por necessidades financeiras de parte do Estado de Mato Grosso do Sul, os réus, em ação conjunta, cuja individualização, para fins de fixação de responsabilidade - se for o caso -, será feita mais adiante, realizaram, na referida data, sem que a construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados tivesse começado, a transferência desses recursos para o Tesouro do Estado, através de triangulação com a conta do DOP/MS, órgão esse que, à época dos fatos, era o responsável pelo pagamento das despesas de obras públicas estaduais em andamento. A operação foi feita sob a denominação de "empréstimo financeiro", com a perspectiva de que os recursos seriam devolvidos à conta do Convênio no mês de novembro subsequente, diante do recebimento, pelo Estado, "de parcela do ressarcimento da Lei Kandir", o que, porém, não veio a se confirmar.

A manifestação de fls. 47/48 – que transcrevo a seguir, na parte em que interessa para esta decisão –, da lavra de Neusa Simabuco, à época, servidora da Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul, relata bem a dinâmica dos fatos que restou confirmada nos autos:

> Campo Grande, 18 de janeiro de 1999.
> Senhor Diretor,
> Venho pelo presente apresentar a Vossa Senhoria o relatório sobre o Convênio 2100/97, cujo objeto é a construção do Centro de Especialidades da Santa Casa de Dourados/MS. (...).
> No dia 24 de Setembro de 1.988 às 18:00 o Secretário de Saúde, Dr. Nelson Barbosa Tavares foi convocado para comparecer ao Gabinete do Secretário da Fazenda Sr. José Ancelmo dos Santos para tratar de assunto relacionado a um empréstimo financeiro ao Tesouro do Estado.
> O Sr. Secretário convidou-me a acompanhá-lo e no Gabinete encontravam-se além do Secretário da Fazenda, o Sr. Roberto Faustino Ney, Diretor de Contabilidade e Superintendente da Junta de Programação Financeira, além do Assessor de Gabinete, Sr. Jair.
> O Secretário de Fazenda informou que necessitava urgente de um empréstimo em torno de R$ 2.000.000,00 e que seria devolvido em meados de novembro, com o recebimento da parcela do ressarcimento da Lei Kandir.
> O Dr. Nelson explicou que não havia recurso disponível na fonte 40 (recursos próprios da SES) pois os existentes já estavam comprometidos e o motivo da minha presença na reunião era justamente para ajudá-lo a informar sobre a impossibilidade do empréstimo.
> Como a conta corrente do Convênio 2100/97 apresentava saldo de R$ 1.700.000,00 e as obras estavam paralisadas há tempos, o Dr. Nelson aceitou fazer o empréstimo, lembrando que os recursos eram do Ministério da Saúde e que ele era o responsável pela prestação de contas e que por isso a devolução deveria ser feita com a maior urgência, inclusive com o acréscimo

dos rendimentos da aplicação financeira.
Em 25 de setembro de 1.988, mantive contato telefônico com funcionário do Banco do Brasil solicitando baixa da aplicação financeira e o mesmo informou-me que não havia condição de desfazer a operação. Imediatamente entrei em contado com o Sr. Roberto Ney explicando o ocorrido. Após alguns minutos recebi instrução do Banco de que a SES deveria solicitar através de ofício endereçado ao Gerente Geral do Banco do Brasil, a baixa da aplicação financeira. Também deveria enfatizar que a SES estaria ciente que não haveria rendimento da aplicação dos valores baixados (anexo I).
A transferência foi efetuada em 25.09.98 através da Transferência Bancária (TB) 0026 (anexo II) em favor do DOP na conta corrente 88.368-9 que é a conta específica para movimentar o convênio. Em seguida o DOP emitiu a TB número 0869 (anexo III) em favor do Tesouro do Estado, na conta 0003000-7 do Banco do Brasil.
Apesar das promessas feitas ao Dr. Nelson pelo Sr. Governador juntamente com seus assessores financeiros, de que os recursos seriam devolvidos até o final de dezembro, o mesmo não aconteceu até o presente momento.
É o que tenho a relatar.
Atenciosamente,
NEUSA SIMABUCO.

Os documentos de fls. 49/52 confirmam essa transferência, em 25.09.98, no montante de *R$ 1.700.000,00*, da *conta corrente nº 114.338-7*, que, conforme já dito, era a conta específica do *Convênio nº 2.100/97*, para a conta *corrente nº 88-368-9*, do *DOP/MS*, e, logo a seguir, para a conta corrente nº 0003000-7, que é (ou pelo menos era, à época) a conta corrente geral do Estado de Mato Grosso do Sul; e os depoimentos colhidos às fls. 970/977 ratificam a dinâmica dos fatos, conforme restou informada pela Sra. Neusa Simabuco. Aliás, as partes não dissentem quanto a esses fatos.

O MPF alega que a conduta dos réus implicou em improbidade administrativa, pois os recursos foram transferidos contra vedação expressa da lei em sentido amplo e do Convênio, e com isso a conta corrente do Convênio nº 2.100/97 deixou de receber o rendimento financeiro da ordem de R$ 145.974,46, que é o que se esperava que ocorresse, a partir da noticiada aplicação financeira em RDBs, junto ao Banco do Brasil, caso tais recursos ali permanecessem aplicados até 10/02/l999, conforme estava previsto.

Daí os pedidos de recomposição do patrimônio público (no valor de R$ 145.974,46, com juros e correção monetária) e de ressarcimento quanto ao acréscimo nos custos da obra, por conta da demora na sua execução, além da condenação dos réus por danos morais, conforme consta da petição inicial e restou referido no relatório deste ato jurisdicional.

A defesa, de seu turno, alega que não se identifica qualquer ato de improbidade administrativa na conduta dos réus, porquanto: 1) os recursos foram devolvidos, inclusive com juros, à Conta do Convênio, e integralmente aplicados na construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados, MS, que foi executada em toda a sua extensão, com o que não houve desvio de finalidade; 2) não houve "desvio de recurso em proveito próprio ou particular", com o aporte de qualquer vantagem em favor dos réus, sendo que, ao contrário disso, houve, sim, uma economia para o Estado de Mato Grosso do Sul, da ordem de R$ 5.269.650,00, por conta de renegociação do valor original da obra da Santa Casa de Dourados, feita com a empreiteira, o que, inclusive, foi a causa da demora no início da construção do Centro de Especialidades Médicas; 3) ocorreu apenas a transferência momentânea dos recursos, da Conta do Convênio, para a conta do DOP/MS e depois para a conta do tesouro do Estado – onde, inclusive, sequer foram utilizados -, retornando, esses recursos, a seguir, para

a Conta do Convênio, onde, conforme já se alegou, foram integralmente aplicados no fim a que se destinavam, o que implica em que não houve lesão ao patrimônio público; e, 4) o próprio Convênio nº 2.100/97, em seu item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da sua Cláusula Segunda, "autoriza a utilização dos recursos em finalidade diversa da contemplada", o que também isenta de ilicitude o proceder dos réus. Aliás, a "quantia em questão" sequer foi "utilizada em outra finalidade, sofrendo apenas uma movimentação financeira". A demora no retorno dos recursos à Conta do Convênio deveu-se a um bloqueio judicial ocorrido nas contas do Estado de Mato Grosso do Sul, no final de 1988, conforme ampla publicidade dada pela imprensa, na época, o que teria sido roborado "pelos depoimentos colhidos nestes autos". Não houve, assim, desvio de finalidade. A conduta dos réus seria atípica (fls. 1.315/1345).

De início, consigno que não houve, realmente, por parte dos réus, "desvio de recurso em proveito próprio ou particular", conforme alega a defesa, pois não restou provado que qualquer deles tenha auferido vantagem de ordem material, com a movimentação dos recursos (R$ 1.700.000,00), da Conta do Convênio nº. 2.100, para a conta do DOP/MS, e, depois, desta, para a conta geral do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, com o seu posterior retorno (se integral ou não, isso será decidido mais adiante) à origem. Não houve, por consequência lógica disso, segundo as provas dos autos, locupletamento ilícito de parte dos réus, o que, no jargão popular, ou mesmo da imprensa, poderia ser verbalizado pelas expressões "meter a mão"; "encher os bolsos"; "roubar"; etc.

O que ocorreu foi que, enquanto ocupantes de cargos diretivos do Poder Executivo estadual, diante de ingentes dificuldades financeiras vivenciadas pelo tesouro do Estado - em final de mandato do seu então Governador, o réu Wilson Barbosa Martins -, e confiando no recebimento de recursos advindos de repasses federais determinados pela chamada "Lei Kandir", os réus resolveram lançar mão do montante depositado na Conta do Convênio nº. 2.100/97, uma vez que a obra da Santa Casa de Dourados estava paralisada, por conta da falta de recursos (o valor de que ora se trata destinava-se apenas à construção do Centro de Especialidades Médicas daquele nosocômio) e de uma renegociação do valor global do contrato, com a empresa construtora, e a retomada dessa obra, com a construção do Centro de Especialidades Médicas (objeto do convênio) ainda teria que aguardar um pouco, na esperança de devolvê-lo à referida conta, assim que recebidos os recursos dos aludidos repasses. Daí a triangulação com a conta do DOP, relembrada no parágrafo anterior.

O MPF e seus assistentes litisconsorciais alegam que com isso houve prejuízo direto para o objetivo do Convênio nº 2.100/97, pois os recursos estavam aplicados em RDBs, junto ao Banco do Brasil, e, com a transferência para a conta do DOP, deu-se a perda dos juros dessa aplicação (que eram elevados, na época), sendo que a posterior reposição à conta do Convênio não foi integral, no que se refere a esses rendimentos (prejuízo de R$ 145.974,46), e que esses atos teriam implicado em improbidade administrativa. Além disso, a demora na realização da obra do Centro de Especialidades Médicas, por conta do ato em questão, teria implicado em "negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde", e causado prejuízo para a "Sociedade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região", a justificar o pedido de condenação dos réus em indenização por danos morais.

Conforme facilmente se percebe, sequer o autor e seus assistentes alegam que os réus auferiram alguma vantagem pessoal com tal ato. E, como o auferimento desse tipo de vantagem realmente não restou provado nos autos – é importante frisar isso, para efeito de resguardo moral dos réus -, resta eliminada a possibilidade de enquadramento da conduta dos réus nos tipos delitivos descritos no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)

- o MPF pediu o enquadramento nos artigos 10 *ou* 11 da lei de regência, mas, como é cediço, o Juízo não está vinculado à capitulação feita pelo autor ou por qualquer das partes; e, em tese, uma vez provados os requisitos necessários, poderia fazer o enquadramento nesse artigo (9º).

Colaciono julgado que respalda tal interpretação:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA.
> Com efeito, "o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo" (AgRg no REsp 1.284.020/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6/3/2014).
> Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso daquele indicado na exordial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos, não à capitulação legal conferida pelo autor da ação, uma vez que a causa de pedir firma-se na descrição dos fatos, não na sua qualificação jurídica.
> Recurso especial provido.
> RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.160 – SC (2017/1296726-2). Rel. Ministro Benedito Gonçalves, decisão de 28/02/2018, DJe de 12/03/2018.

Passo, então, a analisar os fatos em cotejo com os enquadramentos legais pleiteados/sugeridos pelo MPF.

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 está assim redigido, em seu *caput* - seguido de XXI incisos:

> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa* lesão ao erário *qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje* perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei*, e notadamente:* (Negritei).

Tal enunciado fixa os requisitos para o enquadramento de ações comissivas ou omissivas no tipo de improbidade administrativa em questão, e os 21 (vinte e um) incisos que se seguem ao *caput* são meramente exemplificativos (não se trata, portanto, de um rol *numerus clausus*), embora indutores de ênfase, através da expressão "notadamente". Assim, qualquer ação ou omissão, para ser tida como ato de improbidade administrativa, terá que causar "lesão ao erário", o que refere/implica em "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres", conforme referido na sequência (do referido tipo). E, de fato, a doutrina, em comentários ao artigo 10 da lei nº 8.249/92, chancela essa exegese. Note-se:

> O Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é bem mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direito públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao 'Tesouro Público. Marino Pazzaglini Filho, in LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA, Ed. Atlas, 3ª edição, São Paulo, SP, 2007, p. 77.

Dos incisos do artigo 10 da Lei nº 8.249/92, o que, em uma primeira análise, pareceu-me amoldar-se melhor à conduta dos réus, foi o VI, que se encontra assim redigido:

> V – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

Afinal, a transferência dos recursos, da conta do Convênio nº 2.100/97, para a conta do DOP/MS, e, depois, desta, para a conta geral do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, sem que as obras do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados tivessem sido iniciadas, em princípio, infringiu (na modalidade de "realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares"), de acordo com a linha de raciocínio do MPF e seus assistentes, os artigos 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 4320/64, bem como o artigo 167, VI, da Constituição Federal, o artigo 15, § 1º, da Instrução Normativa nº 1, de 15/01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, o artigo 165, VI, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, e, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do aludido convênio.

Porém, melhor refletindo sobre o assunto, convenci-me de que a conduta dos réus não pode ser enquadrada no artigo 10 da lei de regência, pois não restou provado nos autos que houve "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos" recursos do Convênio nº. 2.100/97.

É certo que o MPF alega ter havido um prejuízo da ordem de R$ 145.974,46, pela perda do rendimento proveniente de juros, caso o capital tivesse sido mantido aplicado em RDBs, junto ao Banco do Brasil.

Mas, mesmo após participar de toda a instrução, o ilustre membro do *Parquet*, em suas alegações finais, ao continuar sustentando que houve "o desvio dos recursos financeiros repassados ao Estado de Mato Grosso do Sul por meio do Convênio nº 2.100/97", e que isso teria causado "prejuízo ao erário", em vez de se insurgir contra a afirmação defensiva no sentido de que a aplicação foi integral e não houve dano ao objeto do Convênio e explicar onde estaria a prova ao aludido prejuízo (ao erário), apenas consignou que:

Outrossim, deve também ser reforçado que os valores ressarcidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul não abrangem a totalidade dos prejuízos determinados à União, decorrentes do não recebimento dos rendimentos das aplicações bancárias, *tal como se mostrará em sede de cumprimento de sentença*. (Negritei).

Ora. A presença de "lesão ao erário", causada por "qualquer ação ou omissão, (...), que enseje perda patrimonial", conforme já dito, é condição *sine qua non* para o reconhecimento da ocorrência de improbidade administrativa nos termos do artigo 10 da Lei nº 8.492/92; e a demonstração cabal dessa lesão, mormente quando a defesa se insurgiu a respeito e indicou prova em sentido contrário, porque consubstancia elemento essencial para a condenação dos réus, não pode ser deixada para a fase de cumprimento de sentença.

Nos autos, pela documentação de fls. 837/845, restou comprovado que o Estado de Mato Grosso do Sul devolveu à Conta do Convênio 2.100/97, em 06 (seis) parcelas, ao longo do ano de 2000, o montante de *R$ 1.940.089,80* (um milhão, novecentos e quarenta mil, oitenta e nove reais e oitenta centavos), em restituição do valor de *R$ 1.700.000,00* (um milhão e setecentos mil reais), que fora sacado dessa conta e transferido para a sua conta geral, através de operação triangular com a conta do DOP/MS. E esse valor, ao que parece, após terem sido deduzidos "os valores pagos pela SES/MS em relação às 25ª; 26ª e 27ª medições", teve as suas parcelas corrigidas "pela UFIR do mês do pagamento" e acrescidas "de juros moratórios de 1% (hum por cento) ao mês, contados a partir do mês de janeiro de 2000", conforme estabelecido no item "b" das medidas recomendadas pelo Ministério da Saúde através do OFÍCIO/FNS/SE/MS Nº 11.281, de 20 de dezembro de 1999, com cópia à fl. 845. Com isso, mesmo desconside-

radas as deduções de três medições, anteriormente referidas (a documentação não é clara a respeito de se houve realmente essa dedução), o valor devolvido representa um acréscimo de *R$ 240.089,89*, em relação ao valor inicialmente retirado da Conta do Convênio, o que, embora não haja uma perfeita correlação em termos de lapso temporal entre o período de contagem de juros reclamado pelo MPF e aquele considerado no cálculo do valor dessa restituição, até supera o valor pleiteado nesta ação (*R$ 145.974,46*).

Considero, ainda, para reconhecer que a devolução foi integral, inclusive em termos de rendimentos de juros: *1*) que os seus parâmetros foram fixados pelo Ministério da Saúde (fl. 845), e obedecidos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o que afasta a possibilidade de ter havido potestatividade em favor deste (de MS); *2*) que a prestação de contas do Convênio foi aprovada, tanto pelo Ministério da Saúde (fls. 838-845), como pelo Tribunal de Contas da União (fls. 498-504); e, *3*) que o MPF e seus assistentes não desenvolveram, em suas alegações finas, argumentação contrária à alegação da defesa no sentido de que os recursos do Convênio foram integralmente devolvidos e aplicados no fim a que se destinavam, o que representa concordância tácita.

No entanto, mesmo não tendo havido "lesão ao erário", por "perda patrimonial" em desfavor da União, é certo que, ao sacarem da Conta específica do Convênio, a importância de R$ 1.700.000,00, transferindo-a, indevidamente - uma vez que a construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados ainda não tinha sido iniciada, e, portanto, não se tratava de pagamentos de medições dessa obra -, para a conta geral do Estado de Mato Grosso do Sul, através de triangulação com a conta do DOP/MS, os réus desrespeitaram a legislação de regência, em especial, a Cláusula Segunda, II, 2.2., do Convênio nº 2.100/97, que, sim, previa a aplicação dos "recursos recebidos do MINISTÉRIO, a contrapartida *e os rendimentos auferidos das aplicações financeiras*, exclusivamente na consecução do objeto previsto pactuado" (fl. 128/negritei).

Nesse contexto, não se pode esquecer que, dentre os princípios elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal - CF, a Administração Pública deve observância aos da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, mesmo que, após alguns meses, os recursos em questão tenham sido devolvidos à Conta do Convênio e integralmente aplicados na obra, exatamente durante esse período eles não estivem a disposição do fim a que se destinavam e rendendo juros enquanto essa aplicação não fosse possível. Ademais, a ação dos réus colocou em risco a devolução de tais recursos (os percalços havidos nesse sentido são prova disso) e minou a credibilidade da Administração Pública, exatamente por desrespeitar o princípio da legalidade (o que provavelmente chegaria ao conhecimento do público pelo dever da publicidade), vulnerando, assim, as expectativas de que a ação do Estado se dê de acordo com os regramentos da moralidade e da eficiência.

Considero, ainda, que os réus estavam perfeitamente cientes da ilicitude (*lato sensu*) do ato que estavam praticando, pois, certamente com a intenção de dar uma aparência de legalidade a esse agir, preferiram fazer a triangulação com a conta do DOP/MS (muito provavelmente na esperança de que as obras do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados logo fossem iniciadas e, assim, não houvesse necessidade de retorno dos recursos à conta do Convênio nº 2.100/97, legitimando-se, aparentemente, o ato em questão, pela modalidade de repasses/pagamentos de medições), em vez de simplesmente fazerem a transferência direta dos recursos para a conta geral do Estado de Mato Grosso do Sul, o que elimina a possibilidade de acolhimento da alegação de se tratar de mera "movimentação financeira".

A economia de R$ 5.269.650,00, obtida com a renegociação geral do valor (custo) da obra da Santa Casa de Dourados, alegada pela defesa, embora louvável, do ponto de vista de

eficiência da Administração Pública estadual, não serve para legitimar a ação dos réus, pois os recursos dos repasses da União deveriam ter ficado aplicados na Conta do Convênio nº 2.100/97, rendendo juros, conforme previa a Cláusula Segunda do ajuste. Aliás, essa negociação, porque, ao que parece, foi o principal motivo para a demora no início da construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados, até legitimava a não aplicação momentânea dos recursos no fim a que se destinavam e a aplicação financeira junto ao Banco do Brasil, de onde eles não deveriam ter sido retirados.

A alegação defensiva de que o item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da Cláusula Segunda do Convênio, "autoriza a utilização dos recursos em finalidade diversa da contemplada", a toda evidência, não procede.

Primeiro, porque, como também é cediço, enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíba, a Administração Pública deve fazer apenas aquilo que a lei manda. No presente caso, além das vedações legais lembradas pelo MPF, a "lei" do Convênio previa que os recursos deveriam ficar aplicados em conta específica junto ao Banco do Brasil, recebendo juros, e isso foi desrespeitado pelos réus. E, *segundo*, porque o item 2.10 c/c o subitem 2.10.3 da Cláusula Segunda do Convênio apenas fixa a obrigação de a Secretaria de Estado de Saúde do Mato Grosso do Sul (enquanto parte signatária do ajuste), em havendo aplicação "em finalidade diversa da estabelecida" (como de fato houve), "restituir (à União, também parte signatária do Convênio) o valor transferido, acrescido de juros legais, na forma da legislação aplicável aos débitos para com a Fazenda Nacional, a partir da data de seu recebimento".

Conforme se pode perceber, não se trata de uma autorização para aplicação dos recursos do Convênio em finalidade diversa daquela prevista no seu instrumento formal, mas apenas de um reforço quanto à obrigação legal e lógica de restituição dos valores repassados, em caso de utilização em finalidade "diversa da estabelecida", o que não afasta a possibilidade de reconhecimento de improbidade administrativa com essa prática.

Portanto, no presente caso a lesão se verificou em relação à credibilidade que se espera no agir da Administração Pública, e isso representa dano ao patrimônio público – este, a consubstanciar bem jurídico mais amplo do que o erário, conforme se extrai do lúcido escólio de Marino Pazzaglini Filho, anteriormente colacionado -, e é alcançado pelo disposto no artigo 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Note-se:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, *legalidade* e lealdade às instituições, e notadamente:
> I – *praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*; (Negritei).
> (...).

O ato dos réus, conforme já restou reconhecido, ao desrespeitar a lei em sentido amplo e ao disposto no item 2.10, c/c o subitem 2.10.3, ambos da Cláusula Segunda do Convênio, implicou em quebra do princípio da legalidade, a configurar improbidade administrativa.

Quanto às penalidades a serem impostas aos réus, o artigo 12, III, da Lei nº 8.429/90 as elenca de forma genérica, para casos de infringências ao artigo 11 dessa lei, mas em seu *caput* prevê que elas poderão "*ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*" (negritei), o que dá ao magistrado maior espaço interpretativo em termos de correlação e gradação das reprimendas em relação aos fatos, e, consequentemente, melhores condições de fazer justiça no caso concreto.

Tais penalidades são as seguintes:

> III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritários, pelo prazo de três anos.

A penalidade de "ressarcimento integral de dano, se houver", parece-me ser aplicável apenas em se tratando de dano patrimonial (ao erário), pois só esse tipo de dano pode ser integralmente ressarcido.

Como no presente caso restou reconhecido apenas dano à imagem da Administração Pública, por desrespeito ao princípio da legalidade, não há que se falar em ressarcimento integral, até porque não se tem a extensão financeira desse dano – que é de difícil ou mesmo de impossível mensuração.

O pagamento de multa civil "de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente" também está atrelado ao dano material, até por necessidade de um parâmetro para sua quantificação - se o agente causou dano patrimonial, deve sofrer sanção proporcional e da mesma natureza.

Como no presente caso não se reconheceu "dano ao erário", esse tipo de penalidade representaria rigor excessivo; e por isso deve ser evitado; o que é possível com base na avaliação da "gravidade do fato", que consta da parte final do *caput* do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Restam as penalidades de "suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos" e de "proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos", que, por estarem previstas em lei e se amoldarem à conduta dos réus, podem e devem ser aplicadas aos mesmos.

A culpabilidade dos réus restou bem delineada no relatório feito pela servidora Neusa Simabuco (fls. 47/48), anteriormente transcrito, onde essa servidora descreve a atuação de cada um deles, dentre os presentes na reunião havida em 24 de setembro de 1988, no Gabinete do então Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul, Sr. José Ancelmo dos Santos, para tratar da transferência de recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, e ao final arremata: "Apesar das promessas feitas ao Dr. Nelson pelo Sr. Governador juntamente com seus assessores financeiros, de que os recursos seriam devolvidos até o final de dezembro, o mesmo não aconteceu até o presente momento".

Com isso provou-se a consciência e mesmo a participação ativa, quanto aos fatos, do réu Wilson Barbosa Martins, então Governador de Mato Grosso do Sul, que não esteve presente na aludida reunião.

Portanto, dos pedidos feitos na inicial, o de nº *1*, de recomposição do patrimônio público, no montante de *R$ 145.974,46*, com os acréscimos indicados, conforme consta do relatório deste *decisum*, deve ser julgado *improcedente*, por se tratar de recomposição material (financeira) e porque não se reconheceu ter havido dano ao erário.

Passo a tratar do pedido de nº *2*, de condenação dos réus a arcarem com "os valores *a serem apurados* (...), sobre os acréscimos dos custos da obra, oriundos da demora da (sic) construção do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados", por conta da transferência indevida dos recursos que se encontravam depositados na conta do Convênio nº

2.100/97 e aplicados em RDBs. (Negritei).

Aqui, além de o MPF e seus assistentes não terem conseguido provar a ocorrência de tais acréscimos no custo da obra - "a serem apurados" -, a exemplo do que ocorreu com a alegação de dano ao erário, é de se considerar a existência de certa incongruência argumentativa entre os fundamentos desse pleito e os do pedido de condenação dos réus ao ressarcimento do prejuízo de R$ 145.974,46, por conta da movimentação indevida dos recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, com a perda dos juros da aplicação financeira sob a qual eles encontravam no Banco do Brasil.

É que, se os recursos do Convênio se encontravam aplicados a tempo certo, e se o MPF reclama os juros da aplicação durante esse período, por raciocínio lógico, não se pode considerar o interregno dessa aplicação como atraso da obra. Se os RDBs iam se vencer dali a alguns meses, por certo que a obra do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados não reunia condições de ser iniciada imediatamente, e isso, inclusive, é corroborado pela afirmação dos réus (que não foi rebatida pela parte autora) no sentido de que tal impossibilidade se dava em função de negociação, que se desenvolvia com a empresa empreiteira da obra geral (do Hospital da Santa Casa de Dourados, onde se inseria referido Centro de Espacialidades), visando baixar o custo geral da obra, na qual se conseguiu uma redução da ordem de R$ 5.269.650,00.

Assim, além de não restar provado que houve custo adicional na obra do Centro de Especialidades Médicas, por conta de atraso no início da obra física - causado, este, de ser turno, pela movimentação indevida de recursos da Conta do Convênio nº 2.100/97 -, não se provou que efetivamente ocorreu esse atraso, considerada a possibilidade real de inicio dos trabalhos da empreitada, uma vez que os recursos estavam aplicados em ativo financeiro.

Por fim, quanto a esse aspecto, ainda que, em tese, tenha havido algum atraso efetivo no início da construção do Centro de Especialidades Medicas, por conta da movimentação indevida de recursos feita pelos réus, e que isso tenha causado um acréscimo no custo dessa obra (o que, conforme referido, não foi provado), aqui sim é de se considerar que a redução de R$ 5.269.650,00, conseguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul (que era gerido, grosso modo, pelos réus), compensou largamente esse acréscimo, uma vez que tal redução de custos, por se referir à obra maior, de Construção do Hospital da Santa Casa de Dourados, por certo teve reflexos no custo da obra menor, do referido Centro de Especialidades, que nela estava inserida.

Assim, esse pedido também deve ser julgado *improcedente*.

O pedido de nº *3*, de aplicação individual das sanções previstas pelo artigo 12, II ou III, da Lei nº 8.429/92, conforme já referido, deve ser julgado *em parte procedente*, para o fim de se aplicar aos réus as penalidades de "suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos" e de "proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos", nos termos do inciso III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Nesse contexto, consideradas, a ausência de dolo de parte dos réus, no sentido de auferir proveito próprio, com a transferência indevida de recursos do Convênio nº 2.100/97, e, bem assim, a efetiva ausência de prejuízo ao erário público, tenho que a primeira dessas penalidades (de suspensão dos direitos políticos) deve ser aplicada no mínimo legal (prazo de três anos), sendo que a segunda e última (de proibição de contratar com o Poder Público ...), por referir prazo único (três anos), não comporta gradação.

Resta o pedido de condenação dos réus em indenização por dano moral causado "à So-

ciedade do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente a de Dourados e Região", por conta da movimentação indevida dos recursos da conta do Convênio nº 2.100/97, que teria implicado em "negação, aos cidadãos sul-mato-grossenses, do direito fundamental de acesso à saúde".

Esse pedido também é *improcedente*. *Primeiro*, porque não se reconheceu atraso na obra do Centro de Especialidades Médicas da Santa Casa de Dourados por culpa exclusiva da movimentação indevida feita pelos réus; e, *segundo*, porque não se provou ter havido negação "do direito fundamental de acesso à saúde". Afinal, os necessitados de serviços de saúde na cidade de Dourados e região por certo continuaram a ser atendidos pelo sistema hospitalar e clínico até então ali existente, e o alegado atraso no início da obra do Centro de Especialidades Médicas (que não foi provado), se de fato ocorreu, representou apenas o adiamento de uma expectativa de melhoria nesses serviços, que, como se sabe, além de não ser certa (muitas vezes, apesar de se ter um prédio novo, a qualidade dos serviços não melhora), não depende apenas de obras físicas, mas de vários outros fatores, tais como de recursos materiais e humanos, que não se sabe se seriam imediatamente ali alocados.

Considerando que, inobstante os pedidos materiais da presente ação devam ser julgados parcialmente procedentes, não houve condenação dos réus em desembolso material, e, consequentemente, não se tem um "valor da condenação", não há que se falar em condenação em honorários advocatícios "sobre o valor atualizado da causa", nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC - até porque, apesar de o MPF ter alegado um prejuízo ao erário da ordem de *R$ 145.974,46* (fl. 15), deu à causa o valor de *R$ 1.845.974,46* (fl. 45), o que faz com que uma condenação sucumbencial com base nesse dispositivo da lei processual (artigo 85, § 2º do CPC) fatalmente levaria a honorários advocatícios maiores do que o valor principal reclamado.

Assim, na falta de um parâmetro normativo que melhor se amolde à situação dos autos, os honorários sucumbenciais deverão ser fixados de forma equitativa pelo Juízo, com base no que dispõe o § 8º do artigo 85 do CPC, uma vez que, apesar de não ter havido proveito econômico em favor dos réus (menor do que "irrisório"), ocorreu infringência ao princípio da legalidade.

Diante do exposto, julgo *parcialmente procedentes* os pedidos materiais da presente ACP, para *condenar* os réus por atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº. 8.429/92, aplicando-lhes, individualmente, as seguintes penas do artigo 12, III, dessa lei: *1*) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos; e, *2*) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Custas, nos termos da lei. Condeno os réus ao pagamento de honorários advocatícios que equitativamente fixo em *R$ 500,00* (quinhentos reais), *para cada um deles*, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Campo Grande, MS, 13 de setembro de 2018.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
0007417-57.2010.403.6103

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL
Réus: PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE CARAGUATATUBA-SP, OCUPANTES DOS QUIOSQUES E ASSOCIAÇÃO DOS QUIOSQUES DE CARAGUATATUBA - AQC
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2018

I – RELATÓRIO

Tratam-se de ações civis públicas (autos Nº 0007417-57.2010.403.6103 E Nº 0002255-47.2011.403.6103) *e de* ação popular (autos Nº 0004036-07.2011.4.03.6103) *propostas perante este Juízo Federal, em que figuram nos* pólos ativo e passivo *as sobreditas* partes*, referentes aos* quiosques *situados na orla do* Município da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP*, em sua* faixa litorânea compreendida entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê*, em que se pretende, em síntese, a* condenação dos réus *a* obrigações de fazer e de não fazer*,* sob pena de multa diária *em caso de descumprimento, consistentes em:*

(i) demolição das edificações relativas aos quiosques, a *retirada dos entulhos e materiais* eventualmente depositados na área protegida, bem como a *retirada das espécies exóticas* introduzidas na área, e *restauração integral das condições primitivas da vegetação e solo da zona costeira*;

(ii) cessação de atividade degradadora do meio ambiente, com a *paralisação imediata e integral* de toda a *atividade de corte de vegetação, aterramento, edificação, impermeabilização, introdução de espécies exóticas*, ou *qualquer outra geradora de poluição*, inclusive visual, *proibindo-se qualquer ocupação na área em questão*, sob pena de *pagamento de multa diária*;

(iii) elaboração e apresentação aos órgãos ambientais competentes (IBAMA e CETESB) de projetos de recuperação dos ecossistemas degradados, por *técnico habilitado (engenheiro agrônomo ou florestal)*;

(iv) não expedição pelo Município de Caraguatatuba-SP de alvarás de funcionamento, em favor das supostas fontes poluidoras, bem como de *não concessão de permissões de uso das áreas de domínio da União*;

(v) declaração da inconstitucionalidade do *Decreto Municipal nº 181, de 30 de Dezembro de 1992*, bem como da *ilegalidade das permissões* concedidas.

Em sede de *pedido de medida liminar (Lei nº 7.347/1985, art. 12 e Lei nº 4.717/1965, art. 5º)*, sob alegação de *grave risco de dano* irreversível ao *meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio público (fumus boni iuris e periculum in mora)*, se pretende a *ordem de embargo judicial*, sob *pena de multa diária* em caso de descumprimento, a partir das seguintes providências:

a) a imposição de *obrigação de não fazer* para *não serem realizados outros cortes de vegetação, aterramentos, edificações, ou reformas e ampliações dos quiosques*, bem como *não introdução de novas espécies exóticas*;

b) a imposição de *obrigação de fazer* para *desativação de todos os quiosques*, bem como *barracões e boxes* construídos;

c) suspensão das outorgas e permissões de uso e *vedação de novas outorgas de permissão* do *uso de áreas da União ou públicas (praia), ou renovações*, bem como de *alvarás de funcionamento* das alegadas fontes de poluição localizadas na área em questão;

d) expedição de mandado de constatação da *situação dos quiosques* por Oficial de Justiça, e

e) colocação de placa informativa em local visível, acerca da *ordem de embargo judicial* em razão de desconformidade com a legislação ambiental vigente.

Nos termos de *decisão* proferida por este Juízo Federal (fls. 947, 841 e 370), no propósito de se *otimizar o regular processamento*, foi determinada a *reunião dos feitos em razão de conexão (CPC, arts. 54 a 59)*, em virtude de se tratarem de *ações envolvendo partes em comum*, referentes à *ocupação pelos quiosques situados na orla do Município de Caraguatatuba-SP*, tendo portanto *idênticas causas de pedir* e *pedidos similares*, visando em síntese a *demolição dos quiosques* e *imposição de obrigações de fazer e de não fazer diversas em face dos réus.*

O *apensamento* de referidas *ações civis públicas (autos nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103) e da ação popular (autos Nº 0004036-07.2011.4.03.6103)* atende à *previsão da lei processual civil (CPC, art. 54, § 3º)*, sobretudo para se *afastar nocivas decisões conflitantes ou contraditórias* e a *indesejada insegurança jurídica* entre feitos decorrentes da *mesma situação de fato*, motivo pelo qual será *tomado em consideração todo o conjunto probatório* produzido para fins de *julgamento em conjunto das ações a partir da presente sentença em comum.*

Com efeito, apesar de se tratarem de *ações civis com natureza e ritos diversos (ações civis públicas e ação popular)*, após decorrido *tempo considerável desde sua propositura (em 2010 e 2011)*, por *razões diversas* - inclusive *reiterados pleitos de suspensão do Ministério Público Federal e Município de Caraguatatuba* -, no *atual estágio de tramitação* as ações se encontram na *mesma fase processual*, após superada as *fases postulatória* e de *produção de provas*, com *plena oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes bem representadas*, sendo *razoável e oportuno o julgamento das ações em conjunto*, sobretudo por *não se vislumbrar qualquer prejuízo às partes (princípio do pas de nullite sans grief)*, pelo contrário, no *firme propósito deste Juízo Federal de se otimizar o tempo e os atos processuais* e se *afastar a insegurança jurídica*, observado o *princípio da economia processual* e da *duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).*

Conforme *petições iniciais* e *manifestações* que instruem os respectivos feitos, narra-se, em síntese, que:

A) AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0007417-57.2010.403.6103:

Após o trâmite de *Inquérito Civil nº 12/03* junto a *Promotoria de Justiça Regional do Meio Ambiente*, instaurado mediante provocação da *Sociedade Amigos do Jardim Adalgisa*, onde se apuravam os *danos ambientais* resultantes da inserção de diversos *quiosques ao longo da Praia da Cocanha*, tendo se verificado poluição da área de praia decorrente da carência de coleta adequada dos resíduos gerados pelos quiosques, e dano à paisagem, tendo em vista a existência de diversas construções na orla da praia e sua volumetria, considerando que a área esta localizada entorno do Parque Estadual da Serra do Mar, tombada pelo CONDEPHAAT.

Salienta o *comportamento omissivo/comissivo do Município de Caraguatatuba*, quanto ao cumprimento de suas *obrigações constitucionais com o meio ambiente*, uma vez que, ciente dos diversos problemas apresentados na ocupação da orla da Praia da Cocanha, *não teria adotado as providencias necessárias para cessar os danos.*

Informa ainda, que o réu "*colabora diariamente para que tal situação se agrave ainda mais*", tendo em vista *a concessão de alvarás de funcionamento*, bem como a *realização de edificações sem oitiva da União e dos órgãos ambientais competentes*, sendo que encontram-se em *área que goza de especial proteção ambiental, a RESTINGA (Resolução CONAMA nº 303/2002).*

O autor não precisou a data em que os quiosques foram edificados na *Praia da Cocanha*, mas informa que, segundo o *Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais – DEPRN*, até o ano de 2001 as estruturas não haviam sido edificadas, também não sabem ao certo quantas estruturas fixas estão edificadas na área atualmente, no entanto, também conforme DEPRN, existem 10 (dez) quiosques e 5 (cinco) barracos de madeira.

Além das construções mencionadas, houve ainda edificação de alvenaria para uso dos *Maricultores e Pescadores da Praia da Cocanha*, construída sem autorização e em área de preservação permanente, o que teria sido confirmado pelo IBAMA.

Segundo o autor, conforme consulta ao *CONDEPHAAT*, verifica-se que o órgão "*não anuiu com tais construções, como ainda, antes mesmo da requerida construir a edificação já referida para os Maricultores e Pescadores, solicitou informações sobre tais ocupações e, também, determinou a redução de tais construções*" (fl. 07).

Afirma que a *proteção ao meio ambiente foi totalmente desprezada pelo Município de Caraguatatuba*, tendo em vista que a *Vigilância Sanitária do Município*, bem como o *Núcleo Regional de Saúde*, teriam sido categóricos em afirmar os problemas constatados na coleta e tratamento dos resíduos gerados nos estabelecimentos.

Quanto à *poluição sonora*, relata que os quiosques foram denunciados constantemente pela Sociedade Amigos do Jardim Adalgisa e que não há necessidade de realização de pericias, pois verifica-se que os quiosques não possuem ambientes adequados para tanto, "*como se realizar a necessária vedação para a contenção dos ruídos?*" (fl. 08).

Conclui que os *danos ao meio ambiente* resultantes das atividades dos quiosques seriam: a) Ocupação, com aterramento e construção em *área de preservação permanente*; b) *Introdução de espécies exóticas* (chapéu de sol) que *prejudica e impede o desenvolvimento da vegetação natural* da área; c) Dano paisagístico; d) Poluição sonora; e, e) p*oluição do solo e das aguas* em razão do *tratamento inadequado dos resíduos gerados.*

Acerca dos *danos à saúde pública e as relações de consumo*, informa a parte autora que o Município de Caraguatatuba concede *alvarás de funcionamento a estabelecimentos que contrariam normas relativas a saúde pública*, uma vez que nas vistorias realizadas por técnicos do *Núcleo Regional de Saúde constatou*-se, em resumo, que:

- os estabelecimentos foram *planejados para exercerem atividade de quiosque de praia*, mas ao longo do tempo acumularam serviços próprios de *restaurante*, tornando a área física *insuficiente para a realização das tarefas, não possuindo dimensão adequada para desenvolver o fluxo compatível para a manipulação correta de alimentos.*
- os estabelecimento não apresentam tela de proteção contra roedores e insetos e os ralos existentes encontravam-se sem proteção;
- ausência de lavatório exclusivo para a lavagem das mãos;
- ausência de caixas de gordura necessárias à atividade;
- tubulação hidráulica e elétrica encontrar-se visível na superfície da areia, apresentando rachaduras, tornando o sistema inoperante, uma vez que as aguas que deveriam estar contidas extravasam para a areia (...) (fl. 08/09).

Já o *Serviço de Vigilância Municipal* teria constatado que muitos dos *quiosques utilizam agua de poço, sem regularização aos órgãos competentes*, e que alguns dos quiosques *não dispõem de banheiros para os clientes e funcionários*. Também houve verificação pelo *Corpo de Bombeiros* de *irregularidades no funcionamento das atividades dos quiosques*, e, mesmo após comunicação formal, não foram adotadas medidas pertinentes à cessação do perigo à saúde pública.

Ainda, conforme documento enviado pelo *Serviço de Patrimônio da União – SPU*, as construções encontram-se em *área da União* e *não estão regularizados junto ao patrimônio da União*, e, como se não bastasse, o *Município de Caraguatatuba se legitimaria como possuidor da área da União*, utilizando-se do *Decreto Municipal nº 181, de 30 de dezembro de 1992*, onde esta prevista a outorga de permissão de uso de áreas compreendidas na faixa de praia localizada entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê.

Sustenta a *responsabilidade do Município de Caraguatatuba* para a *reparação integral de todos os danos*, pois além de tê-los causado diretamente, *autoriza e tolera o funcionamento de fontes altamente poluidoras*, assim, tais iniciativas não podem restar sem a devida resposta, sob pena de incrementar a sensação de impunidade que permeia a sociedade.

Argumenta a parte autora que é *obrigação da parte ré fiscalizar e adotar todas as providências administrativas e judicias* que estiverem ao seu alcance, visando conferir *credibilidade às atividades em funcionamento* no território municipal, bem como *evitar atividades que causem dano ao patrimônio público e a vida das pessoas*.

B) AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0002255-47.2011.403.6103:

Conforme apurado a partir do *Inquérito Civil sob o nº 02/07*, os réus *ocupam irregularmente* e *poluem área de preservação permanente*. Instaurado o *procedimento investigatório*, em razão de inspeções realizadas na *Praia de Massaguaçu* pela *Vigilância Sanitária do Núcleo Regional de Saúde de Caraguatatuba – DIR XXI – São José dos Campos*, onde constatou-se as seguintes *deficiências sanitárias*: *a)* ausência de compartimentos e itens imprescindíveis; *b)* armazenamento inadequado dos produtos refrigerados ou não; *c)* dificuldade de proceder limpeza eficaz do estabelecimento devido a natureza do material empregado na construção, e *d)* dificuldade de proceder limpeza e organização no estabelecimento, pelo fato de abrigar em seu interior objetos não pertinentes.

Com a inspeção e verificadas as variadas inadequações, concluiu a Vigilância Sanitária que nenhum dos quiosques assegura a elaboração de alimentos em condições sanitárias satisfatórias, tendo sido estes posteriormente notificados pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba a proceder ao fechamento.

Informa, ainda, que dos 9 (nove) quiosques, apenas 5 (cinco) possuem inscrição municipal (os de número 04 a 08).

Argumenta o autor sobre a *responsabilidade civil e reparação dos danos ecológicos* por parte dos réus, na forma do *art. 14, § 1º, c/c art. 4º, inciso VII, da Lei Federal n.º 6.938/81*.

Com relação à *proteção da zona costeira*, menciona o disposto na *CF, art. 225, § 4º*, bem como o *art. 6º § 1º da Lei n.º 7.66/88*, que institui o *Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro*.

Faz menção ao *uso e acesso às praias*, salientando que o meio ambiente é um *bem de uso comum do povo*, conforme esclarece a *CF, art. 225*, bem como *art. 6º e seu §1º, da Lei 7.661/88*.

Por fim, salienta a ocupação dos réus *em área de preservação permanente (restinga),* conforme disposição expressa da *Resolução CONAMA nº 303, de 20 de março de 2002*.

C) AÇÃO POPULAR nº 0004036-07.2011.4.03.6103:

Ação popular em que se pretende que sejam tomadas as *providencias necessárias e legais* quanto aos *ocupantes irregulares da área compreendida entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê*, com remissão à ação direta de inconstitucionalidade nº 176612-03/TJSP, que teria anulado as permissões concedidas e determinado a realização de licitações para ocupação dos imóveis existentes entre o Rio Tabatinga e o Rio Juqueriquerê, declarando ainda a inconstitucionalidade do Decreto Municipal n.º 181, de 30/12/1992.

Com fundamento ao art. 37 da Constituição Federal, sustenta o descaso quanto aos seguintes princípios: *(i) princípio da legalidade*, ante a omissão em deixar os quiosques/restaurantes funcionarem sem o devido *Alvará de Licença e Funcionamento*; *(ii) princípio da impessoalidade*, quando trata os referidos estabelecimentos comerciais diferentemente dos demais comércios da cidade, deixando de cobrar as *taxas e tributos devidos*; *(iii) princípio da moralidade*, tendo em vista o não cumprimento do *acórdão TJSP*, quanto a abertura de procedimentos licitatórios; e *(iv) princípio da eficiência*, vez que não adotadas as *medidas legais para a solução de* questões públicas, ocupação irregular das praias com edificações de concretos.

No curso da tramitação dos feitos houve *contestações*, *manifestações* e *informações complementares* pelas partes e órgãos públicos, cujas *razões* serão devidamente enfrentadas quando dos *fundamentos jurídicos* que seguem.

Foram proferidas *decisões* nos autos em *apreciação aos pedidos de liminar* formulados pelas partes, tendo sido indeferido o pedido de liminar na *Ação Popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103 (fl. 46/47)*, e deferido em parte o pedido de liminar na *Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (fl. 540/542)*.

O *Ministério Público Estadual e Federal* interviu nos feitos, ora como *parte*, ora como *custos legis (fiscal da lei)*, conforme *previsão legal (Lei nº 7.347/1985, art. 5º, § 1º e Lei nº 4.717/1965, art. 6º, § 4º)*.

No *regular trâmite dos feitos*, em que se verificou *devidas intimações das partes* para *manifestações acerca dos elementos de prova* acostados aos autos, *por mais de uma vez este Juízo Federal ofereceu oportunidades de resolução das controvérsias a partir da conciliação (CPC, art. 139, inciso V), sem que tivesse havido êxito*, inclusive com *registro nos autos* no sentido de que *as partes "não estão afastadas de alcançarem uma solução extrajudicial para a controvérsia, independentemente da fase em que se encontre o trâmite processual"*, através da "*continuidade das tratativas e tentativas de solução consensual à controvérsia pelas partes, sem que haja o sobrestamento do feito*" (fls. 947, 841 e 370 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), o que, contudo, *não se verificou até o presente momento processual.*

Pelo *Ministério Público Federal* foram prestadas *reiteradas informações* no sentido de que a questão em debate tem sido objeto de *atuação conjunta* entre o Ministério Público Federal e o Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente do Ministério Público Estadual – GAEMA perante as Prefeituras Municipais, inclusive com trabalhos em torno de minutas de Termos de Ajustamento de Condutas – TACs *(Inquérito Civil nº 1.34.014.000054/2010-62), sem que, contudo, tivesse sido trazido a este Juízo Federal qualquer informação acerca de êxito na busca de solução extrajudicial* para a questão dos *quiosques situados na orla dos Municípios do Litoral Norte do Estado de São Paulo.*

Em sede de *especificação de provas*, restou consignado no feito que "o *Ministério Público Federal entende desnecessária a produção dessas provas [prova testemunha e pericial]*, eis que a *matéria debatida nesses autos é puramente de direito*" (fl. 854-v).

Em saneamento, por este Juízo foi proferida *decisão* nos respectivos autos *em 22/02/2017,*

em que se determinou:

> (...) Assim, em prosseguimento, já superada a fase postulatória, intimem-se as partes e a União para que apresentem suas alegações finais, especificando eventuais outras provas que pretendam produzir, de forma justificada sobre a efetiva necessidade e utilidade da prova para o deslinde da ação, sob pena de preclusão. Prazo: 10 (dez) dias.
> Oficie-se à SPU, IBAMA e CETESB para que, a partir das vistorias necessárias, sejam prestadas as informações atuais acerca da situação em geral da ocupação dos quiosques objeto destes autos (v.g. área de praia, área de preservação permanente, terreno de marinha etc.), bem como sobre a possibilidade ou não de sua efetiva regularização, com informações sobre os requisitos, prazos e eventuais propostas quanto à forma de regularização. Prazo: 30 (trinta) dias. (...). (fls. 947, 841 e 370).

Após transcorrido *lapso temporal mais que razoável* desde a ordem de intimação às partes e ofícios aos referidos órgãos públicos – *mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses* –, houve algumas *manifestações das partes* e *informações técnicas (CETESB, de 24/05/2017* – fl. 959 e *IBAMA, de 08/08/2018* – Fl. 1116 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), verificando-se, contudo, *nociva inércia da União (SPU) (Fl. 1108 e 1112/1114) no efetivo atendimento à ordem judicial*, sobretudo para *informações técnicas complementares* à instrução dos feitos.

Por oportuno, pelo próprio *Ministério Público Federal* foi asseverado nos *autos de ACP nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal)* no sentido de que a "*obtenção de um acordo, este não se mostrou viável, impondo-se o prosseguimento do processo até o seu final julgamento*":

> (...) foram feitas diversas tratativas com a municipalidade e com a Secretaria de Patrimônio da União, na tentativa de se alcançar um modelo de regularização da ocupação dessas áreas federais (chamado "Projeto Orla"), através da formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta. Todavia, após decorridos vários meses, não houve avanço significativo que justifique o prolongamento da suspensão processual das ações acima citadas, devendo, portanto, prosseguir as ações, até final provimento jurisdicional (Fl. 854).
> ...
> (...) os sucessivos sobrestamentos dos autos não foram suficientes para que a Prefeitura de Caraguatatuba concluísse a regularização da orla ou demonstrasse o cumprimento das medis necessárias à continuidade do Projeto Orla. Como se vê, apesar de todo o temo de esforço do MPF na obtenção de um acordo, este não se mostrou viável, impondo-se o prosseguimento do processo até o seu final julgamento. (Fl. 984 – Grifo nosso).

Por conseguinte, foi determinada a *conclusão dos autos para sentença*, sobretudo em observância ao *princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inciso LVIII)* e da *necessidade de se efetivar a entrega da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV)*, afastando-se desta maneira a *insegurança jurídica* e a *prejudicial indefinição* acerca da matéria por parte do *Poder Judiciário.*

É, em síntese, o relatório. Fundamento, e decido.

II - FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II. 1 — PRELIMINARES

II.1.1 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A *competência* é pressuposto (processual positivo de validade) indeclinável para o exercício da *jurisdição*. Ao estabelecer a *competência (absoluta) da Justiça Federal*, dispõe a *Constituição Federal*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...).

Sendo a *União* "*interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente*", como ocorre no presente caso, a *competência é da Justiça Federal.*

II.1.2 – LITISCONSÓRCIO PASSIVO

Em decorrência:

(i) do *contexto fático probatório* que ensejam os presentes feitos, que envolvem *direitos e interesses* relativos aos *ocupantes dos quiosques situados na orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba*;

(ii) considerando a *manifestação da Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC* acostada à *ACP nº 0007417-57.2010.403.6103* (fl. 1006/1015), possuindo dentre suas *"finalidades"*, conforme *Estatuto Social,* a "*REPRESENTAÇÃO GERAL da categoria econômica dos proprietários de QUIOSQUES, similares e barracas situados na Orla Marítima de Caraguatatuba*" (Fl. 1019), e, sobretudo,

(iii) sua *ciência dos termos e documentos do processo (CPC, art. 9º)*, tendo *exercido* seu *direito ao contraditório* e à *ampla defesa* e estando *bem representados para "intervenção nos autos dos processos nº 0007417-57.2010.403.6103, 0002255-47.2011.403.6103 e 0004036-07.2011.403.6103"* conforme documentos representativos dos autos (fl. 1016/1034), em que se *requer inclusive "sustentação oral anterior a eventual julgamento da lide"* (fl. 1015),

Ficam incluídos *de ofício* os *ocupantes de quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba* e a *Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC* como *partes em litisconsórcio passivo* nos autos da *Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103*, para todos os *efeitos processuais.*

II.1.3 - PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA – LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA LIDE

O autor deduz, na inicial, o *objeto litigioso*, enquanto o réu fixa os *pontos controvertidos*, de fato e de direito, conforme art. 324 do CPC de 2015:

> Art. 324. O pedido deve ser determinado.

E o art. 141 do CPC de 2015, com efeito, dispõe que:

> Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Embora *questões processuais* diversas possarm ser alegadas pelas partes, o *julgamento está adstrito aos limites objetivos e subjetivos da lide*, fazendo *coisa julgada erga omnes (para todos)*, nos *limites da competência territorial regional* deste *Juízo Federal (Lei nº 7.347/1985, art. 16 c/c Lei nº 8.078/1990, art. 93, inciso I).*

Por conseguinte, as *presentes ações não se prestam para declarar a posse ou propriedade dos réus sobre os quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP*; *não se prestam a demarcar a faixa de terrenos de marinha*; *não se prestam para apurar eventual delito am-*

biental, e não se prestam para definir as medidas exatas do local onde se encontram situados os quiosques (não é uma ação demarcatória).

Em síntese, *impor obrigações de fazer e de não fazer aos réus em razão da ocupação dos quiosques na orla da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP, a partir da ordem de demolição e de recuperação de área*: eis os *limites objetivos* a que esta adstrito o Juízo. Todavia, como imperativo lógico, muitas das *questões processuais* suscitadas terão de ser enfrentadas e decididas, de *modo incidental (incidenter tantum)*, contudo, *o dispositivo da sentença não poderá desviar-se nem afastar-se dos pedidos* dos autores, como deduzidos nas *petições iniciais*.

O cerne das presentes demandas consiste em saber se as *atividades das partes rés encontram-se em contrariedade com o que determina o ordenamento jurídico*, e se seria possível impor-lhe o *dever de demolir* e de *reparar o dano*. Muitos são, em tese, os motivos legais pelos quais não seria possível realizar o empreendimento imobiliário no local. O impedimento pode, por exemplo, existir em razão de o local ser praia, ou constituir-se em terrenos de marinha, ou área de preservação permanente. Impende esclarecer quais desses impedimentos estariam presentes no *caso concreto*, especificando-os, com as *necessárias implicações e responsabilidades* decorrentes da *previsão legal*.

II.2 – MÉRITO

II.2.1 — QUIOSQUES – OCUPAÇÃO – LEGALIDADE – FAIXA DE AREIA DE PRAIA (ÁREA DE USO COMUM DO POVO) - TERRENO DE MARINHA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A) FAIXA DE AREIA DE PRAIA – BEM DA UNIÃO - ÁREA DE USO COMUM DO POVO – PROIBIÇÃO LEGAL DE CONSTRUÇÃO – DEVER DE DEMOLIÇÃO

Tratando-se de ações em que se visa a *imposição de responsabilidades* em razão da suposta *ocupação pelos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP de faixa de areia de praia*, faz-se oportuna a *análise da legislação* que rege a matéria, para fins de *necessária aferição acerca da eventual possibilidade de edificação ou não sobre referida área de praia*, com as *implicações e medidas necessárias* em observância aos *termos da lei*.

É importante que se evite a confusão, por vezes existente, entre o conceito legal de "*terrenos de marinha*" e o *conceito legal de "praia"*, previsto no *art. 10, § 3º, da Lei 7.661/1988* como sendo:

> Art. 10. (...) § 3º: Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema. (Grifo nosso).

São duas categorias jurídicas absolutamente distintas: (a) *praia*; e (b) *terrenos de marinha*. Ambas são *bens de domínio público*, dominiais ou dominicais, porém com *regimes jurídicos distintos* e que impõem *direitos e obrigações diferenciados em relação à sua ocupação*.

Praias são bens públicos federais de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV). Pertencentes à uma das pessoas jurídicas de direito público interno, podem ser utilizados por todos, sem restrição, gratuita ou onerosamente, ainda que o poder público possa restringir ou suspender o uso e fruição, como por motivos de segurança (como em um desmoronamento).

Por outro lado, os *terrenos de marinha são bens dominicais da União, objeto de direito real dessa pessoa jurídica*. Esses bens dominicais podem ser convertidos em bens de uso comum ou especial. Nada impede que o uso de bens dominicais seja atribuído, com exclusividade,

a certas e determinadas pessoas, a título gratuito ou oneroso (em geral mediante pagamento de taxa de ocupação).

A *Constituição Federal*, em seus *incisos IV e VII*, dispõe que:

> DA UNIÃO
> Art. 20. São bens da União: (...)
> IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005) (...)
> VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; (...).

Por sua vez, o *Código Civil* prevê que:

> Art. 99. São bens públicos:
> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
> (...)
> Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Já a *Lei nº 7.661/1988*, que criou o *Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro*, determina, em seu *art. 10*, que:

> Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.
> § 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.
> § 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

O *Decreto-Lei nº 9.760/1946* não faz distinção alguma entre os diferentes *tipos de praia* e de relevo existentes. A mesma regra é válida para uma praia plana, para outra praia de tombo, para um manguezal, para a faixa marginal de rios com influência das marés, para os montes (penínsulas) que se projetam desde a linha da praia em direção ao oceano e que costumam separar uma praia da outra.

Por conseguinte, em aplicação aos *termos da LEI vigente* no *ordenamento jurídico brasileiro*, impõe-se o *reconhecimento da vedação de "urbanização ou qualquer forma de utilização"* em *faixa de areia de praia* que "*impeça ou dificulte o acesso assegurado*" a tal área, sobretudo em razão de se tratar de *área de uso comum do povo*, ou seja, devendo a todos haver *garantia de pleno e irrestrito "acesso que garantam o uso público das praias e do mar" (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988).*

Em outras palavras, *não se pode permitir* e o *Poder Público não pode consentir* que, *ante proibição legal expressa (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988), construções destinadas ao exercício de atividade comercial (quiosque) privem o uso da areia de praia pela população em geral - sem que tenha que fazer uso do quiosque como cliente e em mesas e cadeiras sobre a areia de praia - , como se verifica no presente caso,* em *flagrante violação à lei, ao interes-*

se público e ao direito difuso da coletividade de *usufruir de toda a faixa de areia de praia*.

Por oportuno, a *Súmula nº 477 do Supremo Tribunal Federal - STF* dispõe que: "as concessões de terras devolutas, situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, *autorizam, apenas, o uso*, permanecendo o *domínio com a União*, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores". Tal é o caso dos remanescentes de *quilombos* e dos *terrenos de marinha*, em que se admite o *uso exclusivo por particular, mediante pagamento de taxa de ocupação*. Já com relação às *praias*, *bens públicos de uso comum do povo, isso não é possível, não permitindo a lei que haja sua ocupação ou uso exclusivo por particular*, seja para fins de bem-estar e recreio (casa de praia), seja para fins de exercício do comércio (quiosques), *proibição que se aplica ao presente caso em relação às construções dos quiosques ou de parte deles sobre faixa de areia de praia*.

Outrossim, a *construção de quiosque ou parte dele sobre faixa de areia de praia* constitui *desrespeito à Constituição Federal e à legislação de proteção ao meio ambiente*, visto que a *manutenção de tais edificações sobre a areia da praia elimina e impede a regeneração da vegetação nativa*, bem como sua *utilização pela fauna própria da área de praia, comprometendo gravemente o bioma da Zona Costeira, considerada patrimônio nacional, bem como o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput e § 4º)*, constituindo a *faixa de areia de praia*, portanto, *área de especial proteção ambiental* que exige a *devida preservação para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput)*.

Nestes termos, uma vez *verificada alguma construção em faixa de AREIA DE PRAIA*, seja a partir da *edificação do quiosque como um todo ou apenas parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.)*, identifica-se sua *contrariedade com a lei*, impondo-se a *parcial procedência das ações* para a *ordem judicial de sua DEMOLIÇÃO pela responsabilidade e custos do ocupante do quiosque e demais réus, recolhimento dos entulhos e restauração da faixa de areia de praia à sua configuração original (reductio ad pristinum statum)*, tal como ocorria *anteriormente à edificação do quiosque ou parte dele sobre a faixa de areia de praia*, a partir *de atuação dos órgãos ambientais e Municipais*.

Destaca-se que existe *proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro de construção sobre a faixa de areia de praia*, que se constitui evidente *"urbanização ou qualquer forma de utilização"* que "*impeça ou dificulte o acesso assegurado*" à *coletividade em geral para "o uso público das praias e do mar" (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988)*, motivo pelo qual se impõe a *parcial procedência do pedido de demolição das construções de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que se encontram situadas sobre a faixa de areia de praia*.

Apesar de eventual pretensão de se legitimar a *ocupação dos quiosques* sobre *faixa de areia de praia* a partir da *conivência do Poder Público*, visto que parte dos quiosques contam com alvará Municipal, ligações de água e luz, e inclusive RIP perante a SPU, tal *propósito não se sustenta*, sendo *dever de todos, ou seja, do Estado e da sociedade em geral*, ou seja, tanto *dos órgãos da Municipalidade*, quanto de *cada ocupante dos quiosques em atividade, a plena observância aos termos da Constituição Federal e da LEI*, devendo se zelar pela *conservação do meio ambiente equilibrado (CF, art. 225, caput)*, motivo pelo qual se impõe as *medidas necessárias* para o *restabelecimento da faixa de areia de praia sem construções*, inclusive mediante ordem de *restauração da vegetação local primitiva*.

Sobre a *imperiosa necessidade de demolição de estruturas de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que estejam situados sobre a faixa de areia de praia*, em razão de *expressa proibição legal (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988)*,

visto que, *"restaurante e bar em área de praia constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização",* seguem *relevantes precedentes* da *jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais*:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL*. BARRACA DE PRAIA. CANOA QUEBRADA. ARACATI-CE. *TERRENO DE MARINHA E ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OCUPAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRAIA*. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM BAIXA DE PRAIA E FALÉSIAS VIVAS. 1. Apelações do IBAMA e do MPF, em face da sentença que julgou improcedente o pedido da ACP ambiental que tem, como objeto, a *desocupação e a demolição da barraca de praia "Canoa Beach", localizada na faixa da praia* de Canoa Quebrada, município de Aracati-CE, *erguida irregularmente em área de preservação permanente, restaurando-se o estado anterior.* 2. Verifica-se que, de acordo com o Laudo Técnico do IBAMA acostado às fls. 247/248, a barraca de praia "Canoa Beach" *se encontra situada na "baixa da praia, no limiar das arestas vivas das falésias", portanto, em Área de Preservação Permanente*. 3. Barraca que explora atividade de *restaurante e bar em área de praia constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, insuscetível de regularização. A ocupação irregular e desordenada de área de praia deve ser coibida, pois provoca sérios danos, tanto de cunho ambiental, como também à população, devido às condições de higiene dos estabelecimentos e por dificultarem o livre acesso à praia*. Precedentes desta Corte. 4. *Em face da reconhecida ocupação irregular, determina-se a reparação dos danos causados ao meio ambiente, com a consequente demolição da barraca "Canoa Beach" e a remoção dos entulhos dela decorrentes.* 5. Honorários advocatícios sucumbenciais fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos moldes do art. 20 do CPC/73. 6. Apelações providas por maioria. (AC - Apelação Civel - 587738 2012.81.01.000023-1, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 12/12/2017 – Grifo nosso).

> AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA COROA GRANDE/PE. CONSTRUÇÃO DE ORLA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PRAIA. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. EXTREMA PROXIMIDADE DAS CONSTRUÇÕES COM A ÁREA OCEÂNICA. EROSÃO EM DECORRÊNCIA DAS ATIVIDADES MARÍTIMAS. INEXISTÊNCIA DE ÁREA APROVEITÁVEL. NEGATIVA DO LICENCIAMENTO PELO ÓRGÃO ESTADUAL COMPETENTE. DEMOLIÇÃO DE TODO O COMPLEXO. 1. In casu, o IBAMA - e posteriormente, a União e o MPF como litisconsortes ativos - ingressaram com Ação Civil Pública em face do Município de São José da Coroa Grande, Estado de Pernambuco e Construtora SAM, almejando, em síntese, na obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado ("Projeto Orla", objetivando a construção de orla, parque, avenidas, pista de cooper, banheiros públicos, quiosques no litoral de SJDCG, oriundas do Convênio nº. 2.079.06.0/06, no valor de R$450.000,00) e de tudo o que nela houver sido construído sem o competente Licenciamento Ambiental, bem como indenização por dano moral ambiental. 2. Diante da forte controvérsia acerca da ocorrência, ou não, de dano ambiental, foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo atestou uma série de danos e ilegalidades, das quais se destacam: a) realização das obras pelo município de São José da Coroa Grande sem a competente licença do órgão ambiental do Estado, bem como em desacordo com a legislação vigente, no tocante aos limites permitidos para a edificação e/ou obras diversas em área praia; b) constatação de curtas distâncias entre a linha de preamar máxima e as obras, havendo locais que, inclusive, coincidiam o ponto de preamar e a estrutura disposta na orla; c) a proximidade das obras com a linha de preamar máxima poderá acarretar, através das ondas de tempestades/ressaca, processos erosivos e a consequente deteriorização da estrutura disposta no local; d) construção de banheiros e fossas sépticas serem inadequadas, ainda que as fossas estejam a 65m da área de praia, por apresentarem riscos de contaminação na área.

> 3. A área das obras aqui discutidas se encontra tanto no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro - ZEEC do litoral sul de Pernambuco, nos termos do art. 2º do Decreto Estadual 21.972/99 - como na Área de Proteção dos Corais (APA), criada pelo Decreto Federal 23, de 23 de Outubro de 1997. Destarte, pelo fato de se tratar de uma construção de grande impacto ambiental em unidade de conservação específica (APA dos Corais e ZEEC do Litoral Sul de PE), além do licenciamento pelo órgão competente (CPRH, art. 3º, Lei Estadual 12.916/2005), se fazia necessária a elaboração do estudo de impacto ambiental e a sua respectiva apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, nos termos do parágrafo 2º do art. 6º, da Lei 7.661/88, requisitos estes que não foram respeitados pelo município de São José da Coroa Grande. (...) 10. Irreparável a condenação do Estado de Pernambuco a título de danos morais coletivos, já que, além de a responsabilidade civil ambiental ser solidária, é objetiva, tendo sido configurado o nexo causal entre o dano e a ação estatal no momento em que houve a liberação das verbas antes dos estudos ambientais necessários, bem como da respectiva licença. (...) 13. Remessa oficial e apelações da União, do MPF e do IBAMA providas; recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do município de São José da Coroa Grande desprovidos. UNÂNIME (AC - Apelação Civel - 571404 2008.83.00.012181-1, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 08/01/2015 - Grifo nosso).

Ainda, incide ao caso a aplicação do *princípio in dubio pro natura*, variação do *princípio da precaução*, segundo o qual, na dúvida, diante da ausência de certeza científica quanto a eventuais danos, deve se prevalecer o interesse favorável ao meio ambiente.

Em definitivo, *não se pode admitir a manutenção irregular e ilegal dos quiosques ou de parte deles sobre faixa de areia de praia, visto que violam a lei e agridem a Zona Costeira*, cuja importância "reside na sua *função ecológica de transição e viabilização de trocas genéticas entre os ecossistemas continentais e os marinhos, num espaço em que os biomas são ricos de recursos alimentares e paisagísticos, entre outros*[1]".Ademais, *não há direito adquirido à degradação ambiental*, que *não gera qualquer direito subjetivo à indenização* em razão da *necessária demolição das construções situadas em local proibido por lei*, tal como ocorre em relação aos *quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre faixa de areia de "praias marítimas", bem da União de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV).*

Isto porque, a *ocupação de área de praia não configura posse, mas mera detenção não passível de indenização*, conforme *entendimento jurisprudencial*:

> (...) Não merece prosperar o argumento de que a presença dos quiosqueiros na Praia de Setiba se apresenta como posse velha, mansa, pacífica, de boa fé e com justo título, pois que, como é sabido, os bens públicos são insuscetíveis de apossamento por particulares, só se admitindo, nesta seara, a detenção.. (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0013733-87.2011.4.02.5001, SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA - Grifo nosso).

Sobre a matéria, assevera *art. 71, caput,* do *Decreto-lei nº 9.760/1946*, que dispõe sobre os *bens imóveis da União*:

> Art. 71. O ocupante de imóvel da União [praias marítimas] sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja

1 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco*, 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2011, p. 986.

> incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil. (...)

Havendo *ocupação por quiosque ou parte dele sobre faixa de areia de praia*, tem-se por *irregular a construção de estrutura*, dando ensejo à *ordem judicial de sua demolição e restauração da vegetação ao estado primitivo, sem qualquer direito à indenização ou retenção por benfeitorias.*

Por outro lado, em virtude de *regimes jurídicos diferenciados* em relação à sua ocupação, *não incide tal proibição de construção de quiosques ou parte deles, necessariamente, sobre a área além da faixa de areia de praia, em que situam os terrenos de marinha, que possuem tratamento legal próprio e exigem necessária regularização específica perante a Secretaria de Patrimônio da União – SPU (cadastro, RIP, taxa de ocupação etc.), conforme segue.*

B) TERRENOS DE MARINHA – REGULARIZAÇÃO ADMINSTRATIVA NA SPU (CADASTRO E RIP) – COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO

Para a definição do *conceito de "terrenos de marinha"*, da sua *natureza jurídica* e do *regime jurídico* que a eles se aplicam, impõe-se a *análise da legislação, doutrina e precedentes jurisprudenciais* pertinentes à matéria.

O *art. 20, da Constituição da República de 1988*, em seu *inciso VII*, dispõe que:

> Art. 20. São bens da União: (...)
> VII — os terrenos de marinha e seus acrescidos;

Por conseguinte, os *terrenos de marinha* são considerados *bens da União*, os quais podem ser *utilizados por particulares por meio de ocupação* e também *aforamento*, sujeitando seus ocupantes ao pagamento de *taxas de ocupação (Lei nº 9.636/1998, art. 7º)*. O *Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946*, considerado o *estatuto das terras públicas*, é até hoje o instrumento legal que procurou de forma mais completa tratar dos *bens imóveis de propriedade da União*. Ao definir os *terrenos de marinha e seus acrescidos*, ratificou que a linha de referência demarcatória é a correspondente a da *preamar média de 1831*, dispondo nos seguintes termos:

> *Art. 2º* São *terrenos de marinha*, em uma *profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831*:
> *a) os situados no continente, na costa marítima* e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;
> b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.
> Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.
> *Art. 3º* São *terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.* (Grifou-se).

A *doutrina* define os *terrenos de marinha* como "as *faixas de terra fronteiras ao mar numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente*, bem como as que se encontram à margem dos rios e lagoas que sofram a influência das marés, até onde esta se faça sentir, e mais as que contornam ilhas situadas em zonas sujeitas

a esta mesma influência. Considera-se influência das marés a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou superior a 5cm (art. 2.º e parágrafo único do Decreto-lei 9.760, de 5.9.46)" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 928 e 929).

Assevera ainda Bandeira de Mello que "*não devem ser confundidos com praias*, que são *bens públicos federais (art. 20, IV, da Constituição) de uso comum e que também pertencem à União*". Em seguida, esclarece: – "Entende-se por *praia*, consoante definição que lhe dá o *§ 3.º do art. 10 da Lei 7.661, de 16.5.88* (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro), '*a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural*, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.' A *linha de vegetação natural* referida no dispositivo é *habitualmente conhecida como 'linha de jundu'*. É esta linha que, como anota Diógenes Gasparini, à *falta de demarcação do preamar médio de 1831, é utilizada na prática para iniciar a contagem dos terrenos de marinha*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2011, p. 929).

Por sua vez, o *Superior Tribunal de Justiça - STJ*, no julgamento do *REsp nº 798165*, de relatoria do *Min Luiz Fux* (DJ de 31/05/2007), assentou, detalhadamente, todas as premissas que gravitam em torno dos *terrenos de marinha* de *propriedade da União*. Vejamos:

> 1. Os terrenos de marinha são bens públicos e pertencem à União.
> 2. Consectariamente, algumas premissas devem ser assentadas a saber:
> a) Os terrenos de marinha, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da União e estão previstos no Decreto-lei 9.760/46.
> b) O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.
> c) O direito de propriedade, à Luz tanto do Código Civil Brasileiro de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o sistema da presunção relativa (juris tantum) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.
> d) Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido.
> e) Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.
> f) Infirmação da presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante que tem o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha.
> g) Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.
> h) Ausência de fumus boni juris.
> 3. Sob esse enfoque, o título particular é inoponível quanto à UNIÃO nas hipóteses em que os imóveis situam-se em terrenos de marinha, revelando o domínio público quanto aos mesmos.
> 4. A Doutrina do tema não discrepa da jurisprudência da Corte ao sustentar que: Os TERRENOS DE MARINHA são BENS DA UNIÃO, de forma ORIGINÁRIA. Significando dizer que a faixa dos TERRENOS DE MARINHA nunca esteve na propriedade de terceiros, pois, desde a criação da União ditos TERRENOS, já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados. A existência dos TERRENOS DE MARINHA, antes mesmo da Demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou. Embora sem definição corpórea , no plano abstrato, os TERRENOS DE MARINHA existem desde a criação do estado

Brasileiro, uma vez que eles nasceram legalmente no Brasil-Colônia e foram incorporados pelo Brasil-Império. (in Revista de Estudos Jurídicos, Terrenos de Marinha, Eliseu Lemos Padilha, Vol. 20, pág. 38) Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União, a teor da redação incontroversa do inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal. E isso não é novidade alguma, dado que os terrenos de marinha são considerados bens públicos desde o período colonial, conforme retrata a Ordem Régia de 4 de dezembro de 1710, cujo teor desta última apregoava "que as sesmarias nunca deveriam compreender a marinha que sempre deve estar desimpedida para qualquer incidente do meu serviço, e de defensa da terra."Vê-se, desde períodos remotos da história nacional, que os terrenos de marinha sempre foram relacionados à defesa do território. A intenção era deixar desimpedida a faixa de terra próxima da costa, para nela realizar movimentos militares, instalar equipamentos de guerra, etc. Por essa razão, em princípio, é que os terrenos de marinha são bens públicos e, ademais, pertencentes à União, na medida em que é dela a competência para promover a defesa nacional (inciso III do artigo 21 da Constituição Federal). (in Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari, Terrenos de Marinha: aspectos destacados, Joel de Menezes Niebuhr, Ed. Delrey, pág. 354) O Direito da União aos terrenos de marinha decorre, não só implicitamente, das disposições constitucionais vigentes, por motivos que interessam à defesa nacional, à vigilância da costa, à construção e exploração dos portos, mas ainda de princípios imemoriais que só poderiam ser revogados por cláusula expressa da própria Constituição. (in Tratado de Direito Administrativo, Themistocles Brandão Cavalcanti, Ed Livraria Freitas Bastos, 2ª Edição; pág. 110)

5. Deveras, a demarcação goza de todos os atributos inerentes aos atos administrativos, quais seja, presunção de legitimidade, exigibilidade e imperatividade.

6. Consectariamente, é lícito à UNIÃO, na qualidade de Administração Pública, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com presunção juris tantum de legitimidade, fato jurídico que inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido. Precedentes: Resp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

7. Consectariamente, incidiu em error in judicando o aresto a quo ao concluir que "não pode o poder público, apenas através de procedimento administrativo demarcatório, considerar que o imóvel regularmente registrado como alodial, e há muito negociado como livre e desembargado, seja imediatamente havido como terreno de marinha, com a cobrança da chamada "taxa de ocupação". 8. Recurso especial provido. (Grifou-se).

Portanto, restou *assentado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ* que:

1) O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas, de modo que a demarcação administrativa não constitui o domínio da União sobre essas áreas, limitando-se a declarar um domínio já existente;

2) O *direito de propriedade*, tanto à luz do Código Civil de 1916 quanto do novo Código de 2002, adotou o *sistema da presunção relativa (juris tantum) relativamente ao domínio*, admitindo-se prova em contrário;

3) Não tem validade (e não é oponível à União) qualquer título de propriedade de bem imóvel situado em área considerada *terreno de marinha ou acrescido, outorgado a particular*;

4) É *desnecessário o ajuizamento de ação própria, pela União*, para a *anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha*, em razão de o *procedimento administrativo de demarcação* gozar dos atributos comuns a todos os *atos administrativos*: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto executoriedade;

5) Para ilidir e infirmar a *presunção de legitimidade do ato administrativo*, deve o *ocupante provar que o imóvel não se encontra sobreposto à área de terreno de marinha*;

6) A *União ostenta legitimidade para a cobrança de taxa de ocupação*, mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado;

7) Terrenos de Marinha são bens da União, de forma originária. A *faixa dos terrenos de marinha nunca esteve na propriedade de terceiros*, pois, desde a criação da União, ditos terrenos já eram de sua propriedade, independentemente de estarem ou não demarcados. |existência dos terrenos de marinha, antes mesmo da demarcação, decorre da ficção jurídica resultante da lei que os criou;

8) É *lícito à União, na qualidade de Administração Pública*, efetuar o lançamento das cobranças impugnadas, sem que haja necessidade de se valer das vias judiciais, porquanto atua com *presunção juris tantum de legitimidade*, fato jurídico que *inverte o ônus de demandar, imputando-o ao recorrido.*

Precedentes do STJ: REsp 624.746 - RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 30 de outubro de 2005 e REsp 409.303 - RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 14 de outubro de 2002.

Assim, o *domínio da União* sobre os *terrenos de marinha* advém de épocas remotas e restou assegurado pela própria *Constituição Federal (art. 20, VII, e 49, §3º do ADCT)*, sendo sua *demarcação ato meramente declaratório.*

"*Preamar*", ensina o Dicionário Aurélio, corresponde à "*maré alta*" (3ª ed., Editora Positivo, p. 1615). Logo, o "*preamar médio*" deve ser calculado com base na *média das marés altas*, ou seja, na *média* das *marés máximas mensais de 1831, que equivalem às "marés de sizígia"*.

A *interpretação administrativa* do referido art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46 é dada pela *ON-GEADE 002 (item 4.8.2)* que define o *cálculo da linha do preamar médio* com *base na média das máximas marés mensais*:

> Item 4.8.1 A cota da preamar média deve ser calculada utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das Tábuas de Marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).
> Item 4.8.2 A cota da preamar média é a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831 ou no ano que mais se aproxime de 1831.

A partir da *ON-GEADE nº 002/2001*, a *Secretaria de Patrimônio da União – SPU* publicou a *Instrução Normativa-IN nº 002, de 12/03/2001 (DOU 05/04/2001)*, que dispõe:

> Art. 2º Os terrenos de marinha são identificados a partir da Linha de Preamar Média de 1831 - LPM (Lei de 15 de novembro de 1831), nos termos do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, determinada pela interseção do plano horizontal que contém os pontos definidos pela cota básica, representativa do nível médio das preamares do ano de 1831(...)
> § 2º Na determinação da cota básica relativa à preamar média de 1831, deverão ser consideradas a média aritmética das máximas marés mensais (marés de sizígia) daquele ano, ou do que mais dele se aproximar, utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das tábuas de marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN).

Por certo, a *interpretação da norma* não deve se ater unicamente à literalidade dos

termos, devendo-se levar em conta sempre a *interpretação teleológica*, ou seja, aquela que melhor alcança a *finalidade da norma jurídica*. Assim, o intérprete deve buscar na origem dos *terrenos de marinha* a conformação do sentido adotado pela *norma jurídica*.

A *faixa litorânea e as zonas adjacentes* são voltadas para a *proteção territorial do Estado e de seus bens interiores*, a *garantia do livre acesso ao mar* em decorrência da exploração dos recursos naturais que ele oferece, a *exploração dos serviços públicos de transportes aquaviários*, de *navegação aeroportuária*, dos *portos marítimos, fluviais e lacustres* e a *proteção do meio ambiente litorâneo*.

Por conseguinte, a *interpretação mais razoável* seria exatamente aquela que conduz à *média das marés máximas mensais ("média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831")*, excluindo-se as "baixas marés", já que o alcance da *norma protetiva do interesse público* deve ser o mais amplo possível.

Com efeito, as *marés máximas mensais* correspondem às denominadas "*marés de sizígia*", que ocorrem durante o período em que as fases da lua são de lua nova e de lua cheia, quando acontecem as maiores oscilações entre as marés muito altas e marés muito baixas, podendo tal variação superar 1,20 m (um metro e vinte centímetros) entre uma e outra durante um mesmo dia.

Nos termos da interpretação que se dá ao *art. 2º, do Decreto-lei nº. 9.760/1946*, para a definição da "*posição da linha do preamar-médio de 1831*" deve-se levar em consideração "*a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831*" (*ON-GEADE 002 - item 4.8.2*), que envolve a *média das marés máximas mensais, equivalentes às "marés de sizígia"*, quando as fases da lua são de lua cheia e de lua nova tão somente, *excluído o período de lua minguante e lua crescente ("maré de quadratura")*.

Ou seja, deve ser considerado para o *cáculo da Linha do Preamar Médio - LPM de 1831* as leituras dos *preamares* no ano de 1831 a partir das *máximas marés mensais* ("*marés de sizígia*"), conforme determina o *item 4.8.2* da *ON-GEADE nº 002*, segundo o qual "*a cota de preamar média é a média aritmética das máximas marés mensais, ocorrida no ano de 1831* ou no ano que mais se aproxime de 1831".

E, no sentido do *cálculo da LPM de 1831* para *delimitação dos terrenos de marinha* a partir da *média das "marés de sizígia" (máximas marés mensais)*, seguem os relevantes *precedentes jurisprudenciais* sobre essa matéria:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE ATIVA - TERRENOS DE MARINHA - PRESCRIÇÃO - DECRETO-LEI 20.910/32 E LEI Nº 9.636/98 - PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO - RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DA UNIÃO - ATOS DA ADMINISTRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NÃO ILIDIDA. ERRO NO CÁLCULO DA MÉDIA DAS MARÉS NÃO DEMONSTRADO. (...) 5. A parte autora busca o reconhecimento de seu direito de propriedade em relação aos imóveis correspondentes aos Lotes 18 e 19 do Loteamento Sítio Santa Luzia, RIP 2531 0012995-50, matrícula nº 5.889 do 1º Registro Geral de Imóveis, e RIP 2531 0008510-97, matrícula nº 28.698 do 1º Registro Geral de Imóveis, ambos situados na Av. Conselheiro Aguiar, nº 2540, Boa Viagem, Recife-PE, sob o fundamento de que tais imóveis não podem ser considerados como terrenos de marinha. 6. Os terrenos de marinha são bens públicos, pertencentes à União, conforme estabelece o inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. O Superior Tribunal de Justiça já firmou algumas premissas: "A) os terrenos de marinha, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da união e estão previstos no Decreto-Lei 9.760/46. B) o procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito

meramente declaratório da propriedade da união sobre as áreas demarcadas. C) o direito de propriedade, à luz tanto do Código Civil brasileiro de 1916 quanto do novo código de 2002, adotou o sistema da presunção relativa (juris tantum) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário. D) não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha ou acrescido. E) desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela união, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. F) infirmação da presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante que tem o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de marinha. G) legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela união mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado". (STJ - RESP 798165 ES - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 31.05.2007). 7. O procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. Precedente. (STJ, RESP 201001401016, Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE: 25/10/2010), razão pela qual não é válido o argumento de que a União não comprovou que os terrenos, no caso em questão, são considerados de marinha ou acrescido (aterro de mangue). É ônus do autor apresentar os elementos e provas de suas alegações, para afastar a presunção de legitimidade e veracidade do procedimento demarcatório, o que não ocorreu no caso dos autos. 8. Foi elaborada uma perícia que concluiu pelo enquadramento do imóvel como sendo terrenos de marinha ou acrescidos, não corroborando, portanto, a tese defendida pela parte autora. As conclusões do laudo elaborado nos autos não agasalham as teses invocadas pela parte demandante. (...) 11. Não subsiste o argumento de que é necessário, no cálculo da preamar média, a utilização de todas as marés ditas "altas" e não apenas aquelas consideradas de "sizígia", porquanto a linha de preamar média é definida com base na média das máximas marés. (...) 13. Apelações da União e da parte autora improvidas. (AC 200983000126321, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:13/12/2012 - Página: 335 – Grifou-se).

ADMINISTRATIVO. IMÓVEIS SITUADOS EM ZONA DE PRAIA. SUPOSTA DOMINIALIDADE DA UNIÃO. AFERIÇÃO DA LOCALIZAÇÃO DOS TERRENOS. PERÍCIA JUDICIAL QUE CONCLUIU CUIDAREM-SE DE BENS ALODIAIS. INEXIGIBILIDADE DE TAXAS DE OCUPAÇÃO. DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS ENCARGOS INDEVIDAMENTE PAGOS, RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA EM PARTE. 1. Pretensão dos Autores de serem desobrigados do pagamento de taxas de ocupação incidentes sobre terrenos situados em zona de praia, bem como que a União se abstivesse de incluir os seus nomes em cadastros restritivos de crédito, além da repetição do indébito pago. (...) 4. Perícia Judicial que, com base em medição in loco, concluiu, confrontando com as plantas da União e tomando emprestado o conceito de maré de sizígia - ou preamar média da Instrução Normativa nº 02/2001/SPU e do Decreto-lei nº 9.760/1946 - que terrenos dos Autores ultrapassavam a distância de 170 (cento e setenta) metros para a praia, maior que o limite de 33 (trinta e três) metros conceituados na legislação de regência dos terrenos de marinha e acrescidos, e que não sofrem a influência das marés e nem ficam alagados por força da movimentação do mar, razão pela qual "não se enquadram no disposto nos artigos do Decreto-Lei nº 9.760 de 5 de setembro de 1946" -fl. 245/247 e 275. 5. Inexistência de razões para desabonar-se o laudo do Vistor Judicial, sobretudo por haver sido elaborado de acordo com as regras que regulam a elaboração das perícias em Juízo, havendo o Vistor, preservado a indispensável equidistância dos interesses em confronto, além de não ter a União logrado infirmar o que por ele -oVistor do Juízo- foi constatado. (...) . 8. Remessa Necessária provida em parte, apenas para reconhecer

> a incidência da prescrição quinquenal, na restituição do indébito. (REO 200582000118110, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 09/04/2012 - Página: 299 – Grifou-se).

No *presente caso*, cumpre destacar que a precisão sobre a *localização dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP objeto dos autos*, *suas medidas*, *confrontações e características*, deve se dar a partir de *procedimento administrativo por parte da Secretaria de Patrimônio da União – SPU*, *em sede de execução da presente sentença e observados os critérios aqui definidos*, para fins da *efetiva regularização patrimonial das construções dos quiosques* ou de parte deles sobre *área de terreno de marinha*, para respectivo *pagamento das taxas de ocupação* devidas.

Isto porque, todo o *ocupante de terreno de marinha* está sujeito ao pagamento e à cobrança da *taxa de ocupação*, que deve ser precedida pela respectiva *inscrição no cadastro da Secretaria do Patrimônio da União - SPU*, conforme prevê a *Lei nº 9.636/1998*, *art. 7º*:

Da Inscrição da Ocupação

(Redação dada pela *Lei nº 11.481, de 2007*)

> *Art. 7o A inscrição de ocupação, a cargo da Secretaria do Patrimônio da União*, é ato administrativo precário, resolúvel a qualquer tempo, que *pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante*, nos termos do regulamento, *outorgada pela administração depois de analisada a conveniência e oportunidade*, e gera *obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação*. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007) (...)
> *Art. 8º* Na realização do *cadastramento ou recadastramento de ocupantes*, serão *observados os procedimentos previstos no art. 128 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946*, com as alterações desta Lei. (...).

Por sua vez, o *art. 127* do *Decreto-lei nº 9.760/1946* determina:

> Art. 127. Os atuais ocupantes de terrenos da União, sem título outorgado por esta, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação
> Art. 128. O pagamento da taxa será devido a partir da inscrição de ocupação, efetivada de ofício ou a pedido do interessado, não se vinculando ao cadastramento do imóvel. (Redação dada pela Lei nº 13.139, de 2015)

O *valor da taxa de ocupação* era fixado, inicialmente, pelo próprio Decreto-lei n.º 9.760/1946, passando a ser posteriormente fixado no *Decreto-lei nº 2.398/1987*, com redação atual dada pelas *Lei nº 13.240/2015* e *Lei nº 13.465/2017*.

Portanto, constitui *atribuição da Secretaria do Patrimônio da União – SPU a demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos*, bem como a *identificação e fiscalização de todos os bens imóveis da União*, e inclusive proceder à *inscrição de ocupação dos terrenos de marinha sobre os quais estejam situadas as construções dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP ou parte deles*, no caso em tela em sede de *cumprimento da presente sentença judicial*, para fins da imposição de *obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação*.

Nestes termos, dispõe a *Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 2º*, que seguem:

> Art. 1.º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, de-

> marcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis (...).

Em boa parte do *Litoral Norte do Estado de São Paulo*, a União, por intermédio da *Secretaria do Patrimônio da União –SPU*, já concluiu o "*Procedimento Administrativo de Demarcação dos Terrenos de Marinha Situados no Litoral Norte de São Paulo – Processo Administrativo n.º 10880.068086/93-81*". Porém, em certas áreas, o que pode ocorrer em relação à parte da *orla do Município de Caraguatatuba-SP* objeto destes autos, a demarcação administrativa da faixa de terrenos de marinha ainda não foi concluída.

Portanto, apesar da necessidade de o Poder Público providenciar por iniciativa própria e na seara administrativa a *regular demarcação de todas as áreas de terreno de marinha*, através do *procedimento administrativo* legalmente previsto *(Decreto-lei nº 9.760/1946, art. 9º e ss.* e *ADI 4264/STF), inclusive para respectiva cobrança da taxa de ocupação*, impõe-se que, *no caso dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP e em razão de ordem judicial a partir das presentes ações, seja imposta obrigação de fazer à União, através da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, e demais réus, para que sejam enfim providenciados os atos necessários para devido cadastramento e inscrição no RIP – Registro Imobiliário Patrimonial dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP*, a partir dos *necessários atos e adequações pelas partes que se fizerem necessários* em sede de *cumprimento de sentença*, para consequente *regularização patrimonial* e *pagamentos das taxas em razão da ocupação de terrenos de marinha de propriedade da União.*

C) ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – ZONA COSTEIRA - PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, caput e § 3º)

A *Constituição Federal* erigiu a *Zona Costeira* como *Patrimônio Nacional*, sendo sua *utilização apenas permitida na forma lei* e dentro de condições que assegurem a *preservação do meio ambiente*, nos termos do *artigo 225, §4º*, que assim dispõe:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. (...)
>
> § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Assim, a *Zona Costeira* é espaço especialmente protegido, "*devendo sua ocupação e exploração dar-se de modo ecologicamente sustentável*", conforme a *Lei nº 12.651/2012*.

Já em relação às *Áreas de Preservação Permanente – APP*, tanto o *Código Florestal* anterior *(Lei n.º 4.771/1965)*, como a *atual Lei nº 12.651/2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa*, com redação alterada pela *Lei nº 12.727/2012*, tratam das denominadas *APPs*, dentre as quais, na *redação atual da Lei nº 12.651/2012, art. 4º, inciso I: "as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente"*, nos *limites* previstos, bem como "*as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues*".

Nestes termos, dispõe a *Lei nº 12.651/2012:*

> *Art. 3º* Para os efeitos desta Lei, *entende-se por*:

(...)
II - Área de Preservação Permanente - APP: *área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*; (...)
Art. 4º Considera-se *Área de Preservação Permanente*, *em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:*
I - *as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente*, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (...)
VI - *as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues*; (...)
(Grifo nosso).

E a *Resolução nº 303, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA*, fornece uma série de definições e informações importantes, dentre as quais o *conceito complementar de restinga*:

Art. 1.º Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às *Áreas de Preservação Permanente.*
Art. 2.º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as *seguintes definições*:
(...)
VIII - restinga: *depósito arenoso paralelo à linha da costa*, de forma geralmente alongada, produzido por *processos de sedimentação*, onde se encontram *diferentes comunidades que recebem influência marinha*, também consideradas *comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorre em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivo e arbóreo, este último mais interiorizado*; (...).

Nos *termos da lei* e por via de regra, *áreas de preservação permanente* podem ser objeto de *propriedade por particular*. Com efeito, *art. 7º* da *Lei nº 12.651/2012* prevê que: "A *vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área*, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. (...)."

Portanto, em tese, a *posse ou ocupação dos quiosques* e *área de preservação permanente* não são incompatíveis entre si e não se excluem. Todavia, incidem *limitações administrativas* em relação ás *áreas de preservação permanente*, dentre as quais as *áreas de "restinga" situadas na faixa litorânea em que se encontram situados os quiosques de Caraguatatuba-SP,* que impõem a *plena observância pelo "possuidor ou ocupante a qualquer título"* aos *termos da lei*, para sua *legal e regular ocupação*, inclusive a *obrigação de "promover a recomposição da vegetação"* em *caso de supressão*:

Art. 7º (...) § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei. (...)
Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.
§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.(...).

II.2.2 - PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SEGURANÇA JURÍDICA – DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E TURÍSTICO

Apesar das alegações de que se cuidam os *quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP* de *ocupações antrópicas consolidadas* e que merecem a devida *consideração e respeito pela comunidade local e regional*, é certo que, não obstante sua *inafastável relevância socioeconômica para o Litoral Norte do Estado de São Paulo*, *a todos se impõe a plena observância os termos da Constituição Federal e da lei*, sobretudo quando se trata de *normas de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado*, considerado "*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*", e que impõe "*ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações*" *(CF, art. 225, caput).*

Ressalta-se que por se tratar de *aparente conflito* envolvendo *bens públicos (faixa de areia de praia e terrenos de marinha)*, impõe-se a observância aos *princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público*, devendo este prevalecer sobre o interesse de particular ocupante de quiosque, em virtude da denominada *verticalidade nas relações Administração-particular*, respeitados os *limites da lei*, sobretudo considerando que a *proteção dos bens públicos* (*faixa de areia de praia e terrenos de marinha)*, visa atender aos *interesses de uma coletividade e da sociedade como um todo*, e *não aos interesses econômicos de um ou alguns particular.*

Como corolário, havendo eventual *conflito entre um mais de um princípio* para a definição quanto à *regularidade da ocupação dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP*, faz-se ainda oportuna a *aplicação da teoria dos princípios e da lei de ponderação* do *jusfilósofo alemão Robert Alexy*, segundo o qual, em resumo, quando dois *princípios fundamentais estão em conflito*, é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, *fere com menor agressividade a intensidade o outro.*

Em outras palavras, no *presente caso* em que estão *em debate os interesses dos ocupantes dos quiosques*, em prosseguir no *desenvolvimento das atividades econômicas que garantes seu sustento e de sua família*, e o *interesse público*, em ver preservado bem público de uso comoum do povo acessível a todos (*área de praia*) e bem público da União (*terrenos de marinha*), faz-se *possível a observância dos termos da lei* para as *devidas adequações* (demolição somente dos quiosques ou da parte deles que estejam sobre areia de praia) e *regularizações administrativas* (cadastro e inscrição no RIP/SPU, emissão de alvarás Municipais e CLCB – Corpo de Bombeiros), *sem que sejam afastados por completo os interesses dos "quiosqueiros"*, que *prosperarão em suas atividades* de *forma regular* e, principalmente, *dentro dos limites da lei.*

Há ainda que se ponderar no sentido de que, a *atuação irregular de quioques que estejam à margem das normas sanitárias, patrimoniais e ambientais*, ou seja, estejam em *funcionamento que ofenda as leis e normas vigentes* (*vide Relatório de Inspeção Sanitária em Quiosques* – Praia da Cocanha – Caratuatatuba e *Fotos* – fl. 387/402 da *ACP nº 0007417-57.2010.403.6103*), *fere inclusive o princípio da isonomia*, na medida em que *favorece indevidamente aqueles que não se dispõem a realizar os atos e encargos necessários* para a manutenção de *atividade lícita e regular do quiosque, em detrimento dos bons cidadãos e ocupantes de quiosques que cumprem com o ordenamento jurídico* ao tomar as *providências administrativas cabíveis perante a Municipalidade, o Corpo de Bombeiros, a Secretaria de Patrimonio da União e o órgão ambiental CETESB*, para ver preservada sua *atuação dentro dos ditames da lei e da decência* perante a *coletividade em geral que o prestigia*, o que *viola, em última análise, inclusive a livre concorrência entre os quiosqueiros* em *situação de antagonismo perante a lei.*

Assim, inevitável se concluir que *qualquer atuação antrópica* em área sobre a qual incide *proibição legal de construção (faixa de areia de praia)*, bem como a *necessidade de regularização patrimonial, sanitária e ambiental (terrenos de marinha e área de preservação permanente - APP)*, para que sejam *atendidos os interesses público e da coletividade como um todo, tanto local quanto regional do Litoral Norte do Estado de São Paulo*, exige-se a *justa e razoável compatibilização da ocupação dos quiosques com o ordenamento jurídico vigente*, inclusive para *se justificar, se legitimar e, sobretudo, se legalizar o exercício da atividade dos "quiosqueiros" situados na orla de Caraguatatuba-SP.*

Portanto, a *parcial procedência das ações* propostas para, em síntese, a: *(i) necessária demolição das construções de quiosques ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de praia*; *(ii)* a *devida regularização das ocupações sobre os terrenos de marinha*, e, ainda *(iii)* a *regularização das ocupações perante o Poder Público Municipal e o Corpo de Bombeiros*, atende aos *princípios da supremacia do interesse público* e à *indisponibilidade dos bens públicos*, na medida em que *afasta a nociva insegurança jurídica* que paira sobre *comunidade local e regional* em razão das dúvidas sobre a *regularidade ou não da ocupação dos quiosques* situados na *faixa litorânea*, e vem a fomentar inclusive o *desenvolvimento econômico e turístico, que a todos interessa*.

II.2.3 - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER – EXECUÇÃO ESPECÍFICA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A *Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública)* estabelece que a *proteção judicial do meio ambiente* pode ser buscada pelo *cumprimento de obrigação de fazer* ou pela *condenação em dinheiro*, nos seguintes termos:

> Art. 3º - A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Em seguida, a *LACP* deixou clara a opção do legislador pela "*execução específica*", sempre que possível, *restituindo o bem ou interesse lesado à sua condição original (reductio ad pristinum statum)*, conforme segue:

> Art. 10 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

E confrontando as disposições legais acima citadas com as peculiaridades dos autos, é forçosa a conclusão de *priorizar a restituição do meio ambiente ao seu estado original (reductio ad pristinum statum)*, porque este é o *resultado que garante a existência do meio ambiente equilibrado às atuais e futuras gerações (CF, art. 225, caput).*

Por conseguinte, nos *casos em concreto dos presentes autos*, impõe-se *às partes e órgãos públicos obrigações de fazer e de não-fazer*, como forma de *cumprimento de prestação de atividade devida* e *cessação de atividade nociva*, nos termos da *Lei nº 7.347/1985, art. 10*, a partir das *providências* a serem especificadas no dispositivo desta sentença em relação a cada ente respectivo.

Com efeito, "*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*" *(Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do*

Direito Brasileiro). Apesar de nem todas as *providências* ou *obrigações de fazer e de não fazer* constarem de forma expressa dentre os *pedidos iniciais* formulados, se apresentam de *forma reflexa*, na medida em que pela parte autora se pretende o mais gravoso, ou seja, a *demolição como um todo das estruturas de quiosques* e *cessação total das atividades pelos comerciantes da faixa litorânea*. Por consequência, passa este *Juízo Federal* a *ponderar pelo menos ofensivo*, a partir da *fixação de "tutela específica" e "providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente"*, nos termos do *CPC, art. 497 e seguintes*, para fins de se dar *efetivo cumprimento à tutela jurisdicional:*

> Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa
> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (...) (Grifo nosso

Dentre as *tutelas específicas* a serem fixadas às partes, impõe-se a *obrigação de observância à proibição erga omnes (aplicável a todos) de construção sobre faixa de AREIA DE PRAIA*, em razão de se tratar de *área de uso comum do povo* em que incide a *vedação legal de "urbanização ou qualquer forma de utilização"* que "*impeça ou dificulte o acesso assegurado*" a tal área, *devendo a todos haver garantia de pleno e irrestrito "acesso que garantam o uso público das praias e do mar" (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 7.661/1988),* o que dá ensejo á *ordem judicial de demolição* sobre as *construções de quiosques ou parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) que estejam situados sobre faixa de areia de praia*, com necessária *retirada dos entulhos e materiais decorrentes da demolição* sob os *custos dos ocupantes dos quiosques*, *recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei*, e, ainda, *restauração da vegetação primitiva da faixa de areia de praia e Zona Costeira*, *plantio, revitalização conservação da vegetação ao entorno dos quiosques.*

Já na *área remanescente ocupada pelos quiosques ou parte deles*, ou seja, para *além da faixa de areia de praia* ao longo da *orla de Caraguatatuba-SP, desde o Rio Tabatinga até o Rio Juqueriquerê*, tratando-se de *ocupação de área de TERRENOS DE MARINHA*, deve haver a *pronta atuação da Secretaria de Patrimônio da União – SPU,* a quem cumpre, inclusive, a "*regularização das ocupações nesses imóveis*", conforme previsão da *Lei nº 9.636/1998, art. 1º*, para "*identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União*" sobre os quais estejam *situados os quiosques na orla de Caraguatatuba* (*vide "Recibos de Entrega de Requerimento" na SPU* de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103).

E tal *obrigação de fazer* aos ocupantes dos quiosques e à Prefeitura Municipal de Caraguatatuba se faz imperiosa na medida em que constam *informações oficiais* nos autos da *Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal),* no sentido de que "*os quiosques da Praia da Cocanha bem com os Box construídos pela Prefeitura Municipal de Caraguatatuba NÃO SE ENCONTRAM REGULARES junto ao Patrimônio da União"* (fl. 109 e 755), e de que "*não há inscrições de ocupação regulares para os quiosques neste último município [Caraguatatuba]*, salvo casos isolados" (fl. 985).

Nos casos de *ocupação e supressão de vegetação em ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE* pelos *quiosques situados na orla de Caraguatatuba-SP*, em razão de se tratarem de *áreas de "restinga" sob proteção legal e normativa (Lei nº 12.651/2012, art. 4º, inciso VI e*

Resolução-CONAMA nº 303/2002, art. 2º, inciso VIII), impõe-se a *obrigação de fazer* ao *"possuidor ou ocupante a qualquer título" dos quiosques* para fins de se *"promover a recomposição da vegetação" situada ao seu entorno*, mediante *ações de revitalização da vegetação nativa*, observados os termos da *Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo), colocação de lixeiras* e *colocação de placas de sinalização das áreas de preservação permanente* e de *incentivo à limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável*, o que deve ser realizado mediante *iniciativa e custos dos próprios ocupantes dos quiosques*, bem como a através de *programa de revitalização do ambiente de praia* a ser desenvolvido *em parceria com o Município de Caraguatatuba e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)*, em sede de execução de sentença.

Faz ainda oportuna a imposição de *obrigação de fazer aos ocupantes dos quiosques, Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC (vide manifestação às fls. 1006/1015 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103) e Município de Caraguatatuba* para se promover a *readequação da ocupação dos quiosques* a partir da execução de *Projeto de Intervenção Urbanística arquitetônico e paisagístico*, com *cronograma e prazo razoável a ser especificado* - com respectiva *informação a este Juízo Federal em cumprimento de sentença* -, para fins de *padronização de layout dos quiosques* e para que: *(i)* apresentem *todo os quiosques características de estrutura e medidas de acordo com as normas de urbanização e ambientais*; *(ii)* atendam às *normas gerais de acessibilidade* às *pessoas portadoras de necessidades especiais (PNE) (iii)* contem com a *regular colocação de lixeiras de coleta seletiva* no *entorno dos quiosques*, *ambiente próprio para compartimento de gás dentro das normas de segurança*, e *obediência aos limites de ruído (dB) e horário de som ambiente*, bem como aos *recuos de calçadas de pedestres e ciclovias*, devendo-se *priorizar nos atos de execução* a utilização de *materiais recicláveis e de uso sustentável* que *agridam o quanto menos ao meio ambiente.*

E, ainda, cumprirá às partes *promover os atos necessários para o devido cadastro e regularização de funcionamento, patrimonial, sanitária e ambiental* perante os respectivos *órgãos públicos (Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU e CETESB)*, devendo pelos *ocupantes dos quiosques* serem *protocolados e apresentados os documentos necessários* para *instrução dos procedimentos administrativos competentes*, para fins de *expedição dos documentos técnicos comprobatórios (Alvará de Funcionamento, AVCB, RIP etc.) da regularidade da ocupação pelos quiosques situados na orla de Caraguatatuba.*

Ressalta-se que a presente *ordem judicial da Justiça Federal* de *demolição das estruturas de quiosque ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) situadas sobre faixa de areia de praia, não atende a preferências ou conveniências subjetivas*, mas trata-se de *questão de natureza impessoal e objetiva que decorre da APLICAÇÃO DA LEI e do ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, a todos aplicável indistintamente*, e que inclusive estabelece que *"ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." (Decreto-lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).*

Ante os *fundamentos expostos* e que sustentam a *parcial procedência* dos pedidos formulados nas *petições inicias* das respectivas *ações em julgamento em conjunto*, a partir do dispositivo desta sentença este Juízo *rejeita o pedido de demolição como um todo e de cessação total das atividades comerciais dos quiosques situados na orla de Caraguatatuba*, todavia, *especifica as obrigações de fazer e de não-fazer a serem impostas a cada uma das partes e órgão públicos* mencionados, cujos cumprimentos deverão ser comprovados dentro do *prazo específico* em *sede de cumprimento de sentença*, sob as *devidas advertências em*

caso de descumprimento.

II.2.4 – DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA – DEVER DE REPARAÇÃO INTEGRAL - OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO–FAZER – MULTA-DIÁRIA – PERDAS E DANOS

Quanto à *responsabilidade civil* para cumprimento das *obrigações de fazer e de não fazer*, nos *fundamentos e dispositivo* desta sentença consta de forma precisa a quais partes e órgãos públicos cumprirá a *execução dos atos necessários ao cumprimento da tutelas específicas*, cuidando-se de hipótese de *responsabilidade solidária entre os réus ocupantes dos quiosques, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC (vide manifestação às fls. 1006/1015 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103) e o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba* a *necessária demolição de construções sobre a faixa de areia de praia e a restauração do meio ambiente equilibrado e protegido (CF, art. 225, caput).*

Isto porque, além de se cuidar da *imposição do dever de reparação integral* através do "*cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental*", conforme *art. 14, caput, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente)*, incide no presente caso a *responsabilidade objetiva por dano ambiental*, sendo *todos os poluidores obrigados*, "*independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*" *(art. 14, § 1º).*

Assim, tanto os atuais ocupantes dos quiosques e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC, quanto o Município de Caraguatatuba, *são responsáveis solidariamente e de forma objetiva* pela *demolição das construções sobre a faixa de areia de praia* e *atos de restauração da vegetação, plantio e conservação do meio ambiente ao entorno dos quiosques*, a partir da *execução em conjunto* de *Projeto de Intervenção Urbanística* em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição e de restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP (restinga) no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com *atuação do órgão ambiental CETESB para devida realização de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA*, e de *profissional técnico habilitado (ART etc.).*

Com efeito, a *construção de quiosques ou de parte deles (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia* se deu por empreendimento dos ocupantes dos quiosques, mas sob o consentimento do Poder Público Municipal, que chegou inclusive a *regulamentar permissões e ocupações na faixa litorânea através de Decretos Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991* e o *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984)*, não obstante cumprir à *Secretaria de Patrimônio da União – SPU* a *gestão e administração das relativas a terrenos de marinha (Lei nº 9.636/1998, art. 1º)*, tal como se verifica na *orla do Município de Caraguatatuba.*

Por força dos *princípios do poluidor-pagador* e da *reparação integral (art. 14, caput, da Lei nº 6.938/1981)*, admite-se a *condenação dos réus, simultânea e agregadamente*, em *obrigação de fazer e de não fazer.* Aí se encontra a típica *obrigação cumulativa ou conjuntiva*, entendimento consolidado na *jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ*:

> ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-

PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. (...) 6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (reductio ad pristinum statum, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração in natura nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável "risco ou custo do negócio", acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. 8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. (STJ, REsp nº 1198727/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 14/08/2012) (Grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. *DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL*. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. *RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. A *Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual*, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. *O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região*. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (AgRESP 201201507675, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJE DATA:27/02/2013) (Grifo nosso).

Para fins de "*efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*", a partir das "*medidas necessárias à satisfação do exequente*" impostas por este Juízo Federal, *eventual descumprimento poderá vir a acarretar a fixação de MULTA-DIÁRIA* sob os *custos dos réus*, bem como, ainda, e a depender a necessidade que se caracterizar no *caso em concreto em cumprimento de sentença*, a *ordem judicial de "remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial*", sem prejuízo de "*responsabilização por crime de desobediência*", conforme estabelece a *lei processual civil (CPC)*:

Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer
Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica

> ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.
> § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.
> § 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.
> § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Ainda, para o caso de se verificar *eventual impossibilidade de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, excepcionalmente e em último caso*, em sede de *execução de sentença* e sem prejuízo da incidência de *MULTA-DIÁRIA por descumprimento*, poderá este Juízo oportunamente vir a deliberar sobre a *conversão das obrigações em PERDAS E DANOS a serem suportados pelos réus (CPC, art. 499)*, devendo neste momento processual e no cumprimento desta sentença, contudo, se priorizar a "*prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva*", conforme *art. 10, da Lei nº 7.347/1985 (LACP)*, a partir do *cumprimento efetivo das obrigações de fazer e de não-fazer* e a *restauração do meio ambiente da faixa de areia de praia ao estado original (reductio ad pristinum statum).*

Sobre a *conversão em perdas e danos* somente na hipótese de *impossibilidade de cumprimento da tutela específica*, dispõe o CPC, art. 499:

> *Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos* se o autor o requerer ou *se impossível a tutela específica* ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (Grifo nosso).

Com efeito, o *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* firmado entre particulares, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e o Ministério Público Estadual perante a *Justiça Estadual (TAC da Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010 - Ação Civil Pública nº 373/2010 – 1ª Vara Cível de Caraguatatuba – vide fl. 565/577 da ACP nº 0002255-47.2011.403.6103)*, que, apesar de ter por "*objetivo disciplinar o uso e ocupação de bens imóveis de domínio da União*" (fl. 568), *não contou com participação ou consentimento expresso da União (SPU)*, deverá *observar os termos e obrigações de fazer e de não fazer impostas na presente sentença*, visto tratar da *ocupação de faixa de areia de praias marítimas e terrenos de marinha, bens públicos da União (CF, art. 20, incisos IV e VII)*, estando *revogadas a partir desta sentença eventuais disposições de referido TAC em sentido contrário*, em razão da *competência da Justiça Federal* de processar e julgar ações em que a *União figure como parte ou interessada (CF, art. 109, inciso I)*, como ocorre no presente caso.

Ainda, os *termos e parâmetros desta sentença não prejudicam* o que restou deliberado nos autos *Ação Civil Pública nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e 0003852-31.2010.4.03.6121*, que tramitaram *perante este Juízo Federal*, em que se homologou *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* de 29/05/2015, tendo por *objeto* a *"demarcação de todos os terrenos e marinha nos quatro municípios do litoral norte até outubro de 2018" (vide sentença – DJe de 02/07/2015)* e, ainda, *Convênio, Termo Aditivo e Plano de Trabalho* com *objetivo* de "*implantação de projetos de cadastramento e regularização de ocupação de imóveis de domínio da União localizados no Município de Caraguatatuba*" e *prazo final em 20/03/2018 (já expi-*

rado) (fl. 919/937 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), em razão de se tratarem de *objetos e matérias complementares*.

Conforme ponderou o próprio *Ministério Público Federal* em suas razões, "*o julgamento do presente feito prescinde da homologação e demarcação da LPM de todo o litoral norte do Estado de São Paulo, objeto das já mencionadas ações... não há qualquer relação de prejudicialidade com o objeto das referidas ações civis públicas...*" (fl. 984-v da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103).

E, para além das *obrigações de fazer* e de *obrigações de não fazer objeto da presente sentença*, *medidas adicionais e complementares* poderão ser implementadas pelas partes em sede de cumprimento de sentença, para fins de *melhor adequação dos atos necessários* a serem providenciados pelos quiosqueiros e pelo Município de Caraguatatuba perante os respectivos *órgãos públicos*, inclusive mediante a *realização de parcerias e convênios entre as partes e órgãos públicos (Ministério Público Federal, Município de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU, CETESB e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC)*, para fins de se *otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental*.

II.2.5 – CONTEXTO SOCIOECONÔMICO LOCAL E REGIONAL – CULTURA CAIÇARA E ATIVIDADE COMERCIAL FAMILIAR DE SUBSISTÊNCIA - PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA (CF, ART. 170, CAPUT E INCISO IV)

A lei processual prevê que "*o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece" (CPC, art. 375)* e que deverão ser *tomados em consideração "fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito" (CPC, art. 493)*.

Releva destacar que existe um *contexto socioeconômico* formado a partir da instalação dos *quiosques na orla da Estância Balneária de Caraguatatuba*, constituído principalmente a partir de *nativos e pessoas que há tempos se instalaram no litoral norte do Estado de São Paulo*, que, dentro de sua *cultura e modo de vida caiçara*, passaram a desenvolver a *atividade comercial na faixa litorânea*, fazendo desse trabalho o *modo de sustento de sua família e sucess*Por conseguinte, *não obstante a premente necessidade de se adequar as instalações dos quiosques da orla de Caraguatatuba a uma forma de ocupação dentro dos limites da lei e de forma sustentável perante o meio ambiente*, em razão da *proibição legal de se construir em faixa de areia de praia*, bem como da *imperiosa necessidade de sua regularização patrimonial, sanitária e ambiental*, impõe-se o *reconhecimento, tanto por este Juízo Federal quanto pela comunidade local e regional*, do *caráter familiar e regional do comércio* que se desenvolve na *faixa litorânea da Estância Balneária de Caraguatatuba*, que atende às *diversas faixas etárias*, e ao *mais diversificado público*, formado tanto por *residentes da localidade* quanto por *turistas*.

E tal *atividade comercial*, realizada de maneira *peculiar e regional* pelos *atuais ocupantes dos quiosques,* deve ser *preservada*, sobretudo para a *manutenção do meio de vida de diversas famílias* que se estruturaram e ainda se sustentam a partir dos *quiosques da faixa litorânea*, e que *um dia acreditaram na região para prosperar seus propósitos de vida*, bem como para a continuidade da *promoção da economia e do turismo locais*, que *muito se beneficiam e interagem com a atividade comercial dos quiosques* situados na orla de Caraguatatuba.

Em razão dessa *peculiaridade regional* e da *cultura caiçara* inerente à *atividade comercial dos quiosques desenvolvida pela comunidade local*, que sobrevive e impulsiona a economia da cidade e região tanto na alta quanto na baixa temporada, *nesta esfera judicial*

fica expressamente afastada qualquer imposição de abertura de licitação futura para fins de concessão ou pemissão da atividade comercial nos quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba, nos termos das *Leis nº 8.666/1995 (Lei de Licitações) e 8.954/2002 (Lei de Concessões)*, como condição para manutenção de seus ocupantes no *exercício de suas atividades comerciais por prazo delimitado.*

Na *atual conjuntura socioeconômica* que se *apresenta na Estância Balneária de Caraguatatuba e no cotidiano do comércio local e regional*, *eventual imposição de prazo delimitado de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos remanescentes para o exerício do comércio pelos atuais ocupantes dos quiosques*, para *subsequente submissão a processo de licitação*, certamente traria *descompassos e reflexos nocivos à ecomomia familiar local.*

Isto porque, muito embora o *processo licitatório (Lei nº 8.666/1993)* possa submeter o *exercício do comércio a partir dos quiosques à sociedade como um todo e a eventuais interessados sob forma de concorrência pública*, há que se considerar que *há atuais ocupantes de quiosques que se encontram estabelecidos já há mais de 10 (dez) ou 20 (vinte) anos no livre exercício do comércio em quiosques sob o consentimento do Poder Público* (*vide matéria* à fl. 56 da Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103), e em grande parte dos casos *a partir do incentivo da Prefeitura local*, que houve por bem outrora regulamentar ocupações para a resolução de *situações de nociva informalidade e de comércio ambulante ("barracas e traillers" – vide Decreto Municipal nº 34, de 28/02/1996).*

Por conseguinte, *não se afigura justo nem razoável* agora pretender se submeter a *atividade dos quiosques, de comércio familiar e inerente à cultura caiçara litorânea,* a *grandes empreendedores e detentores do poderio econômico*, sob *critérios questionáveis no caso em concreto em que seria remota a igualdade de "condições de competitividade" (art. 18, § 5º, da Lei nº 9.636/98) (v.g. menor preço e maior lance ou oferta – Lei nº 8.666/93, art. 45, § 1º, incisos I e IV), em notável prejuízo da subsistência de famílias que há tempo constituíram os quiosques como seu meio de vida e empreenderam investimentos de retorno a médio e longo prazo para fornecerem melhor estrutura e condições mais apresentáveis à comunidade local e regional*, inclusive, em alguns casos, em atendimento às normas Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991 e o Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984) e a TAC (Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010) que pretederam regular a matéria.

Ressalta-se que, *nos casos em concreto* e em razão das *peculiaridades locais e regionais*, não obstante a *relevância dos princípios* que norteiam o *processo licitatório (Lei nº 8.666/1993, art. 3º)*, eventual submissão à *atividade comercial dos quiosques* à *concorrência pública*, com a *nociva e potencial desproporção de condições de concorrência entre os comerciantes locais e grandes empresas (ex. distribuidores de bebidas, alimentos etc.)*, certamente traria *reflexos nocivos à própria livre concorrência e ao livre mercado, princípios da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV)* que devem, no presente caso, serem *privilegiados a partir da manutenção da atividade comercial caiçara e familiar dos quiosques*, ou seja, através dos seus *ocupantes atuais que atendam aos requisitos a seguir especificados (1, 2 e 3)*, sobretudo para se assegurar o seu *caráter de elemento da cultura caiçara e de economia familiar de subsistência.*

Por oportuno, a própria *Lei nº 9.636/1998*, que dispõe acerca da *regularização e administração de bens imóves de domínio da União*, prevê a *possibilidade de cessão de bens públicos de propriedade da União*, inclusive *terrenos de marinha*, mediante a *dispensa do procedimento licitatório*, quando presentes os *requisitos legais*, dentre os quais o "*interesse público ou social*" e a presença de "*associações*", e ainda em casos de "*bens imóveis de uso*

comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados)", como se verifica ocorrer no presente caso de ocupação pelos *quiosques da orla do Município de Caraguatatuba*, em que atua a *Associação dos Quisques de Caraguatatuba – AQC*:

> Da Cessão
> Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a:
> I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
> II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)
> § 1o A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007). (...)
> § 6º Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a: (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
> (...)
> II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)." (Grifo nosso).

Por outro lado, para se manter a *coerência e a razoabilidade* com a *atividade comercial dos quiosques* como *inerente à cultura caiçara local* de *exercicio do comércio familiar de subsistência*, fica determinado a partir da *presente ordem judicial* que *os atuais ocupantes dos quiosques, individualmente identificados, deverão observar que, a permanência na ocupação regular dos quiosques* e *continuidade da atividade comercial familiar, independentemente de licitação*, fica *condicionada aos seguintes requisitos*:

1) Exercício de atividade comercial no quiosque onde esteja situado há pelo menos 5 (cinco) anos (a partir da data da sentença)

2) Não possuir qualquer vínculo empregatício ou outra atividade comercial como empresário ou profissional autônomo (vide CNIS e PLENUS)

3) Não exercer qualquer cargo ou função pública

Na hipótese de *não se verificar quaisquer desses requisitos*, a partir dos documentos cadastrais e da identificação pessoal do atual ocupante, o quiosque identificado deverá vir a ser *desocupado em sede de cumprimento de sentença*, para então *oportuna oferta em regime de concorrência pública*, observados os termos das *Leis nº 8.666/1995 (Lei de Licitações) e 8.954/2002 (Lei de Concessões).*

Ainda, a partir do *necessário levantamento, pelo Município de Caragutatuba e pela Secretaria de Patrimônio da União - SPU*, de *todos os quiosques que estejam abertos e em plena atividade comercial familiar, identificar as instalações de quiosques que estejam em desuso, ou seja, fechados à atividade comercial atual*, para fins de desativação em definitivo, demolição e restauração da área às características originais, *ou* eventual readequação aos padrões de ocupação urbanística, arquitetônicos, paisagísticos e de *layout* para sua reativação

comercial regular.

Tal propósito de *identificação dos quiosques paralisados e sem atividade comercial*, tal como ocorre em *boa parte dos quiosques situados nas praias da região sul de Caraguatatuba (Jardim Aruan, Britânia, Praia das Palmeiras e Porto Novo)*, visa sobretudo *evitar sua indevida destinação a fins residenciais*, bem como a *inoportuna ocupação por transeuntes e para prática de atividades ilícitas*, afetando ainda na *poluição visual e aspecto paisagístico da faixa litorânea*.

Com efeito, o *regular funcionamento dos quiosques* deve se dar a partir da *necessária comprovação de cumprimento* das *obrigações de fazer e de não fazer*, para manutenção da *regularidade de funcionamento, patrimonial, sanitária e ambiental dos quiosques*, o que atende ao *interesse público*, aos *interesses socioeconômicos da comunidade local e regional caiçara e litorânea*, bem como aos *princípios da livre iniciativa e da livre concorrência da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV)*.

Ademais, constitui *dever poder público com um todo, Federal, Estadual e Municipal*, no regular *exercício do poder de polícia e fiscalizatório, zelar pelo cumprimento das normas* que impõem a *regularidade de funcionamento (MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e CORPO DE BOMBEIROS), patrimonial (SPU) e ambiental (CETESB)*, sem prejuízo do *respeito à presente ordem judicial e à necessidade de comprovação de cumprimento pelas partes das obrigações de fazer e de não-fazer objeto da presente sentença*.

II.2.6 – BENS DA UNIÃO – SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO (SPU) - PODER REGULAMENTAR MUNICIPAL – VÍCIO DE ILEGALIDADE - TERMO DE ADESÃO (LEI Nº 13.240/2015)

Conforme previsão expressa da *Constituição Federal* e da *Lei nº 9.636/1998, art. 1º, compete à União*, através da *Secretaria de Patrimonio da União – SPU, gerir e administrar as áreas e construções situadas sobre terreno de marinha*, sendo o somente o referido *órgão público federal (SPU)* o *competente para eventuais pemissões e concessões públicas* na *faixa litorânea* compreendida dentre as *praias marítimas e terrenos de marinha, bens da União (CF, art. 20, incisos IV e VII)*:

> DA UNIÃO
> Art. 20. São bens da União: (...)
> IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)
> (...)
> VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; (...).

Assim, as *ocupações por quiosques ou outras construções sobre as faixas de areia de praia e de terreno marinha* devem se dar a partir da *atuação direta e efetiva da Secretaria de Patrimônio da União, nos termos da Lei nº 9.636/1998, arts. 1º e 11:*

> Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis (...)
> (...)

> Art. 11. Caberá à SPU a incumbência de fiscalizar e zelar para que sejam mantidas a destinação e o interesse público, o uso e a integridade física dos imóveis pertencentes ao patrimônio da União, podendo, para tanto, por intermédio de seus técnicos credenciados, embargar serviços e obras, aplicar multas e demais sanções previstas em lei e, ainda, requisitar força policial federal e solicitar o necessário auxílio de força pública estadual.(Grifo nosso).

Portanto, em razão de extrapolar o poder normativo do Poder Executivo Municipal, impõe-se a *declaração judicial de ilegalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992*, do *Município da Estância Balneária de Caraguatatuba*, que "*dispõe sobre permissão de uso de área na faixa de praia compreendida entre o Rio Tabatinga e Rio Juqueriquerê*"; do *Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991*, que "*dispõe sobre permissão de uso de áreas na faixa da praia Martim de Sá*", e o *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984,* que "*dispõe sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia compreendida entre a Ponta do Camaroeiro e o Rio Juqueriquerê*", bem como de eventuais *outros atos legais e normativos Municipais que tratam da permissão de uso de áreas na faixa da praia*, visto *não cumprir à Administração Municipal dispor sobre a permissão de uso sobre faixa de areia de praia e de terrenos de marinha.*

Ao contrário do que sustenta o Município de Caraguatatuba, em seu *pedido de reconsideração* à decisão que deferiu em parte o *pedido de liminar* na *Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal) (fl. 547/562)*, a alegação de que a Municipalidade "*detém, desde o ano de 1992, autorização do Ministério da Marinha, por sua Capitania dos Portos, para construir quiosques em diversas praias da cidade*" (fl. 558), *não legitima nem legaliza qualquer construção de quiosque sobre faixa de areia de praia ou terreno de marinha*, visto existir *proibição legal expressa de construção sobre faixa de areia de praia (art. 10, § 3º, da Lei 7.661/1988).*

Outrossim, *compete somente à Secretaria de Patrimonio da União (Decreto–lei nº 9.760/1946 e Lei nº 9.636/1998), e não à Marinha do Brasil*, a *gestão e administração das praias marítimas e terrenos de marinha onde se encontram situados os quiosques*, pondendo *exclusivamente a SPU dispor a título de cessão ou permissão de uso de tais áreas consideradas bens da União (CF, art. 20, incisos IV e VII).* Nesse sentido, *relevante precedente jurisprudencial assevera: "Ministério da Marinha (Capitania dos Portos). Referido órgão não tem competência para autorizar o uso de bem da União"* (AC - APELAÇÃO CIVEL 2005.04.01.027714-4, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 25/06/2007).

Conforme *reconhece o próprio Município de Caraguatatuba* em sua contestação à Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103:

> á área ocupada por 'quiosques' é de domínio da UNIÃO FEDERAL, compete a ela providenciar a retomada da área e requerer o desfazimaneto de possíveis construções, como também, compete a ela outorrgar a concessão de uso da orla marítima ao Município para que esse possa providenciar o correto ordenamento jurídico. (...)
> Incontroverso que a União detém competência exclusiva para regulamentar a aquisição, o uso, a administração e a alienação de seu patrimônio, sendo absolutamente nulo qualquer atro admnistrativo de 'permissão de uso' a particulares em praias marítimas à mingua de autorização da União. (fl. 226/227 – Grifo nosso).

Por oportuno, no curso da *Ação Popular nº 0004036-07.2011.403.6103* foi acostado *acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 176612-03* (fl. 37/44 e 300/307), que tratou da "*permissão de uso" pelo*

Município e houve por bem declarar a *inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992*, do *Município da Estância Balneária de Caraguatatuba*.

Todavia, *sem prejuízo do v. acórdão do TJSP* e de seu *trânsito em julgado ou não* (*vide* decisão de fl. 46/47 que indeferiu o pedido de liminar), e em razão da *nociva persistência de situação de fato* decorrente da *aplicação dos referidos Decretos Municipais (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992*, *Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991* e o *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984)*, impõe-se a *atuação deste Juízo Federal* e o respeito à *competência da Justiça Federal* para *processar e julgar ações* em que haja interesse relativo a bens da União e em que a União seja parte ou interessada *(CF, art. 109, inciso I)*, como ocorre no *presente caso sob julgamento*.

Sobre o fato de que "*os bens públicos federais não podem ser alvo de ato administrativo municipal de permissão de uso, sem a expressa autorização da real proprietária da área, a União Federal*", e de que "*não pode, todavia, [o Município] pretender legislar sobre a forma de utilização de bem que pertence à União, salvo se para isso autorizado expressamente*", conforme se verifica no *caso em tela*, *a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*:

> AÇÃO POPULAR. TERRENO DE MARINHA E SEUS ACRESCIDOS. PERMISSÃO DE USO DA ÁRES CONCEDIDA PELA MUNICIPALIDADE SEM AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. PERMISSIONÁRIOS. TERCEIROS DE BOA FÉ. DEMOLIÇÃO DAS CONTRUÇÕES. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER DA MUNICIPALIDADE QUE CONCEDEU, INDEVIDAMENTE, A PERMISSÃO DE USO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES PROVIDAS. PRECEDENTES DO C. STJ. 1. Os terrenos de marinha e seus acrescidos são de propriedade da União Federal desde a sua instituição e o seu domínio útil, pela Administração Pública Federal, independe da formal demarcação pelo DPU, por ser ato administrativo com efeito meramente declaratório. 2. Na hipótese de terreno de marinha e seus acrescidos, cabe ao ocupante da área o ônus de provar que não se trata de área de propriedade da União Federal. Precedentes do C. STJ. 3. Em se tratando de terreno de marinha e seus acrescidos, o entendimento jurisprudencial está firmado no sentido de que nem mesmo o registro notarial, em nome de particular, serve para demonstrar, de pronto, que aquelas áreas não sejam de propriedade da União. Precedente do C. STJ, em sede de Recurso Repetitivo. 4. Segundo o que determina o § 3º do art. 183 da Constituição Federal, nem mesmo o fato dos terrenos de marinha e seus acrescidos estarem sendo ocupados irregularmente por terceiros, ainda que ha muito tempo, retira a propriedade da União Federal. 5. Os terrenos de marinha são bens dominiais e sua ocupação depende de expressa autorização da Administração Pública Federal. 6. Os bens públicos federais não podem ser alvo de ato administrativo municipal de permissão de uso, sem a expressa autorização da real proprietária da área, a União Federal. (...). 8. Diante do reconhecimento do direito de propriedade da União Federal sobre a área, que é terreno de marinha e seus acrescidos; da ilegitimidade das permissões de uso concedidas pela administração municipal; e da boa-fé dos terceiros envolvidos, impõe-se a demolição das construções existentes com a consequente remoção dos entulhos e demais intervenções feitas em razão da construção dos quiosques, obrigação essa que se impõe ao Município que concedeu, indevidamente, as permissões de uso da área aos particulares. (...) 10. Remessa oficial e apelações providas. 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 à remessa oficial e às apelações da União Federal e do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1770004 0209068-65.1995.4.03.6104, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/03/2018 – Grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE QUIOQUES EM ÁREA DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. 1. O laudo pericial levado a efeito demonstra que todos os quiosques da Praia de Itapema/SC, que são objeto desta ação, estão localizados em terrenos de marinha, alguns deles avançando sobre a praia. 2. As praias são bens públicos de uso comum, isto é, de utilização comum pela coletividade, devendo seu acesso ser garantido a todos e não podem ser objeto de apropriação privada. 3. A municipalidade, por não ter poder de decisão sobre as praias e terrenos de marinha, deve ser vista como terceiro, e nesta posição, não poderia conferir direito sobre área de domínio de outra entidade. Parece evidente, assim, que o fato de ter o Município autorizado o uso das áreas de marinha e de praia não confere qualquer direito aos autorizatários. 4. O Município até tem competência para tratar de assuntos de interesse local, e suplementar a legislação federal, no que couber (art. 30, I e II, da CF). Não pode, todavia, pretender legislar sobre a forma de utilização de bem que pertence à União, salvo se para isso autorizado expressamente. 5. Nada obsta que o Município discipline, por exemplo, o comércio de ambulantes nas praias; não pode, todavia, consentir com o levantamento de edificações em tais sítios, pois eles não lhes pertencem. 6. No caso dos autos não foi demonstrado que exista qualquer autorização para utilização dos bens pertencentes à União, em especial por parte da Secretaria de Patrimônio da União, órgão do Ministério do Planejamento ao qual compete a administração dos bens pertencentes à referida pessoa jurídica (art. 33 do Decreto nº 5.134, de 07 de julho de 2004). Pelo contrário, a União, tendo ciência do processo, apressou-se em habilitar-se como litisconsorte ativo, endossando a pretensão veiculada na exordial. 7. Saliente-se que irrelevante igualmente eventual nada a opor por parte do Ministério da Marinha (Capitania dos Portos). Referido órgão não tem competência para autorizar o uso de bem da União. 8. Segundo o artigo 225 da Constituição Federal todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 9. Os quiosques, como demonstrou a perícia, estão inteiramente localizados na faixa de marinha, sendo que alguns deles localizam-se inteiramente na faixa de praia e outros parcialmente. 10. O local é constituído de planície arenosa e faixa de praia, cujos substratos constituídos basicamente de areia quartzosa confere um caráter de solo excessivamente drenado, que aliado à influência marinha definiu a restinga como o padrão de vegetação que ali originalmente ocorria, entendida como vegetação de restinga a vegetação pioneira, de primeira ocupação, que reveste as planícies e terraços costeiros, formados pela acumulação de sedimentos arenosos de origem marinha, eólica e fluviomarinha. 11. O Código Florestal estabelece em seu artigo 2º, alínea f, que são consideradas de preservação permanente quaisquer formas de vegetação situada nas restingas. Não fora isso, as áreas de restinga são protegidas pelo artigo 3º do Decreto 750, de 10.02.93.Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (AC - APELAÇÃO CIVEL 2005.04.01.027714-4, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 25/06/2007).

A partir dos *elementos probatórios* dos autos e respectivos *atos legais e normativos Municipais, não há qualquer informação* que aponte para a *realização de necessário termo de adesão entre o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e a União*, conforme *Lei nº 13.240/2015, art. 14, § 1º (Gestão de Imóveis da União)*, tampouco dados sobre eventual *consulta formal pelo Município à União*, ou mesmo *anuência expressa da União sobre os atos de permissão do Município*, estando, por consequência, acometidos pelo *vício de ilegalidade*

o *Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992*, o *Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991* e o *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984*, cuja declaração gera *efeitos para todos e a partir desta sentença (efeitos erga omnes e ex nunc).*

A *própria União* assevera em sua *manifestação* na Ação Civil Pública nº 0007417-57.2010.403.6103 (principal) ser:

> absolutamente nulo qualquer ato administrativo de 'permissão de uso' a particulares em praias marítimas, fundamentado, apenas, em legislação municipal – como ocorrido, na espécie, com a edição do aludido Decreto nº 181, de 30 de dezembro de 1992, editado pelo Município de Caraguatatuba-SP, à míngua de autorização da União (fl. 755).

No presente caso, observadas as peculiaridades que envolveram o *tratamento da ocupação dos quiosques pela Municipalidade*, que pretendeu regulamentar a matéria para a resolução de *situações de nociva informalidade e de comércio ambulante ("barracas e traillers" – vide Decreto Municipal nº 34, de 28/02/1996), excepcionalmente, não haverá condenação dos réus ao "pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários" (art. 11, da Lei nº 4.717/65),* sobretudo em razão de *não se vislumbrar dolo ou má-fé edição dos Decretos Municipais.*

Por outro lado, *permanecem vigentes* os atos legais que *declaram de relevante interesse turístico e social os quiosques* situados na *orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba (Lei nº 1.803/2010)*, e que se referem a *estudo das questões relativas aos quiosques (Decreto nº 80, de 17/05/2005)*, com *declaração de ilegalidade somente dos referidos atos que disponham "sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia" (Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992*, *Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991* e *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984).*

Por oportuno, visando ao *interesse público da comunidade litorânea* e se *suprir ausência de regulamentação nos termos da lei* acerca da *faixa de areia de praia e terrenos de marinha*, faz-se oportuna a fixação de *obrigação de fazer às partes Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e União, através da Secretaria de Patrimônio da União - SPU*, para fins de *gestão Municipal das praias marítimas urbanas locais*, inclusive das *áreas de uso comum com exploração econômica*, a partir da *necessária assinatura de termo de adesão* nos termos da *Lei nº 13.240/2015 (Gestão de Imóveis da União), art. 14, § 1º*:

> Art. 14. Fica a União autorizada a transferir aos Municípios litorâneos a gestão das praias marítimas urbanas, inclusive as áreas de bens de uso comum com exploração econômica, excetuados: (...)
> § 1º A transferência prevista neste artigo ocorrerá mediante assinatura de TERMO DE ADESÃO com a União.
> § 2º O termo de adesão será disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para preenchimento eletrônico e preverá, entre outras cláusulas:
> I - a sujeição do Município às orientações normativas e à fiscalização pela Secretaria do Patrimônio da União;
> II - o direito dos Municípios sobre a totalidade das receitas auferidas com as utilizações autorizadas;
> III - a possibilidade de a União retomar a gestão, a qualquer tempo, devido a descumprimento de normas da Secretaria do Patrimônio da União ou por razões de interesse público superveniente;
> IV - a reversão automática da área à Secretaria do Patrimônio da União no caso de cancela-

mento do termo de adesão;
V - a responsabilidade integral do Município, no período de gestão municipal, pelas ações ocorridas, pelas omissões praticadas e pelas multas e indenizações decorrentes. (Grifo nosso).

E, sobre a possiblidade de ser celebrado *convênio entre o Município de Caraguatatuba e a SPU*, "*a juízo e a critério do Ministério da Fazenda"* e que tenha como objeto a "*fiscalização de área do patrimônio da União*", "*sempre respeitados a preservação e o livre acesso às praias marítimas... e as outras áreas de uso comum do povo*", dispõe a *Lei nº 9.636/1996*:

Da Celebração de Convênios e Contratos
Art. 4o Os Estados, Municípios e a iniciativa privada, a juízo e a critério do Ministério da Fazenda, observadas as instruções que expedir sobre a matéria, poderão ser habilitados, mediante convênios ou contratos a serem celebrados com a SPU, para executar a identificação, demarcação, cadastramento e fiscalização de áreas do patrimônio da União, assim como o planejamento e a execução do parcelamento e da urbanização de áreas vagas, com base em projetos elaborados na forma da legislação pertinente.
§ 1o Na elaboração e execução dos projetos de que trata este artigo, serão sempre respeitados a preservação e o livre acesso às praias marítimas, fluviais e lacustres e a outras áreas de uso comum do povo. (...)

Sobre a "*existência irregular de quiosques nas areias da praia*", o "*dano ambiental causado por estes quiosques"* e a *competência da Secretaria de Patrimônio da União – SPU* para "*autorizar a exploração de bens da União*" e para "*transferência aos Municípios litorâneos da gestão das praias marítimas urbanas"*, segue *relevante precedente jurisprudencial*, em grande parte aplicável ao presente caso:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. QUIOSQUES.* PRAIA DE SETIBA. *TERRENO DE MARINHA. ÁREA DE RESTINGA.* CESSÃO DE USO AOS MUNICÍPIOS. *DEMOLIÇÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR.* I - Rejeitam-se as preliminares de prescrição e de prescrição intercorrente, haja vista que o *dano ambiental tem caráter continuado, donde as ações de pretensão de reparação dos danos ambientais são imprescritíveis, enquanto ininterrupta a conduta danosa.* In casu, os fatos objeto da demanda ainda estão em curso, qual seja, a *existência irregular de quiosques nas areias da praia* de Setiba e o *dano ambiental causado por estes quiosques.* Outra não é a *orientação do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: REsp 1223092/SC e REsp 1120117AC.* (...) IV - Segundo o art. 225 da Constituição Federal, *o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos*; *a Mata Atlântica e a Zona Costeira são patrimônio nacional; e "as praias marítimas" e "os terrenos de marinha" "são bens da União", a teor do seu art. 20. As "praias" são definidas como "bens públicos de uso comum do povo" pela Lei 7.661/88 e o Decreto-lei 9.760/46* define os "terrenos de marinha", afirma a dominialidade da União sobre eles e anota que o *ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo. A Lei 11.428/06 prescreve que as vegetações de restingas são consideradas integrantes do Bioma Mata Atlântica e a Lei 12.651/12 prevê que são consideradas Área de Preservação Permanente as restingas*, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues. 1 V - *O Decreto-lei 2.398/87, com a redação dada pela Lei 13.139/15, inclui, dentre as sanções para aquele que construir ou instalar equipamentos, sem prévia autorização, em bens de uso comum do povo, a demolição e/ou remoção da construção e dos equipamentos instalados, à conta de quem os houver efetuado, caso não sejam passíveis de regularização.* A Lei 9.636/98 firma que caberá à Secretaria do Patrimônio da União - SPU a incumbência de fiscalizar o uso dos imó-

veis pertencentes ao patrimônio da União e, se o empreendimento em ecossistemas costeiros necessariamente envolver áreas originariamente de uso comum do povo, poderá ser autorizada a utilização dessas áreas, mediante cessão de uso aos Municípios, a qual será autorizada em ato do Presidente da República. O Decreto 3.125/99 delega expressamente essa competência ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; que subdelega a competência ao Secretário do Patrimônio da União, que, por sua vez, subdelega a referida competência aos Superintendentes do Patrimônio da União. *A Lei 13.240, com vigência a partir de 31/12/15, veio tratar da transferência aos Municípios litorâneos da gestão das praias marítimas urbanas, inclusive das áreas de bens de uso comum com exploração econômica, o que deve ocorrer mediante assinatura de termo de adesão com a União.* VI - As provas carreadas aos autos demonstram que a ocupação se dá em área composta de vegetação de restinga, integrante do patrimônio nacional Bioma Mata Atlântica, sendo, portanto, considerada Área de Preservação Permanente, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues que são as restingas; área tal que só permite o acesso de pessoas para realização de atividades de baixo impacto ambiental. *Segundo as normas ambientais, a ocupação ora analisada exsurge irregular também do ponto de vista administrativo, na medida em que autorizada, em sua origem, pelo Município de Guarapari/ES, ente que não possui competência para regular aspectos referentes a bens da União - como são as áreas de praia marítima e os terrenos de marinha*, atualmente ocupadas em Setiba. VII - Ficou claro que a construção irregular das edificações causa danos ao meio ambiente na orla da *Praia* de Setiba. O Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - IEMA*, em seu Parecer Técnico COGEST nº 021, após identificar os principais problemas encontrados na referida orla, aponta as ações de recuperação, para seus trechos, destacando-se dentre elas*: *a demolição dos quiosques*; *a retirada dos aterros*, devolvendo a condição arenosa ao terreno; *a retirada dos muros de arrimo que foram instalados apenas para construção dos quiosques*; a realização de manutenção das três faixas que ainda contém exemplares da vegetação de restinga, mediante a retirada de espécies exóticas competidoras e plantio de espécies nativas, etc. VIII - *Além de não se poder ignorar o dano ambiental, não se pode dar valor jurídico aos Termos de Permissão de Uso, assinados em 1992 e em 2000, porquanto expedidos por autoridade absolutamente incompetente, já que a Prefeitura de Guarapari/ES não tem competência para autorizar a exploração de bens da União; a atribuição para fazê-lo é da Secretaria de Patrimônio da União - SPU.* IX - *Não merece prosperar o argumento de que a presença dos quiosqueiros na Praia de Setiba se apresenta como posse velha, mansa, pacífica, de boa fé e com justo título, pois que, como é sabido, os bens públicos são insuscetíveis de apossamento por particulares, só se admitindo, nesta seara, a detenção.* X - Tampouco se pode privilegiar, no caso, a boa-fé, seja porque não se desconhecia que as construções eram irregulares, como revela a Nota Técnica COGEST nº 014 do IEMA, que contém o histórico de embargos e autuações em face dos quiosqueiros e do Município de 2 Guarapari, os quais ocorriam desde 1991; como também porque, ao renovar o Termo de Permissão e Uso pelo período de 20 anos, já no ano 2000, as normas ambientais deixavam claro que o órgão responsável por conceder autorização para construção de *quiosques* na *praia* é a SPU. De igual forma, os quiosqueiros tinham ciência da ocupação irregular, tanto que assinaram um acordo para desocuparem a área voluntariamente no dia 06/04/2010. XI - Logo, legítima a *remoção dos quiosques, a fim de resguardar o livre acesso e utilização da praia, bem público de uso comum do povo; assim como a obrigação de reparação/compensação dos danos ambientais verificados na área degradada, tudo a teor do disposto na Lei 7.661/88*. XII - Providos os recursos do MPF e da UNIÃO FEDERAL. Desprovido o apelo de NAPOLINEU PEREIRA DA COSTA. Sentença reformada. (AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0013733-87.2011.4.02.5001, SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA - Grifo nosso).

Com efeito, sem prejuízo das "*cláusulas" (art. 14, § 2º, da Lei nº 13.240/2015)* e das "*ins-*

truções" (art. 4º, da Lei nº 9.636/1996) previstas em lei, *eventual termo de adesão, convênio* ou *contrato* entre o *Município de Caraguatatuba e a União (SPU) deverá observar todos os termos e obrigações de fazer e de não-fazer da presente sentença da Justiça Federal*, proferida em *observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa das partes*, que se encontram *bem representadas*, inclusive a *União e o Município de Caraguatatuba*, *sujeitos à coisa julgada* e à *inafastabilidade do provimento jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV).*

Por oportuno, observa-se que em relação ao *Município de Caraguatatuba*, consta do *sítio eletrônico da SPU* que já houve a solicitação de adesão à "Gestão de Praias" ao órgão público federal, encontrando-se *em fase de* "*em análise técnica*" (Fonte: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/patrimonio-da-uniao/destinacao-de-imoveis/planilha-de-municipios-tag.pdf - Consulta em 17/09/2018), sendo que a *assinatura do respectivo Termo de Adesão* passa agora a figurar como *obrigação de fazer* em razão da presente *ordem judicial* ao Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e à União Federal, a ser comprovada em *cumprimento de sentença.*

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido* e declaro *extintas as ações civis públicas nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103 e a ação popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 16, da Lei nº 7.387/85 (LACP) e art. 11, da Lei nº 4.717/65*, para fins de *CONDENAR os réus ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba - SP, a União Federal e órgãos públicos em OBRIGAÇÕES DE FAZER* e *OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER*, conforme *Lei nº 7.347/85, art. 3º e 11* e *CPC, arts. 497 e 536, a seguir discriminadas* em relação a *cada uma das partes* e *órgãos públicos*, para fins da *devida regularização de ocupação, patrimonial, sanitária e ambiental dos quiosques* situados na *orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba-SP*:

PARTES E ÓRGÃOS	*OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO-FAZER*
OCUPANTES DOS QUIOSQUES *E* *ASSOCIAÇÃO DOS QUIOSQUES DE*	*a) atualização cadastral*, protocolo de documentos, readequações estruturais e ambientais necessárias, para fins de atendimento às *normas sanitárias e de segurança* e *emissão de Alvará de Funcionamento* perante a *Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba*, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público. *b) protocolo perante o Corpo de Bombeiros - CBPMESP* dos documentos necessários *(PT, PTS etc.)* para as necessárias *vistorias*, atendimento às *normas de segurança* e *emissão do AVCB - Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros*, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público, bem como *regularidade das ligações de água e esgoto (SABESP)* e *elétrica (EDP – Bandeirante Energia)* dos quiosques da orla de Caraguatatuba. *c) demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.)*, dentre *outras instalações* com finalidade comercial à beira-mar, *situadas sobre faixa de areia de praia (Lei nº 7.661/88, art. 10, § 3º)*, com recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei, a partir da *execução em conjunto* com o *Município de Caraguatatuba* de *Projeto de Intervenção Urbanística (arquitetônico e paisagístico)*, em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; levantamentos planialtimétricos; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição, restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP ("restinga") no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com *atuação do órgão ambiental competente CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)* e de *profissional técnico habilitado (ART etc.)*. *d) retirada dos entulhos e materiais* decorrentes da *demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia, sob seus custos.* *e) restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia, Zona Costeira e área de preservação permanente – APP ("restinga")*, observados os termos da *Resolução-CONAMA nº 303/2002 (Áreas de Preservação Permanente)* e da *Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo)*, e *colocação de placas informativas e educativas* de incentivo à *limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável*, sob seus custos, em parceria com a *Prefeitura Municipal e órgão ambiental CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)* para execução dos *atos de limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação no entorno dos quiosques*, mediante atuação de *profissional técnico habilitado (ART etc.)*. *f)* providenciar os *atos necessários perante a Secretaria de Patrimônio da União - SPU* e atender *às exigências e adequações estruturais* necessárias para fins de *cadastro e emissão de RIP - Registro de Inscrição Patrimonial*, para sua fixação no quiosque (bar, restaurante etc.) em local visível ao público, bem como efetuar o *pagamento da taxa de ocupação* em razão de se

MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE	*a)* apresentar *relação atualizada de todos os atuais ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba*, com *informações detalhadas* sobre: *(i)* expedição ou não de Alvará de Funcionamento; *(ii)* inscrição Municipal; *(iii)* tempo de ocupação; *(iv)* dados cadastrais e *(v)* funcionários registrados. *b) emissão de Alvará de Funcionamento aos quiosques* que atenderem aos *requisitos* necessários e às *normas sanitárias e de urbanização* para regular funcionamento, inclusive *regularidade das ligações de água e esgoto (SABESP)* e *elétrica (EDP – Bandeirante Energia)*, devendo apresentar *cronograma e prazo razoável* para ser implementado o *atendimento total aos quiosques* da *rede de esgoto e tratamento de efluentes e resíduos*. *c) demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.)*, dentre *outras instalações* com finalidade comercial à beira-mar, *situadas sobre faixa de areia de praia (Lei nº 7.661/88, art. 10, § 3º)*, com recuo das estruturas aos limites da urbanização permitida e nos ditames da lei, a partir da *execução em conjunto* com os ocupantes dos quiosques e Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC de *Projeto de Intervenção Urbanística (arquitetônico e paisagístico)*, em que conste: memoriais descritivos correspondentes a cada praia; levantamentos planialtimétricos; plantas dos quiosques; cronograma de execução dos atos de demolição, restauração das características originais de vegetação em área de preservação permanente - APP (restinga) no entorno dos quiosques, revitalização e preservação ambiental, com *atuação do órgão ambiental competente CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)* e de *profissional técnico habilitado (ART etc.)*. *d) retirada dos entulhos e materiais* decorrentes da *demolição das estruturas de quiosque ou de parte dele (deck, estrutura fixa de mesas e cadeiras, ducha etc.) sobre a faixa de areia de praia, sob seus custos*. *e) restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia, Zona Costeira e área de preservação permanente – APP ("restinga")*, observados os termos da *Resolução-CONAMA nº 303/2002 (Áreas de Preservação Permanente)* e da *Resolução-SMA nº 32/2014 (Projetos de Restauração Ecológica do Estado de São Paulo)*, e *colocação de placas informativas e educativas* de incentivo à *limpeza e preservação do ambiente de praia limpo e sustentável*, sob seus custos, *em parceria com* ocupantes dos quiosques, Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC e *órgão ambiental CETESB (Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA)* para execução dos *atos de limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação no entorno dos quiosques*, mediante atuação de *profissional técnico habilitado (ART etc.)*. *f) execução em conjunto* com os *ocupantes dos quiosques e Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC* de *Projeto de Intervenção Urbanística arquitetônico e paisagístico*, com *cronograma e prazo razoável*, para *padronização de layout dos quiosques* e para que: *(i)* apresentem todos os quiosques as *mesmas características de estrutura, medidas e fachada (pintura etc.)* de acordo com as *normas de urbanização, sanitárias e*

UNIÃO (SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO - SPU) *(PRAZO: 60 dias)*	*a)* apresentar *relação atual de todos os atuais ocupantes dos quiosques da orla de Caraguatatuba que possuam RIP - Registro de Inscrição Patrimonial* (*vide "Recibos de Entrega de Requerimento" na SPU* de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), com *informações* detalhadas sobre: (i) situação atual e tempo do RIP; (ii) valor anual da taxa de ocupação, de forma individualizada em relação a cada quiosque, e (iii) débitos de taxa de ocupação. *b) cadastrar todos os quiosques situados na orla* (*vide "Recibos de Entrega de Requerimento" na SPU* de fls. 1035/1104 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), a partir das *exigências e adequações estruturais necessárias*, para fins de *emissão de RIP - Registro de Inscrição Patrimonial - RIP* e subsequente *cobrança de taxa de ocupação* dos quiosques que ocupem área de *terreno de marinha*. *c) assinatura de termo de adesão com o Município de Caraguatatuba*, para gestão das praias marítimas urbanas, nos termos da *Lei nº 13.240/2015, art. 14, § 1º (Gestão de Imóveis da União)*, que, sem prejuízo das *cláusulas* previstas em lei *(art. 14,§ 2º), deverá observar todos os termos e obrigações de fazer e de não-fazer da presente sentença*, em respeito à *coisa julgada* e à *indisponibilidade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV e XXXVI).*
CETESB *(PRAZO: 60 dias)*	*a)* realizar as *vistorias necessárias* para verificação da *regularidade ambiental da ocupação dos quiosques da orla de Caraguatatuba*, inclusive da efetividade da *rede de esgoto e tratamento de efluentes e resíduos*, a partir de informação individualizada sobre a atual *situação ambiental de cada quiosque (bar, restaurante etc.)* e suas características. *b) atuar em parceria com os ocupantes dos quiosques, Associação de Quiosques de Caraguatatuba – AQC e Prefeitura* na *restauração das características originais de vegetação e paisagismo da faixa de areia de praia e Zona Costeira*, bem como na execução dos *atos de limpeza, plantio, revitalização e conservação da vegetação ao entorno dos quiosques, mediante realização de Estudo e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/ RIMA e atuação de profissional técnico habilitado (ART etc.).*
CBPMESP 4º SG –	*a) orientar, informar e instaurar os procedimentos* através do protocolo dos *documentos necessários pelos ocupantes dos quiosques (PT ou PTS),* para *vistorias e as exigências necessárias* para a *emissão do AVCB - Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros* aos quiosques (bar, restaurante etc.) que atenderem aos requisitos normativos de segurança.

CONDENO os atuais ocupantes dos quiosques, individualmente identificados, a Associação dos Quiosques de Caraguatatuba – AQC e o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba – SP, à obrigação de fazer de observarem que a permanência na ocupação regular dos quiosques e *continuidade da atividade comercial familiar, independentemente de licitação*, será *condicionada aos seguintes requisitos judiciais*:

1) Exercício de atividade comercial no quiosque onde esteja situado há pelo menos 5 (cinco) anos (a partir da data da sentença)

2) Não possuir qualquer vínculo empregatício ou outra atividade comercial como em-

presário ou profissional autônomo (vide CNIS e PLENUS)

3) Não exercer qualquer cargo ou função pública

ADVERTÊNCIA: Na hipótese de *não se verificar quaisquer desses requisitos (itens 1, 2 e 3)*, a partir dos documentos cadastrais e da identificação pessoal do atual ocupante, o quiosque identificado deverá vir a ser *desocupado em sede de cumprimento de sentença*, para então *oportuna oferta em regime de concorrência pública*, observados os termos da *Lei nº 9.636/1998, art. 18 (bens da União)* e da *Lei nº 8.666/1995 (Lei de Licitações).*

DECLARO a ilegalidade do Decreto Municipal nº 181, de 30/12/1992, do *Decreto Municipal nº 18, de 04/03/1991* e do *Decreto Municipal nº 100, de 28/12/1984* , bem como de *eventuais outros atos Municipais que disponham "sobre permissão de uso de áreas na faixa de praia"* , com *efeitos para todos e a partir desta sentença (efeitos erga omnes e ex nunc), mantidos os atos* que *declaram de relevante interesse turístico e social os quiosques* situados na *orla do Município da Estância Balneária de Caraguatatuba (Lei nº 1.803/2010)*, e que se referem a *estudo das questões relativas aos quiosques (Decreto nº 80, de 17/05/2005).*

REJEITO a pretensão da parte autora de *demolição como um todo dos quiosques* e de *cessação total das atividades comerciais nos quiosques* da *orla de Caraguatatuba.*

REJEITO a *imposição de abertura de licitação futura para fins de concessão ou permissão da atividade comercial nos quiosques da orla da Estância Balneária de Caraguatatuba*, como condição para manutenção de seus ocupantes no *exercício de suas atividades comerciais – com exceção aos casos de não atendimento pelos atuais ocupantes dos quiosques aos requisitos de pemanência retro especificados (itens 1, 2 e 3)* -, em observância à *Lei nº 9.636/1998, art. 18, §§ 1º e 6º (regularização e administração de bens imóves de domínio da União*), bem como aos *princípios da livre iniciativa e livre concorrência da ordem econômica (CF, art. 170, caput e inciso IV).*

ADVERTÊNCIA: o *descumprimento pelas partes e órgãos públicos* de quaisquer das *obrigações de fazer e de não fazer* impostas a partir da presente sentença, a serem *comprovadas em sede de execução de sentença* através de *documentos* no *prazo específico estipulado*, poderá ensejar a *imposição de MULTA-DIÁRIA, execução específica (Lei nº 7.347/8, art. 10)* e *uso de força policial*, conforme oportuna deliberação deste Juízo Federal, estando *autorizada a realização de parcerias entre as partes e órgãos públicos (Ministério Público Federal, Município de Caraguatatuba, Corpo de Bombeiros, SPU, CETESB e Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC)*, para fins de se *otimizar o tempo e os recursos através dos atos de demolição, restauração, adequação e recuperação ambiental.*

Nos termos da fundamentação, incide no *presente caso* a *responsabilidade civil objetiva e solidária objetiva por dano ambiental (art. 14, caput e § 1º, da Lei nº 6.938/1981) entre os réus ocupantes dos quiosques, Associação dos Quiosques de Caraguatatuba - AQC e Município de Caraguatatuba*, para que, *sob seus custos em conjunto*, sejam realizados os atos necessários para a *reparação integral* e *necessária demolição de construções de quiosques ou parte deles situados sobre a faixa de areia de praia, a restauração das características originais de vegetação e paisagismo, plantio e conservação do meio ambiente equilibrado e protegido no entorno dos quiosques (CF, art. 225, caput).*

Ainda, os *termos e parâmetros desta sentença não prejudicam* o que restou deliberado nos autos *Ação Civil Pública nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e 0003852-31.2010.4.03.6121*, que tramitaram *perante este Juízo Federal*, em que se homologou *Termo de Ajstamento de Conduta – TAC* de 29/05/2015, tendo por *objeto* a *"demarcação de todos os terrenos e marinha nos quatro municípios do litoral norte até outubro de 2018" (vide sentença – DJe de 02/07/2015)* e,

ainda, *Convênio, Termo Aditivo e Plano de Trabalho* com *objetivo* de "*implantação de projetos de cadastramento e regularização de ocupação de imóveis de domínio da União localizados no Município de Caraguatatuba*" e *prazo final em 20/03/2018 (já expirado)* (fl. 919/937 da ACP nº 0007417-57.2010.403.6103), em razão de se tratarem de *objetos e matérias complementares.*

O *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC* firmado entre particulares, o Município da Estância Balneária de Caraguatatuba e o Ministério Público Estadual perante a *Justiça Estadual (TAC da Praia de Massaguaçu, firmado em 27/12/2010 - Ação Civil Pública nº 373/2010 – 1ª Vara Cível de Caraguatatuba – vide fl. 565/577 da ACP nº 0002255-47.2011.403.6103),* que, apesar de ter por "*objetivo disciplinar o uso e ocupação de bens imóveis de domínio da União*" (fl. 568), *não contou com participação ou consentimento expresso da União (SPU),* deverá *observar os termos e obrigações de fazer e de não fazer impostas na presente sentença,* visto tratar da *ocupação de faixa de areia de praias marítimas e terrenos de marinha, bens públicos da União (CF, art. 20, incisos IV e VII),* estando *revogadas a partir desta sentença eventuais disposições de referido TAC em sentido contrário,* em razão da *competência da Justiça Federal* de processar e julgar ações em que a *União figure como parte ou interessada (CF, art. 109, inciso I),* como ocorre no presente caso.

Conforme dispõem a *Lei nº 7.347/1985 (LACP), arts. 16 e 21*e *Lei nº 8.078/1995 (CDC), arts. 93, inciso II e art. 103, inciso I* e *Lei nº 7.417/65 (LAP), art. 18,* em razão de tratar da *defesa dos direitos e interesses difusos,* a presente sentença fará *coisa julgada com eficácia erga omnes (para todos),* nos *limites territoriais da jurisdição desta 35ª Subseção Judiciária (Caraguatatuba, São Sebastião, Ubatuba e Ilhabela).*

Em razão do disposto no *art. 18 da Lei nº 7.347/1985,* e *não se vislumbrando a ocorrência de má-fé, sem condenação em honorários de advogado, custas e despesas processuais.*

Oportunamente, determino à Secretaria *o traslado de cópias da presente sentença para os autos de Ação Civil Pública nº 0004338-50.2009.403.6135 e Apensos (Quiosques do Município de Ubatuba-SP); PJe nº 5000448-58.2018.4.03.6135 ("Quiosque Bistrô Gaudi" do Município de Ilhabela), e Ações Civis Públicas nº 0004423-85.2012.4.03.6103 e nº 0003852-31.2010.4.03.6121 (terrenos de marinha),*bem como *outros que se refiram a quiosques* em trâmite perante este Juízo Federal, para *informação e instrução dos respectivos feitos.*

Comunique-se ao Eminente Relator do *Mandado de Segurança - PJe nº 5012525-11.2017.4.03.000 (IBAMA)* (fl. 961) e de eventuais *recursos* interpostos no curso processual das ações, com as homenagens deste Juízo Federal.

Para devido conhecimento, deverão ser intimados da presente sentença: as *partes, órgãos públicos (SPU, CETESB e IBAMA), órgãos de segurança pública (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros de Caraguatatuba, Polícia Militar Ambiental, Polícia Civil e Polícia Federal), Marinha do Brasil e Oficial do Registro de Imóveis de Caraguatatuba.*

Promova a Secretaria os atos necessários para *reunião física* dos feitos (*ações civis públicas nº 0007417-57.2010.403.6103 e nº 0002255-47.2011.403.6103 e a ação popular nº 0004036-07.2011.4.03.6103*), que devem tramitar em conjunto, bem como as *anotações* e os *reparos necessários* nos respectivos autos.

Registre-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 19 de setembro de 2018.

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes

Ação Penal Pública
0014275-25.2014.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Rés: THALITA POZZI RIBAS ALBACH E LORAINE POZZI RIBAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/02/2019

Vistos.

O Ministério Público Federal, com base no procedimento administrativo n. 1.34.001.004166/2014-65, instaurado a partir de documentos encaminhados pelo Tribunal de Constas da União, denunciou Thalita Pozzi Ribas Albach, brasileira, casada, filha de Lealice Lurdes Ribas e Márcio José Pozzi Ribas, nascida em 23/03/1982, *com 29 (vinte e nove) anos de idade na data dos fatos*, portadora do RG n. 7.792.530-9/SSP-PR e do CPF 037.725.379-01, residente e domiciliada na Rua José de Paiva Vidal, n. 1286, Casa 11, Residencial Bieda, Bairro Vila Santa Terezinha, em Campo Largo (PR); e Loraine Pozzi Ribas, brasileira, casada, nascida em 22/08/1976, com 42 (quarenta e dois) anos de idade na data dos fatos, filha de Lealice Lurdes Ribas e Márcio José Pozzi Ribas, portadora do RG n. 7.257.195-9/SSP-PR e do CPF n. 019.487.719-18, residente e domiciliada na Travessa Iguaçu, n. 60, Centro, em Campo Largo (PR), imputando-lhes a prática do crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório, previsto no art. 90 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

De acordo com a denúncia, entre os dias 16 e 25 de novembro de 2011, as empresas de que as rés seriam as administradoras participaram do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n. 017/2011 de forma coligada, com o objetivo de obter vantagem decorrente do objeto da licitação. Disse que os fatos foram apurados pelo Tribunal de Contas da União, a partir da denúncia de uma pessoa denominada de Ronaldo Carlos Faria, a qual informou que as rés se valeram de ardil para ocultarem que suas empresas eram coligadas.

Constou da denúncia que as empresas lideradas pelas rés atuavam, de fato, coligadas, fazendo uso das mesmas estruturas: usaram do mesmo endereço dois meses antes da licitação; tinham gestão em comum; usaram do mesmo engenheiro para fazer laudos técnicos (ergométricos); as propostas vencedoras no pregão foram produzidas no mesmo computador, cujo proprietário seria uma pessoa de nome "Loraine", isto é, o nome de uma das rés; contrataram contador e representante comum para atuar em outras licitações; as empresas têm o mesmo contador.

Da denúncia infere-se que apesar de terem sido constituídas duas pessoas jurídicas distintas, a "diferença" seria apenas formal e que as rés usaram dessa circunstância porque a empresa Artmóbile habilitou-se para participar do pregão eletrônico como se fosse uma empresa de pequeno porte, quando em verdade assim não poderia fazê-lo, por ser coligada da empresa Artividade. E, usando de prerrogativas previstas em lei para empresas de pequeno porte, conseguiram burlar o caráter competitivo da licitação prejudicando os outros competidores, uma vez que a Artmóbile fez uso da prerrogativa contida na Lei Complementar 123/2006 de cobrir a proposta de outros participantes do leilão eletrônico, tanto que de um total de 7 (sete) lotes, conseguiu adjudicar 6 (seis), exatamente se valendo da condição de pequena empresa.

Nesse passo, argumentou-se na denúncia, a Artmóbile somente conseguiu adjudicar os lotes porque, de um lado tinha todas as vantagens competitivas de uma empresa de porte maior,

na medida em que se valia de toda a estrutura da empresa Artividade; e, de outro, usufruía de uma carga tributária menor destinada às empresas de pequeno porte, o que lhe dava uma vantagem competitiva maior em relação aos demais concorrentes, em razão da menor carga tributária, além de poder exercer uma faculdade que, em verdade, não poderia fazê-lo. Em suma, ao se cadastrar como empresa de pequeno porte sem ser de fato de pequeno porte, a Artmóbile reunia de um lado todas as condições de produção e redução de custos das grandes empresas e, de outro, usufruía dos benefícios tributários e de participação de certames públicos que são dirigidos às empresas de pequeno porte.

A denúncia foi recebida em 24 de novembro de 2014 e foi ordenada a expedição de carta precatória para citação. Antes mesmo do retorno da carta precatória, as rés compareceram em juízo por meio de advogado constituído (fls. 128-129, 131-132) e apresentaram respostas à acusação.

O juízo determinou a digitalização dos 13 (treze) volumes de documentos em apenso, o que foi realizado e os documentos digitalizados foram juntados por linha. (fls. 118 e 119vº.

Em sua defesa, disseram as rés que os fatos não se deram na forma narrada pela denúncia e arrolaram testemunhas.

Pela decisão de fls. 137-137vº o recebimento da denúncia foi ratificado e ordenou-se a realização de audiências para instrução do processo.

Neste juízo foi realizada uma audiência em 27 de janeiro de 2016, quando foi ouvida uma testemunha. (fls. 160-162)

O INSS encaminhou, em atendimento à determinação constante da ata de audiência de fls. 160, a cópia digitalizada do processo licitatório, num total de 17 (dezessete) volumes de documentos.

Depois, em cumprimento à carta precatória expedida pelo juízo, foi realizada na cidade de Curitiba (PR), pelos meios convencionais, outra audiência em que foram ouvidas duas testemunhas, sendo uma comum e outra de defesa, bem como as rés foram interrogadas, sendo que todos os depoimentos foram registrados em formato audiovisual. (fls. 194-196)

As partes nada requereram com fundamento no art. 402 do Código de Processo Penal.

Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal pediu a condenação das rés, na forma da denúncia.

Já a Defesa pugnou pela absolvição, uma vez que os fatos narrados seriam atípicos, por falta de prova do dolo, uma vez que não haveria *qualquer prova que de fato as duas rés premeditaram e tiveram a intenção de praticarem o crime...* e que *no mínimo houve uma falta de cautela das rés*, mas o tipo penal não puniria o ato culposo, apenas doloso. Asseveraram que não causaram qualquer prejuízo ao erário. Ao final, requereram que em caso de eventual condenação, pena fosse fixada no mínimo legal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início, registro que a instrução do processo foi iniciada por juiz federal que se removeu desta Subseção da Justiça Federal e concluída por juízo deprecado, responsável por ouvir duas testemunhas e interrogar as rés, o que foi determinado a pedido das próprias demandadas, que manifestaram o interesse de serem ouvidas nos seus domicílios, conforme deixam bem claro na resposta à acusação.

De qualquer maneira, deixo registrado que mesmo na hipótese de a instrução processual

ser encerrada por juiz que se afastou das competências da vara em que o processo tramita, como nas hipóteses de férias, licença, remoção, convocação, aposentadoria, promoção etc., nada impede que a sentença seja proferida por outro magistrado, uma vez que a norma contida no artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal não se reveste de natureza absoluta.

De fato, leciona DAMÁSIO DE JESUS[1] que:

Muito embora o Código de Processo Penal não tenha feito qualquer ressalva à incidência do princípio [da identidade física do juiz], têm inteira aplicação as exceções previstas na legislação processual civil. O princípio, destarte, não é absoluto. De acordo com o art. 132 do CPC, "O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, saldo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos a seu sucessor". (grifei)

O atual Código de Processo Civil não mais prevê o princípio da identidade física do juiz, pois no seu artigo 371, que veio a "substituir" o texto do art. 132 do Código Buzaid, passou a dispor que:

> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

A atual redação é muito mais consentânea com Direito Processual moderno, que vincula o magistrado ao dever de apreciar a prova produzida, independentemente de quem a fez ou do juízo que a colheu, mostrando pela sua decisão quais fatos e suas respectivas provas influenciaram na formação do seu convencimento. Isto é, o que foi preponderante para formar a sua convicção.

Além disso, o aparato tecnológico para registrar, em áudio e vídeo, os depoimentos permite que o juiz que está a proferir o julgamento tenha contado direto com aquilo que as testemunhas ou as partes disseram ao serem inquiridas. Isso possibilita que se avalie, inclusive, as expressões faciais e o comportamento pessoal como um todo. Consequentemente, a gravação das audiências acabou por invalidar o principal argumento que vinculava o juiz que colheu a prova a proferir o julgamento: o contato direto com os depoimentos dados pelas testemunhas ou pelas partes. Esse contato, agora, também pode ser obtido por qualquer pessoa que assista aos vídeos.

Por outro lado, há de ser sempre lembrado que nenhuma regra de Direito Processual pode ser interpretada de forma inflexível, a ponto de tornar o processo, civil ou penal, um fim em si mesmo. As regras processuais servem para dar segurança jurídica às partes, a fim de que o processo não venha a sofrer variações autoritárias que ponha em risco a garantia do juiz natural ou mesmo a própria segurança jurídica. Logo, sempre que por uma razão justificada o ato não puder ser praticado nos exatos limites imaginados pelo legislador ao editar determinado ato normativo, caberá ao juiz conduzir o processo da melhor forma possível para que cumpra sua missão de entregar a prestação jurisdicional. E ao assim proceder, deve o magistrado informar detidamente o porquê de não atentar para determinada regra tal qual escrita, a fim de que o interessado possa, eventualmente, manifestar seu inconformismo em eventual recurso.

No caso aqui dos autos, conforme informei no início, a instrução foi concluída por meio de depoimentos colhidos por juiz deprecado, que promoveu o registro em áudio e vídeo, o que me concedeu contado direto com as respostas dadas pelas testemunhas e pelas rés. E depois

1 Código de Processo Penal anotado, 25ª edição, ed. Saraiva, 2012, pág. 379.

de assistir atentamente aos depoimento das testemunhas e os interrogatórios, conclui não ser necessário produzir quaisquer outras provas ou repetir os atos já realizados.

Por fim, verifiquei que o processo foi conduzido com observância irrestrita dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), não havendo nulidades a maculá-lo, de modo que não há óbice legal a que o feito seja por mim julgado, o que passo a fazer.

Materialidade.

O crime imputado às rés está previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/90, que tem a seguinte redação:

> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Questão preponderante para a subsunção de fatos a este tipo penal reside, em um primeiro momento, definir o seu objeto material, qual seja, o caráter competitivo do procedimento licitatório. Para que se compreenda o alcance dessa expressão jurídica, é importante lembrar que dentre os princípios cardeais das normas gerais sobre licitação, previstas na Lei 8.666/1990, está o da isonomia entre os competidores, conforme previsto no seu art. 3º, em que se determina a *observância do princípio constitucional da isonomia*.

O respeito ao princípio da igualdade no processo de licitação tem por finalidade assegurar que a contratação pelo Poder Público se dê de forma impessoal, sem favorecimentos de qualquer natureza. Com isso, pretende-se que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa e ainda não tolere que os licitantes ajam de forma desonesta uns com os outros. Por isso a lei pune com sanção criminal aqueles que, por qualquer meio, venham a fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, a fim de lograr êxito na adjudicação do objeto licitado, ainda que a sua ação não acarrete dano ao erário.

Com efeito, Roberto Delmanto *et al.* definiram com maestria o objeto material do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990, quando afirmaram ser o caráter competitivo do procedimento licitatório *a possibilidade de todos os interessados concorrerem em igualdade de condições.*[2] Igualdade que não se destina exclusivamente a preservar interesses da Administração, mas, na mesma proporção, proteger o lucro que o particular possa legitimamente esperar dos contratos que firmar com o Poder Público. Consequentemente, praticará o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 todo aquele que, de uma forma ou outra, agir para frustrar ou fraudar a competição, ainda que ao assim agir não dê prejuízo ao erário.

De fato, o delito do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 é formal, donde se infere que a sua consumação não depende de o Poder Público suportar prejuízos. Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Com ressalva pessoal, prevalece nesta Corte o entendimento de que é

2 Leis penais especiais comentadas, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015, pág. 308.

> inviável a demonstração do dissídio jurisprudencial quando o aresto paradigma for proferido em habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário, ainda que se trate de dissídio notório. 2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas. 3. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. 4. Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer. 5. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1498982/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016) (grifei)

Nesse passo, conclui-se que a ausência de prejuízos econômicos ao erário é circunstância que não interfere na tipicidade dos fatos, donde se vê que a alegação das rés no sentido de sustentar a atipicidade das condutas pela ausência de prejuízos é improcedente.

Em suma, cometerá o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990 o agente que, por ação ou omissão, venha a fraudar ou frustrar o caráter competitivo do processo de licitação, a fim de se sagrar vencedor e, consequentemente, poder auferir as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado.

No caso dos autos, há prova suficiente a demonstrar que as rés praticaram o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1990. Isso porque conforme bem destacado pelo Tribunal de Constas da União, no v. acórdão de fls. 17-38, não restaram dúvidas que as pessoas jurídicas Artmóbile e Artividade (administradas pelas irmãs consanguíneas[3] Thalita e Loraine, respectivamente) atuavam, de fato, como empresas coligadas.

Isso é possível de se constatar pela circunstância de a Artmóbile ter ocupado o mesmo endereço da Artividade no período que vai de sua constituição (1º/10/2008) até o dia 27/09/2011, conforme se infere do contrato social de fls. 77-81 (contrato de constituição da Artmóbile) e da 3º alteração de contrato social de fls. 88-91, elaborada unicamente para alteração de endereço, consoante se vê das fls. 88. E não foi por acaso que a ré Thalita procurou alterar seu endereço no dia 27/09/2011.

Essa ré se apressou em alterar seu endereço no contrato social, porque já havia sido desclassificada de outra licitação promovida pelo BNDES, exatamente porque não apresentou uma proposta independente, haja vista que a mencionada instituição detectou vínculos com a Artividade. E por que escolheu o dia 27/09/2011 para alteração do endereço da Artmóbilde? Porque foi nesse mesmo dia 27/09/2011 que a empresa Artividade recebeu um e-mail do

3 Vide Cópia das cédulas de identidade de fls. 61 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32 volume V.pdf e de fls. 254 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, ambos contidos na mídia de fls. 171 dos autos.

pregoeiro e testemunha Sidnei Cícero Cottet, em que era comunicada que a Superintendência do INSS Sudeste I iria efetuar um pregão eletrônico para ata de registro de preços, a fim de *atender as necessidades das diversas Gerências Executivas espalhadas pelo País.* (vide fls. 24 e 25, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos).

Portanto, as rés, cientes de que haveria uma grande licitação para aquisição de móveis, no mesmo dia já começaram a preparar tudo o quanto seria necessário para que competissem em "desigualdade" de condições com os demais, a fim, como sói acontecer com todos os que participam de uma licitação, obterem as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado. E o primeiro passo, claro, foi providenciar a alteração de endereço.

A propósito, note-se do mencionado e-mail encaminhado para o endereço wlalopes@hotmail.com, que é exatamente o e-mail que a empresa Artividade tinha informado ao INSS, consoante se infere da Relação de Fornecedores na posse do INSS (fls. 24, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos). Portanto, não há dúvida que a ré Thalita promoveu a alteração de seu endereço de forma fraudulenta, a fim de participar da licitação que seria promovida pelo INSS.

Sim, tratou-se de alteração fictícia, pois este Juízo buscou, por meio do serviço "Google Maps" visualizar o endereço "Rua Sete, s/n, Loteamento São Gerônimo, em Campo Largo (PR)" e nada mais viu que uma pequena rua em um bairro residencial e sem o menor traço de ali existir uma fábrica de móveis com instalações, máquinas e equipamentos capazes de cumprir os compromissos assumidos com as propostas apresentadas no pregão eletrônico n. 17/2011 promovido pelo INSS. E além disso, as rés em momento algum trouxeram aos autos os livros de seus empregados ou mesmo documentos demonstrando a existência de parques fabris diferentes, empregados distintos ou administração autônoma.

Ao contrário disso, o que chamou a atenção, é que a notificação encaminha pelo INSS para a empresa Artmóbile, endereçada para a Rua Sete s/n, bairro São Gerônimo, Campo Largo (PR), foi devolvida pelos Correios, com a informação de "endereço insuficiente". Frente a essa situação, o pregoeiro encaminhou *e-mail* para a ré Thalita solicitando confirmar o endereço e ela respondeu que a correspondência deveria ser encaminhada para uma determinada caixa postal. Porém, o curioso é que ao assinar esse *e-mail*, *expedido já em 2012*, fez constar na sua assinatura o logotipo da Adattare, na qual Thalita menciona que cuida do "faturamento"[4]. Mas veja só: Adattare é exatamente o logotipo da empresa Artividade, da qual a ré Loraine possui nada menos que 99% (noventa e nove por cento) das cotas.

Portanto, não tenho a menor dúvida que as empresa Artmóbile e Artivididade eram, de fato, coligadas e, portanto, não podiam atuar na licitação de forma independente. E somente não conseguiram levar a cabo a adjudicação do objeto licitado, porque conforme esclareceu a testemunha Sidnei Cícero Cotter ao depor em juízo, que quando estava prestes a encerrar o pregão, recebeu denúncia de uma pessoa que não conhecia, dizendo que as duas empresas eram as mesmas, que estavam tentando fraudar a licitação.

Com isso, disse Cotter, ao receber as propostas das empresas Artividade e Artmóbile, encaminhadas eletronicamente em arquivo no formato PDF, ele constatou que ambas as propostas foram feias no mesmo computador e com poucos minutos de diferença, pois tanto na

4 Vide fls. 50, 51, 52 e 53 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32.pdf os documentos que comprovam a correspondência devolvida e o e-mail remetido pela ré Thalita usando em sua assinatura o logotipo da Addatare, ao passo que nas fls. 3-6 do arquivo eletrônico com o nome 35664.0003622011-32 volume V.pdf, consta requerimento firmado pela ré Loraine, em que usa para identificar a empresa Artividade o mesmo logo utilizado por Thalita.

proposta da Artividade quanto na da Artmóbile, constava do campo "propriedade" o mesmo de proprietário do arquivo: "Loraine".

Segundo esclareceu Cotter, depois de encerrado o pregão, o pregoeiro pede para que a proposta vencedora seja anexada ao sistema eletrônico. E quando analisou a informação de "propriedade" dos arquivos em formato PDF, identifica-se o nome do computador de onde saiu a proposta. Com essa providência, ele constatou que as propostas apresentadas pelas empresas Artividade e Artmóbile foram feitas no mesmo computador, pois tinham o mesmo proprietário: "Loraine" e as duas empresas tinham propostas para vários itens.

A mencionada testemunha esclareceu, ainda, que esta constatação somente ocorreu ao final do certame, quando o pregão de todos os itens já estava praticamente encerrado e as duas empresas envolvidas estavam com as maiores quantidades de itens ganhos. Explicou que as rés não conseguiram justificar e nem mesmo impugnaram o fato de as propostas que deveriam ser independentes terem sido feitas em um mesmo computador, com poucos minutos de diferença. Afirmou, ainda, que num primeiro momento, as empresas foram declaradas vencedoras, mas depois acabaram desclassificadas em face das denúncias.

Além da prova testemunhal, convém analisar detidamente o documento de fls. 2-11 do arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume I.pdf, em que a testemunha Sidnei Cícero Cottet apurou (fls. 10 e seguintes), a partir de pesquisas feitas no sistema SICAF, que ambas as empresas tinham como endereço eletrônico o mesmo *e-mail* e também o mesmo *e-mail* de responsável pelo cadastro, sendo que Thalita foi apontada como a responsável pelo cadastro da Artmóbile, ao passo que Loraine a responsável pelo cadastro da Artividade. Consta do mencionado documento que os arquivos das propostas apresentadas no pregão foram feitas com intervalo de pouco mais de 15 minutos e no mesmo computador.

Por outro lado, conforme bem destacado pelo Tribunal de Contas da União, fls. 34, também me convenci da análise dos 30 (trinta) volumes de documentos eletrônicos, que existem *diversos elementos que, em conjunto, formam um consistente indício de uma gestão comum dos interesses das duas empresas: o laudo técnico de ergonomia apresentado pelas duas empresas na presente licitação foi elaborado pelo mesmo engenheiro*[5]*; as duas empresas, em diferentes ocasiões, nomearam procuradores e representantes em comum*[6]. Além do mais, é fato incontroverso, ambas as empresas utilizavam os serviços do mesmo contador e as respectivas propostas oferecidas no pregão eletrônico foram feitas do mesmo computador.

No ponto, a defesa argumentou que não haveria problema algum que duas empresas utilizassem os serviços dos mesmos profissionais e que se houve algum fato ilícito, não foi por dolo, mas por erro, pois não tinham intenção alguma de fraudar o caráter competitivo da licitação, até porque os lances oferecidos acabaram reduzindo muito o preço inicial. A tese é claramente desmentida pelo acervo probatório. Inicialmente há de se destacar que a cidade de Campo Largo (PR) situa-se na região metropolitana de Curitiba, Capital paranaense. Logo, é intuitivo que não há carência de profissionais para atender a ambas as empresas.

É evidente, ainda, não ser minimamente interessante a qualquer dessas empresas, se fossem efetivamente uma concorrente da outra, confiar a participação em pregão eletrônico a uma mesma pessoa, por óbvias razões. Igualmente empresas concorrentes não contratariam um mesmo engenheiro para cuidar da avaliação ergométrica dos produtos que fabrica, porque

5 Vide páginas eletrônicas 198-240 do arquivo de nome 35664.0003622011-32 volume IV.pdf e páginas eletrônicas 7-49 do arquivo de nome 35664.0003622011-32 volume V.pdf, ambos contidos na mídia juntada às fls. 171 dos autos.

6 Vide páginas eletrônicas de fls. 21-60 do arquivo de nome 35664.0003622011-32.pdf, contido na mídia juntada às fls. 171 dos autos.

isso poria em risco a própria atividade fim.

Além do quanto exposto, a prova documental atestou suficientemente a fraude no agir das rés. De fato, há nos autos (síntese às fls. 25-29) documentos comprovando que a empresa Artmóbile usou, de forma fraudulenta, a prerrogativa destinadas às empresas de pequeno porte, para se sagrar vencedora no pregão eletrônico em 7 lotes, cujos contratos tinham valor de R$ 11,9 milhões. Isso porque a circunstância de ser coligada da Artividade a impedia de usufruir do tratamento diferenciado (oferecer lance de desempate) no pregão eletrônico.

Aliás, ainda que existisse autonomia entre as empresas Artmóbile e Artividade a partir de 27/09/2011, nem assim a Artmóbile poderia ter oferecido lance de desempate, em razão da vedação contida no art. 3º, §4º, inciso IX, da Lei Complementar n. 123/2006. Nada obstante isso, a ré Thalita firmou declaração[7] dizendo não ter qualquer impedimento em exercer as prerrogativas previstas na aludida lei complementar.

E, por fim, a alteração de endereço promovida pela Artmóbile foi, coincidentemente providenciada, no mesmo dia em que a Artividade recebeu do INSS consulta de preço porque haveria uma grande licitação para ser deflagrada. E, depois de se declararem independentes, apurou-se que as propostas assinadas pelas rés foram elaboradas com diferença de minutos e no mesmo computador, pertencente a Loraine.

Em suma, não há dúvida alguma que os expedientes usados pelas rés fraudaram e frustraram o caráter competitivo do pregão eletrônico 17/2011 realizado pela Previdência Social e que assim as rés agiram, porque queriam auferir os lucros ou vantagens decorrentes da adjudicação do objeto licitado, qual seja, fornecer móveis e equipamentos em contratos que, somadas as propostas vencedoras das duas empresas, ultrapassa a R$ 12 milhões.

A autoria é inquestionável, pois foram ambas as rés que firmaram as propostas vencedoras, consoante se infere dos autos. Note-se que pela Artmóbile a proposta foi assinada pela ré Thalita: arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 Volume IV.pdf, fls. 636-728 (página eletrônica 155-197), ao passo que pela Artividade a proposta foi assinada por Loraine: arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 Volume V.pdf, fls. 809-812 (página eletrônica 3-6).

Além disso, Thalita é a pessoa responsável pela administração da empresa Artmóbile, da qual possui 90% (noventa por cento) das cotas, sendo que os outros 10% (dez por cento) é de titularidade da mãe das rés. Já Loraine é proprietária de nada menos que 99% (noventa e nove por cento) do capital social da empresa Artividade. Só isso, mas não exclusivamente isso, já demonstra que mãe e filhas são proprietárias de praticamente todas as duas empresas.

Ademais, as duas testemunhas ouvidas por carta precatória confirmaram que era um mesmo grupo de pessoas que atuava nas licitações em prol das duas pessoas, o que é claramente incompatível com a independência de propostas, pois é inimaginável que duas empresas concorrentes iriam contratar as mesmas pessoas para lhes representarem em uma mesma licitação, onde uma deveria competir com a outra.

Do exposto, vê-se que as rés agiram de forma concertada no pregão eletrônico 17/2011 e conseguiram fraudar o caráter competitivo do certame, porque, por meio de propostas feitas de um mesmo computador usado pela Artividade, a Artmóbile conseguiu sair vencedora no pregão eletrônico valendo-se de uma prerrogativa que não detinha, qual seja, a de ofertar o lance de desempate depois de encerrado a etapa de lances livres. E ao assim agirem, ambas as acusadas o fizeram com o intuito claro de auferirem as vantagens (lucro) decorrentes do fornecimento de móveis para o INSS, ou seja, praticaram de forma dolosa os atos tendentes à

7 Página eletrônica n. 270, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

fraudar o caráter competitivo.

Com efeito, o dolo é manifesto e já se vislumbra da ação premeditada e voltada à fraudar o caráter competitivo, quando a ré Thalita confecciona uma 3ª alteração de contrato social no mesmo dia em que o INSS informa à Artividade que haveria licitação destinada à aquisição de móveis para *atender as necessidades das diversas Gerências Executivas espalhadas pelo País*. (vide fls. 24 e 25, do arquivo eletrônico com o nome *35664.0003622011-32 volume II.pdf*, contido na mídia de fls. 171 dos autos).

Porque já tinham sido desclassificadas anteriormente de outro pregão eletrônico pelo BNDES, exatamente em razão do vínculo de uma empresa com a outra, mais que depressa correram para alterar o endereço de uma das empresas, uma vez que induvidosamente pretendiam usar do benefício legal de desempate. E assim o fizeram em vários dos lotes e foram vencedoras. Somente não contrataram, em razão das apurações feitas pelo INSS depois de uma denúncia. No entanto, à esta altura, o crime de fraudar o caráter competitivo já tinha se consumado e, assim, ambas devem ser condenadas como incursas nas penas do art. 90 da Lei n. 8.666/1990, razão pela qual passo a dosimetria, na forma do art. 68 do Código Penal.

THALITA POZZI RIBAS ALBACH

A culpabilidade é desfavorável à acusada, na medida em que ela agiu de forma premeditada para fraudar o caráter competitivo da licitação, pois providenciou a alteração do endereço de sua empresa no mesmo dia em que soube que brevemente haveria uma grande licitação. Os motivos (adjudicação do objeto licitado) são neutros, porque já punidos pelo tipo penal. As circunstâncias do crime também são desabonadoras, pois Thalita fez declarações falsas, quando afirmou cumprir os requisitos do art. 3º da Lei Complementar 123/2006[8] e também quando disse que sua proposta seria independente[9]. Igualmente situa-se como circunstância desabonadora, o valor dos contratos adjudicados mediante fraude, que, nos termos da sua proposta vencedora da Artmóbile, tinha o valor de R$ 11.910.460,41 (onze milhões e novecentos e dez mil e quatrocentos e sessenta reais e quarenta e um centavos).[10]

As consequências do delito não autorizam a exasperação da pena base, porque as empresas foram desclassificadas. Por fim, nada há a desabonar a título de antecedentes, pois a ré é primária, e nenhum fato foi constatado acerca de sua personalidade ou conduta social. Por fim, o comportamento da vítima, no caso, é uma circunstância neutra. Em consequências das circunstâncias judiciais negativas acima expostas, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes e, por fim, inexiste causa de aumento a ser considerada, razão pela qual mantenho a pena fixada em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Considerando o valor do capital social da empresa Artmóbile declarado é de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), dos quais 90% (noventa por cento) pertencem à ré Thalita, fixo o valor do dia-multa no valor correspondente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos vigente em novembro de 2011, o qual deverá ser corrigido até o dia do efetivo pagamento.

A quantidade de pena aplicada não autoriza o *sursis* penal e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, máxime em razão do desvalor da conduta da ré, não permitem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

8 Página eletrônica n. 270, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.
9 Página eletrônica n. 273, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.
10 Páginas eletrônicas n. 155-197, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf, mídia de fls. 171 dos autos.

Apesar de a pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 33, §2º, letra "c", do Código Penal), as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis e os crimes praticados em detrimento da Previdência Social devem ser punidos de forma mais rigorosa. Portanto, necessário se faz para a reprovação e prevenção do delito que a ré inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

LORAINE POZZI RIBAS

A culpabilidade é igualmente desfavorável à acusada, na medida em que ela também agiu de forma premeditada para fraudar o caráter competitivo da licitação, pois foi previamente comunicada da intenção do INSS fazer uma grande licitação e ainda foi de seu computador que saíram as propostas das empresas Artividade e Artimóbile. Os motivos (adjudicação do objeto licitado) são neutros, porque já punidos pelo tipo penal. As circunstâncias do crime também são desabonadoras e comuns às rés, pois a Artividade sagrou-se vencedora em um contrato da ordem de R$ 367.185,00 (trezentos e sessenta e sete mil e cento e oitenta e cinco reais), ao passo que a empresa coligada (Artmóbile) adjudicou contratos da ordem de R$ 11.910.460,41 (onze milhões e novecentos e dez mil e quatrocentos e sessenta reais e quarenta e um centavos).[11]

As consequências do delito não autorizam a exasperação da pena base, porque as empresas foram desclassificadas. Por fim, nada há a desabonar a título de antecedentes, pois a ré é primária, e nenhum fato foi constatado acerca de sua personalidade ou conduta social. Por fim, o comportamento da vítima, no caso, é uma circunstância neutra. Em consequências das circunstâncias judiciais negativas expostas e tendo em vista a atuação concertada entre ambas as demandadas, tenho que praticaram atos de igual intensidade, de modo que devem ser punidas na mesma proporção. Assim, fixo a pena-base da ré Loraine em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes e, por fim, inexiste causa de aumento a ser considerada, razão pela qual mantenho a pena fixada em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Considerando o valor do capital social da empresa Artividade declarado é de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), dos quais 99% (noventa e nove por cento) pertence à ré Loraine, fixo o valor do dia-multa no valor correspondente a 7,5 (sete e meio) salários mínimos vigente em novembro de 2011, o qual deverá ser corrigido até o dia do efetivo pagamento.

A quantidade de pena aplicada não autoriza o *sursis* penal e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, máxime em razão do desvalor da conduta da ré, não permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Apesar de a pena fixada ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (art. 33, §2º, letra "c", do Código Penal), as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis e os crimes praticados em detrimento da Previdência Social devem ser punidos de forma mais rigorosa. Portanto, necessário se faz para a reprovação e prevenção do crime que a ré inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTES os pedidos da presente ação penal e:

1. Condeno THALITA POZZI RIBAS ALBACH, como incursa nas penas do artigo 90 da Lei n. 8.666/1990, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão e a pagar 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos vigentes em novembro de 2011, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

11 Páginas eletrônicas n. 155-197, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume IV.pdf e páginas eletrônicas 3-6, arquivo eletrônico 35664.0003622011-32 volume V.pdf, ambos da mídia de fls. 171 dos autos

2. Condeno LORAINE POZZI RIBAS, como incursa nas penas do artigo 90 da Lei n. 8.666/1990, a cumprir pena de 3 (três) anos de reclusão e a pagar 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor equivalente a 7,5 (sete e meio) salários mínimos, no valor vigente em novembro de 2011, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Nos termos da fundamentação, as rés iniciarão o cumprimento das penas no regime inicial semiaberto, nos moldes do artigo 33, §2º, letra "c", do Código Penal, em razão das circunstâncias judiciais que revelaram o desvalor da conduta e porque os crimes praticados contra o INSS devem ser punidos de forma mais rigorosa.

Consoante exposto na individualização das penas, incabível para as rés o benefício do *sursis* penal ou mesmo a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

As rés poderão apelar ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região em liberdade.

Determino para após o trânsito em julgado: *a)* o lançamento do nome das rés no rol dos culpados; *b)* a expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná, comunicando-se a condenação com a expedição do necessário para o atendimento ao artigo 15, III, da Constituição da República, c. c. artigo 71, § 2º, do Código Eleitoral.

Ao SEDI, para que proceda à alteração na situação processual das rés, que deverão passar à condição de condenadas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se, expedindo-se o necessário.

São Paulo, 24 de janeiro de 2019.

Juiz Federal EMERSON JOSÉ DO COUTO

PROCEDIMENTO COMUM
0009958-96.2015.403.6100

Autor: GONZALO PASTOR CASTRO BARREDA
Réus: UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/02/2018

Trata-se de ação ordinária ajuizada por GONZALO PASTOR CASTRO BARREDA, em face da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, em que pretende a condenação dos réus por danos morais, em razão de perseguição política e prisões sofridas no período da Ditadura Militar.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 14/185.

Recebida ação (fl. 189), a União apresentou contestação às fls.193/214.

Manifestação em réplica às fl. 216/262, requerendo as partes o julgamento antecipado (fl. 263/266).

Às fls. 268, o julgamento foi convertido em diligência para a inclusão do Estado de São Paulo no polo passivo, que apresentou sua contestação à fls. 274/287, colacionando documentos às fls. 289/372.

O autor manifestou-se, mais uma vez, em réplica (fls. 374/375).

Não sendo requerida produção de provas, os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Afasto a preliminar de falta de interesse de agir, suscitada pelas rés, já que inexiste, no ordenamento pátrio, diretiva a obrigar as partes ao esgotamento da via administrativa, antes de socorrer-se do Judiciário. É evidente que a parte tem o direito deduzir sua pretensão em juízo de maneira direta, independentemente de prévio requerimento administrativo.

Demais disso, ao contrário do alegado pelas rés, o fato de o autor ter percebido reparação econômica, portanto, de cunho material, não impede que pleiteie indenização pelo abalo moral sofrido, evidente que as verbas de origem material e moral ostentam diversos fundamentos.

Nesse sentido, a jurisprudência majoritária de nossos Tribunais:

> EMEN: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS DECORRENTES DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NA ÉPOCA DA DITADURA MILITAR. ANISTIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA DECORRENTE DA LEI N. 10.559/02. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Acórdão regional recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ, inexiste vedação de acumulação da reparação econômica prevista na Lei n. 10.559/02 com indenização por danos morais, porquanto elas constituem verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas. Precedentes: AgInt no REsp 1569337/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 15/6/2018; AgInt no AREsp 536.386/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 10/4/2018; AgInt no REsp 1587187/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 13/3/2018; e AgInt no REsp 1652397/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 14/9/2017. II - Agravo interno improvido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do

Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. (AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1639619 2016.03.09970-9, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/08/2018 ..DTPB:.)

Com relação à prescrição, tampouco merecem acolhimento as alegações das rés.

Em se tratando de lesão perpetrada à época em que vigia estado de exceção, vulnerando direitos fundamentais da pessoa humana, o E. Superior Tribunal de Justiça há tempos sedimentou-se no sentido de que o direito de ação não está sujeito a lapso prescricional.

Confira:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO, REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA. ART. 538, DO CPC. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SÚMULA N.º 98/STJ. 1. Ação Ordinária, proposta em face da União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar nos anos de 1964 a 1979. 2. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 4. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 5. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a lex specialis convive com a lex generalis, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. 6. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 7. A dignidade humana violentada, in casu, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. 8. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. 9. Deflui da

Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual. 10. A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186 do Código Civil) e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, resta inequívoca, bem como escorreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexo causal entre a suposta conduta omissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implica em análise fático-probatória, razão pela qual descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é-lhe vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag 556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002. 11. In casu, o acórdão recorrido assentou que: "(...)O autor comprovou, com os documentos juntados aos autos, que efetivamente foi preso político do regime militar. A certidão da Justiça Militar Federal de fi. 18 certifica que o autor foi denunciado pelo Ministério Público Militar em 30/1 0/1969, e foi preso em 10/08/1970. Coerentemente com o relato do autor de fis. 24/32, no sentido de que foi logo enviado ao Rio de Janeiro para julgamento, consta na certidão que este se deu em 29/08/1970, tendo sido pela absolvição. Dois anos após, foi julgado e negado provimento ao recurso. Vê-se, à fi. 19, cópia do fichário do DOPS, fazendo referência ao autor e à sua mulher, na época sua namorada. Está registrada no fichário a preferência esquerdista do casal, e que o autor supostamente faria parte do MR-8. Até mesmo a visita do autor à namorada, no Presídio do Ahú, está anotada. Às fis. 20/23, cópia do Auto de Qualificação e Interrogatório do autor, lavrado pela Delegacia Especial de Ordem Política e Social- DOPS- de Curitiba, no qual o autor "confessa" a participação ou o contato com movimentos de esquerda e ter lido livros marxistas. O relato pessoal que se segue, de fis. 24/32, é muito interessante e de importância histórica. Nele está descrito detalhadamente o procedimento dos agentes da ditadura e o sofrimento pessoal do autor, inclusive as torturas. À fi. 33, declaração do Hospital da Clínicas de São Paulo de que o autor esteve internado por motivos psiquiátricos em 1974 e 1975. À fi. 34, atestado médico de que o autor está sob tratamento psiquiátrico desde 1978. Mais documentos e relatórios médico-psiquiátricos às fis. 35/37. O autor é aposentado por invalidez desde 1988 (fis. 38 e 39), contando apenas quatro anos de serviço. Também consta nos autos, da fi. 41 à 44, declarações de três pessoas que testemunharam a prisão e tortura de Cândido. O nome do autor, Cândido, lembra a personagem Cândido, da obra do filósofo francês Voltaire, chamada "Cândido ou o Otimismo". Trata-se de obra em que o escritor ironizou a filosofia otimista de Leibniz, segundo a qual tudo corre no mundo do melhor modo possível, tudo vai bem, e segundo a qual a divina inteligência criadora deste mundo escolhera, entre os diversos mundos possíveis, o que associava o máximo de bem e o mínimo de mal, criando, pois, o melhor dos mundos possíveis. o Cândido fictício de Voltaire passou pelos maiores dissabores do mundo e presenciou as maiores atrocidades, tudo extraído pelo autor dos acontecimentos reais da época, registrados na História (no "melhor dos mundos possíveis"), mas absurdamente sem nunca deixar de acreditar na visão otimista ensinada pelo seu mestre Pangloss, quase ao ponto de negar a realidade dos acontecimentos que se sucediam. De qualquer maneira, sobreviveu com alguma riqueza que obteve em um país imaginário da América do Sul chamado Eldorado (onde tudo ia às mil maravilhas e os diamantes e o ouro eram abundantes como o lodo e o cascalho), que lhe trouxe, e aos seus companheiros de aventuras, alguma insuficiente compensação material à angústia da existência, pois lhe permitiu comprar um pouco de tranquilidade, enquanto, de quebra, mudava, enfim, sua visão do mundo, pelas conclusões a que chegou no final da obra. Trata-se, este Cândido que veio ao Judiciário, de personagem real que também sofreu algumas das maiores atrocidades de que é capaz a humanidade, consistentes na perseguição política e na tortura, com o total desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano. Este Cândido não conheceu o Eldorado, mas conheceu o que pode haver de pior

neste mundo, merecendo a justa compensação daquele que lhe causou tal sofrimento, o próprio Estado (...)" fls. 125/127 12. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade 13. O Tribunal a quo considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter sofrido perseguições políticas decorrente do regime militar de 1964, ocasionando depressão e dependência alcoólica, bem como sérias dificuldades financeiras na família e transtornos psicológicos no ambiente escolar, manteve o valor fixado em sentença, a título de danos morais em R$ 100.000,00 (cem mil reais). 14. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, inocorrentes no caso sub judice. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 681482 / MG ; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Relator(a) p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 30.05.2005; AG 605927/BA, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 04.04.2005; AgRg AG 641166/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 624351/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 28.02.2005; RESP 604801/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.03.2005; RESP 530618/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 07.03.2005; AgRg no AG 641222/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 07.03.2005 e RESP 603984/MT, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. 15. A exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, é medida que se impõe quando opostos os embargos para fins de prequestionamento, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ. 16. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 17. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, parcialmente provido, apenas, para excluir a multa imposta, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Francisco Falcão, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1085358 2008.01.96693-0, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/10/2009 ..DTPB:.)

Superadas as preliminares e prejudiciais, passo ao exame do mérito.

No presente caso, a parte autora sustenta que, na época da Ditadura Militar, sofreu perseguição política, sendo monitorado pelos órgãos de repressão de 1968 a 1976. Relata ter sido preso pela Operação Bandeirantes e também detido na Delegacia Especializada de Ordem Pública. Aponta que chegou a ser dispensado de seu emprego junto à TELESP, por supostamente ter sido "citado em declarações de elemento subversivo como TERRORISTA". Ressalta, outrossim, que obteve a condição de anistiado político (Processo Administrativo nº 2008.0161049), tendo sido reconhecido o direito de percepção da reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada.

Analisando detidamente todos os elementos colacionados aos presentes autos, tenho que merecem prosperar as alegações autorais.

Os documentos juntados indicam, de maneira inconteste, as perseguições sofridas pelo ora demandante, certo que, no período da repressão, além de ter sido preso em duas ocasiões, foi também vigiado pelos órgãos estatais, culminando, inclusive, com a dispensa de seu trabalho por ligações "terroristas".

Ademais, vê-se que o próprio Estado Brasileiro reconheceu a condição de anistiado

político do ora demandante, de modo a confirmarem-se todos os elementos evidenciados na presente ação.

Evidente, pois, que os ilícitos perpetrados pela ré sujeitaram a parte autora a uma situação que ultrapassa o mero aborrecimento, vulnerando os próprios direitos da personalidade, lesão essa que deverá ser indenizado.

Nessa linha, profícuos julgados do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> ADMINISTRATIVO. DITADURA MILITAR. LEI Nº 10.559/02. LEI ESTADUAL Nº 10.726/01. IMPRESCRITIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA NA VIA ADMINISTRATIVA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÕES E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS. 1. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à imprescritibilidade das ações de reparação de danos decorrente de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o regime militar. 2. A reparação econômica prevista na Lei n. 10.559/2002 e na Lei Estadual n. 10.726/2001 não se confunde com a indenização por danos morais requerida nestes autos, pois configuram verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas, de modo que o valor obtido em sede administrativa não deve ser descontado de eventual condenação em indenização por dano moral. 3. O reconhecimento por parte do Ministério da Justiça e da Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania vem tão somente corroborar o que está amplamente provado nos autos, no sentido de que o autor, por defender ações contra o regime militar, foi vigiado, perseguido, detido e torturado, o que, sem dúvida, não gerou mero constrangimento, mas sim efetivo abalo psíquico. 4. Algumas diretrizes hão de ser observadas no tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, além de não ensejar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório. 5. A conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado manter a indenização por danos morais no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem pagos solidariamente pela União e pelo Estado de São Paulo, acrescidos de juros de mora e correção monetária. 6. Precedentes. 7. Sentença mantida. 8. Agravo retido não conhecido. 9. Apelações e remessa necessária, tida por interposta, desprovidas.Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER do agravo retido e NEGAR PROVIMENTO às apelações e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1452852 0021676-71.2007.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADUTA MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. APELAÇÃO PROVIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. 1. A questão posta nos autos diz respeito à indenização por danos morais, pleiteada em face da União Federal e do Estado de São Paulo, em razão de perseguições políticas, prisão e torturas ocorridas no período da Ditadura Militar no Brasil. 2. Não há que se cogitar de hipótese de falta de interesse de agir. Inexiste qualquer exigência no sentido de prévio esgotamento de vias administrativas, de modo que o autor é livre para requerer judicialmente sua indenização por dano moral sem antes ter requerido administrativamente sua indenização por dano material. 3. Quanto à análise da ocorrência de prescrição, verifica-se que é pacífica a orientação nos Tribunais Superiores acerca da imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes de violações a direitos fundamentais ocorridas ao longo do regime

militar no Brasil. 4. Tendo em vista a jurisprudência dominante, é evidente a não aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/32 ao presente caso, uma vez que a gravidade das violações cometidas aos direitos humanos no período do Regime Militar enseja a imprescritibilidade das ações de indenização por danos morais sobre este fundamento. 5. A discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. 6. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 7. No caso dos autos, o ato ilícito corresponde à perseguição política sofrida pelo demandante. O auto de qualificação e interrogatório lavrado na Delegacia Especial de Ordem Social - DOPS, em 22.12.1971, acostado às fls. 23/30, demonstra suficientemente a intolerância e a repressão praticadas pelo Poder Público em relação às convicções políticas do autor, além de comprovar a efetiva prisão deste em novembro de 1971. 8. No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Maria Aparecida Serapião Teixeira, colhido às fls. 127/128, é bastante incisivo em confirmar a prisão do apelante, e também comprovar os atos de crueldade cometidos pelas autoridades policiais. 9. Ademais, o processo nº 763/72, que tramitou perante 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar de São Paulo, e teve início por uma denúncia do Ministério Público Militar contra o autor e outros indivíduos perseguidos por integrarem uma organização denominada Ação Popular Marxista Lenista (APML), comprova cabalmente a ocorrência da conduta estatal lesiva. 10. Sobre o dano moral, a doutrina o conceitua enquanto "dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral , porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (Cavalieri, Sérgio. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 549)" 11. Na situação, a ocorrência de dano moral é irrefutável ante a nítida comprovação dos atos ilícitos estatais alegados na inicial. É inequívoco que os procedimentos então adotados tinham caráter excepcional, usando métodos e técnicas que na normalidade democrática não poderiam ser admitidos. A dignidade humana do autor foi violada pelos meios mais atrozes, ou seja, a tortura, prisão e perseguição por motivações políticas, gerando séria ofensa à honra, imagem, e integridade, tanto moral como psicológica, nos diversos planos possíveis, incluindo o pessoal, familiar, profissional e social. 12. Acerca da fixação da indenização por danos morais, é sabido que seu arbitramento deve obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, observando ainda a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, e a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e gravidade do dano, sem, contudo, incorrer em enriquecimento ilícito. 13. Reputa-se adequada a fixação de R$ 100.000,00 (cem mil reais) em favor do autor, a título de indenização por danos morais, a serem igualmente arcados pela União Federal e pelo Estado de São Paulo, incidindo correção monetária a partir desta decisão (Súmula 362 do STJ), e juros de mora a partir da citação, por ser nesse sentido a jurisprudência do C. STJ, havendo qualquer discussão em juízo em torno do direito resguardado pela Lei 9.140/95. 14. Quanto aos honorários advocatícios, considerando a prolação da sentença sob a égide do antigo Código de Processo Civil, nos termos de seu art. 20, §3º e 4º, arbitro-os em 10% sobre a condenação, a serem pagos igualmente pelos réus. 15. Apelação provida e agravo retido prejudicado.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 maioria, rejeitar a questão da prescrição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Des. Federais Mairan Maia e Marli Ferreira que a acolhiam, e, no mérito, por unanimidade, dar provimento à apelação e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do voto do Relator.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1996254 0008230-59.2011.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Deste modo, o fato danoso enseja a configuração de dano extrapatrimonial, diante de uma lesão à própria dignidade humana da parte autora.

No que tange a fixação do "quantum" da indenização por dano moral, há consenso no sentido de que esta deve imprimir caráter pedagógico à condenação imposta ao ofensor, e, ao mesmo tempo, evitar que o fato se traduza em via de enriquecimento indevido para a parte ofendida.

Deve-se considerar, ainda, as circunstâncias do caso concreto, a gravidade do dano, a situação econômica das partes envolvidas e, quando cabível, o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso.

O dano moral foi tutelado pela nossa Constituição Federal no inciso X do artigo 5º e o valor a ser fixado deve estar em consonância com a função pedagógica e compensatória na qual a doutrina alerta para que seja aplicado de forma justa e equilibrada, assim como observar aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Creio que na fixação do "quantum debeatur" da indenização, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

De acordo com a fundamentação supra, considero pertinente a fixação da indenização em R$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser paga, de maneira solidária, pelas rés, em favor da parte autora.

DISPOSITIVO

Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, condenando a União e o Estado de São Paulo a pagar à parte autora, solidariamente, a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), devendo tal valor ser corrigido monetariamente pelos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da publicação da sentença. (Súmula 362 do STJ).

Condeno as rés no pagamento de custas e honorários de sucumbência, que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §3º, I, do CPC/2015.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, §3º, I e II do CPC/2015.

Após o trânsito em julgado, oportunamente, dê-se baixa e arquivem-se, observadas as formalidades legais.

P.R.I.C.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

Juíza Federal ANA LÚCIA PETRI BETTO

AÇÃO PENAL PRIVADA
0003408-24.2017.4.03.6130

Querelante: JEAN WYLLYS DE MATOS SANTOS
Querelado: ALEXANDRE FROTA ANDRADE
Juíza Federal: ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2018

Trata-se de queixa-crime proposta em 8 de junho de 2017 por JEAN WYLLYS DE MATOS SANTOS em face de ALEXANDRE FROTA ANDRADE, imputando ao querelado os delitos de difamação e injúria.

Segundo a inicial acusatória, ALEXANDRE FROTA possui uma página registrada na internet que conta com mais de 430 mil seguidores. Aduz o querelante que ALEXANDRE promove vários ataques aos seus direitos da personalidade. Narra que em 5 de abril de 2017, ALEXANDRE postou em sua página da internet uma foto com identificação do sujeito – "*Dep Federal: Jean Wyllys*", atribuindo a ele, JEAN WYLLIS, a seguinte frase: *"A pedofilia é uma prática normal em diversas espécies de animal, anormal é o seu preconceito"*. Afirma o querelante que tal publicação contou com mais de 9,6 mil compartilhamentos, 4,4 mil curtidas e mais de 2 mil comentários. Consta, ainda, que em 16 de abril de 2017, ALEXANDRE publicou novamente a foto com a frase que o querelante afirma jamais ter dito.

O querelante ressalta que é deputado federal combatente em relação aos direitos das minorias, sem jamais ter se posicionado de forma favorável à pedofilia. A frase atribuída a ele decorre tão somente da vontade de o querelado em difamar a sua reputação. Assim resume o fato na queixa-crime: *"Alexandre Frota, imbuído de clara intenção difamatória, fabricou uma mentira extremamente grave com o objetivo de difamar o querelante e macular a sua reputação, associando a sua imagem ao crime de pedofilia"*.

Consta, também, da inicial, que a publicação gerou asco social em relação a pessoas que acreditaram na veracidade da informação, tendo sido lançadas manifestações de ódio e ameaças em relação ao querelante. Ressalta que ALEXANDRE curtia e comentava, com novas injúrias, as manifestações dos visitantes de sua página na internet.

Inicialmente proposta perante a Justiça Federal do Distrito Federal, houve declínio de competência para Osasco, com jurisdição sobre o domicílio do querelado ALEXANDRE, a cidade de Cotia (fls. 31-33).

Recebidos os autos, este juízo firmou sua competência para o julgamento do feito, tendo sido designada audiência prévia de conciliação, que restou infrutífera (fls. 89/90).

Em resposta à acusação, ALEXANDRE FROTA propugnou pelo não recebimento da queixa-crime ao argumento de inépcia da inicial, qualificando-a de "verdadeiro frenesi acusatório". Afirmou, em tese subsidiária, a vontade de retratação cabal em relação às eventuais ofensas, o que geraria a extinção da punibilidade, independentemente da vontade do querelante.

O querelante manifestou-se (fls. 123/129) sobre a audiência de conciliação, pontuando o seguinte: que o suposto supedâneo de ALEXANDRE para atribuir a frase já referida a JEAN WYLLYS (entrevista na CBN) não existe, conforme esclarecimento oficial da própria CBN; que a afirmação de ALEXANDRE, no sentido da retratação, foi inverídica porque, momentos antes da audiência, ALEXANDRE teria lançado novas ofensas contra JEAN WYLLYS; que mesmo após a propositura da ação, ALEXANDRE FROTA lançou publicação atribuindo outra frase a JEAN WYLLYS, qual seja: *"Nós brasileiros temos que aceitar a tradição dos muçulmanos de*

se casarem com meninas menores de 10 anos. Não é pedofilia, é cultura Islâmica". O querelado afirmou que tal imputação é falsa, porquanto jamais se manifestou nesse sentido. Ademais, ressaltou que o querelado continua a escrever e a proferir, em vídeos disponibilizados nas redes sociais, diversas expressões injuriosas em relação a ele, tais como *"putinha de Brasília", "merda", "mulambo safado", "fresco", "vagabundo", "corrupto", "falso moralista", "viadinho", "bicha louca do caralho",* dentre outras.

O querelante, nessa mesma manifestação, pediu o aditamento para incluir na acusação o delito de calúnia, ao argumento de que o querelado referiu-se a ele, publicamente, como "corrupto".

ALEXANDRE FROTA ANDRADE manifestou-se a fls. 146/150, pedindo o não recebimento da queixa-crime. Argumentou que o direito do querelante em relação aos vídeos já caducou. Alegou ter ocorrido renúncia tácita em relação aos delitos de injúria porque o querelante deixou de processar todas as pessoas que fizeram comentários na página da internet em foco.

O Ministério Público Federal manifestou-se (fls. 154/158) pelo prosseguimento da ação; ressalvando, porém, a ocorrência de decadência em relação ao aditamento da denúncia, no que diz respeito ao delito de calúnia, porque a prova do delito data de 13/12/2016, sendo que a emenda da inicial se deu em 05/04/2017; portanto, mais de seis meses após a ciência do fato pelo querelante.

Em decisão de fls. 161/163, este juízo reconheceu a decadência em relação à imputação da calúnia, rejeitando, nesse ponto, a inicial acusatória. Recebeu a queixa-crime em relação aos delitos de injúria e difamação. Houve rejeição em relação ao argumento do querelado, relativo a uma suposta renúncia tácita, caracterizada pelo fato de o querelante não ter processado todas as pessoas que curtiram os comentários ou que inseriram novos comentários, porquanto se reconheceu a impossibilidade física de tal ato, já que não haveria tempo hábil para o querelado identificar todos os partícipes do delito, dada a dificuldade tecnológica envolvendo endereços e dados cadastrais na internet.

Em audiência de instrução e julgamento, colheram-se os depoimentos de ambas as partes.

Em alegações finais, JEAN WILLYS pediu a condenação de ALEXANDRE FROTA, nos termos do recebimento (injúria e difamação).

ALEXANDRE FROTA, em memoriais da defesa, disse da ausência de justa causa, eis que não foi lavrada a ata notarial das ocorrências verificadas na internet. No mérito, suscitou que JEAN WILLYS se utilizou do processo como "palanque eleitoral", não tendo havido qualquer ação delituosa por parte do querelado.

O Ministério Público Federal pediu a condenação de ALEXANDRE FROTA, entendendo que ele, "*imbuído de clara intenção difamatória, fabricou mentira extremamente grave com o objetivo de difamar o querelante e macular sua reputação, associando a sua imagem ao crime de pedofilia"*. Argumentou ainda que no curso do processo ALEXANDRE publicou uma série de palavras, vídeos e imagens que denotam a intenção renitente do querelado, em relação às ofensas irrogadas ao querelante.

Relatei o necessário.

DECIDO.

Não caducou o direito à ação porque o conteúdo das ofensas resta presente nas mídias sociais. Ademais, as ofensas foram irrogadas em desfavor de Deputado Federal (o cargo ocupado é de relevo porque se imputam as falas ao deputado e não à pessoa de JEAN) e assim a retratação torna-se juridicamente inviável.

Tampouco há falar-se em inépcia da denúncia, por certo que a exordial acusatória traduz, de maneira bastante satisfatória, as condutas e as implicações decorrentes relativas à apuração da responsabilidade penal. Do modo em que posta, possibilitou a vestibular o exercício do contraditório e da ampla defesa nesta ação penal; condizente, pois, a peça, com os requisitos constitucionais implícitos, bem como os legais explicitados no artigo 41 do CPP.

Como bem ressaltou o MPF a fls. 155 verso, a ata notarial não é imprescindível para a configuração do delito, eis fartamente demonstrada a materialidade do delito pelo conjunto probatório constante dos autos. Ademais, o próprio querelado, em audiência, não negou que lançara mesmo as manifestações na rede, apenas apresentou explicações para os fatos, na tentativa de justificá-los como conformes ao ordenamento vigente.

Analiso o mérito, que diz respeito aos *limites* da liberdade de expressão. A questão é saber: a) há limites à liberdade de expressão garantida na Constituição Cidadã? b) em caso positivo, quais seriam os limites legítimos? c) ALEXANDRE FROTA ANDRADE, ao exercer sua manifestação de pensamento, excedeu esses limites, causando dano a outrem? d) esse excesso configura algum tipo penal?

Para responder a essas questões analisamos, em primeiro lugar, o texto da Constituição Federal. Diz o artigo 5º, inserido no título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, em sua literalidade:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> (...)
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).

Analisando o texto acima, no plano sintático, percebe-se que o inciso IV, que diz da livre manifestação do pensamento, já conta com uma ressalva explícita: a vedação do anonimato. Ainda no plano sintático, percebe-se que a posição dos incisos não faz intuir, pela organização do artigo, nenhuma ordem de importância ascendente dos incisos precedentes em relação aos posteriores.

Assim, em casos de colisão de interesses, como deflui ao analisarmos o inciso IV em conjunto com o inciso X, há necessidade de análise no plano semântico, com o escopo de analisar se a Constituição da República quis privilegiar a liberdade de expressão quando em confronto com a honra da pessoa.

E o plano semântico comporta análise histórica e cultural, para situar os vetores axiológicos do texto no caso concreto que ora se enfrenta.

Cediço que a Constituição de 1988 surte num cenário pós-ditadura, passando as liberdades públicas a ocupar lugar de destaque; juntamente, porém, com a elevação do conceito de dignidade humana.

Em relação a eventuais conflitos de normas de igual estirpe constitucional (texto originário), muito já se falou sobre as técnicas de ponderação de valores. Na obra "Mídi@ e Poder

Judiciário[1]", há um resumo preciso dessas ideias, sendo importante, para as finalidades dessa sentença, os seguintes excertos:

> (...) Um instrumento eficaz e indispensável para a solução desse conflito entre normas constitucionais é o princípio da proporcionalidade. Esse princípio compatibiliza os conteúdos em atrito, já que se harmonizam na medida do possível, dado o caso concreto. (...) O professor Edilson Pereira de Farias entende que *a colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais).* Nos idos de 1980, o professor René Ariel Dotti já ressaltava que *não tem sido possível a apresentação de fórmulas legislativas que, a um só tempo, contemplem todas as situações de conflito e proponham as soluções adequadas.* Daniel Sarmento discorre sobre a *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Em sua obra, esclarece que a ponderação consiste no método utilizado para a resolução de eventuais colisões entre princípios constitucionais, sempre em relação a situações concretas. (...) Ressalte-se, novamente, o devastador efeito que notícias bombásticas e sensacionalistas pode causar na vida das pessoas envolvidas e excessivamente expostas. À luz disso, o professor Luís Roberto Barroso lembra que *a discussão atual na doutrina é a extensão do poder do Judiciário na matéria, especialmente no que diz respeito à possibilidade de impedir previamente o exercício da liberdade de expressão em deferência à intimidade e à vida privada de terceiros.*

No plano internacional, as posições a respeito do tema são divergentes.

Nos Estados Unidos, verifica-se clara preferência da Suprema Corte pela liberdade de expressão, incluída pela primeira emenda da Constituição. Ao longo do tempo, aquela Corte tem decidido que a liberdade de expressão inclui: o direito a não se manifestar, como não saudar a bandeira americana – *Wes t Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S.624 (1943); o direito de usar vestimentas pretas na escola em protesto contra a guerra – *Tinker v. Des Moines*, 319 U.S. 503 (1969); manifestação abstrata do pensamento, sem correlação direta de ameaça ou perigo aos possíveis ofendidos – *Bradenburg v. Ohio*, 395 U.S. (1969); o uso de certas palavras ofensivas com finalidade de transmitir mensagens de ordem política – *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); o direito de utilização de linguagem simbólica, como queimar a bandeira em público – *Texas v. Johnson,* 491 U.S. 397 (1989). Nos últimos tempos, a questão mais expressiva e controversa se deu no julgamento do caso *Snyder v. Pheps* – 562 U.S. 443 (2011), conforme se explica no texto abaixo:

> (...) No caso *Snyder v. Phelps*, julgado pela Suprema Corte Americana em 02/03/2011, reafirmou-se, mais uma vez a amplitude do princípio. Eis os fatos: ao longo dos últimos 20 anos, a Congregação Westboro Igreja Batista vinha realizando protestos em funerais militares, propagando mensagens no sentido de que Deus não tolera a homossexualidade no âmbito castrense. No caso concreto o fundador Fred Phelps viajou a Maryland com outros seis associados, para protestar durante o enterro de Snyder, morto em ação militar no Iraque.
> O protesto consistiu na exibição de cartazes com dizeres como: "obrigada, Senhor, pelos soldados mortos", "padres estupram crianças", "vocês irão para o inferno", dentre outros semelhantes. O pai do militar ingressou com ação contra os manifestantes, pleiteando indenização

1 ANDRADE, Fábio Martins de. Mídi@ e Poder Judiciário. A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 243-250.

> por danos morais. Na primeira instância, o júri considerou abusiva a manifestação, fato que levou à condenação de Westboro ao pagamento de milhões de dólares em danos.
> A congregação apelou, invocando o direito à liberdade de expressão, garantido pela primeira emenda. A Corte Distrital reduziu a multa, mantendo a conclusão do júri. Em segunda instância, o julgamento foi revertido em favor dos manifestantes. No mesmo sentido, o julgamento da Suprema Corte.
> O caso causou estranheza mesmo à sociedade americana, já acostumada à largueza do conceito de *freedom of speech* adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Antes do julgamento, a mídia sinalizava que a Corte poderia restringir o direito, em juízo de ponderação com outros direitos fundamentais.
> A Suprema Corte americana, porém, contrariando a suposta expectativa popular, entendeu que, no caso, não houve intenção de ofensa a nenhum indivíduo particular, mas protesto genérico contra a existência de homossexuais em quadros militares. Entendeu, ainda, que a *ocasião* não pode ser confundida com a *personificação* da ofensa, vez que o intuito do grupo liderado por Phelps não era ofender os parentes do morto, mas de atrair a atenção da sociedade para o reclamo[2].

No direito europeu, a tendência é a de valorização da dignidade da pessoa humana, em detrimento da liberdade de expressão, principalmente na Alemanha[3]. Ingo Sarlet, em artigo recente publicado na Revista Consultor Jurídico[4], discorreu sobre a importância de norma alemã aprovada em 01/09/2017, denominada *Netzwerkdurchsetungsgezettz* (German Network Enforcement Act – GNEA), cujo objetivo é reprimir e coibir discursos ofensivos, discriminatórios e que incitem à violência na internet. Trata-se de norma destinadas a provedores da internet, determinando que sejam eliminados e bloqueados conteúdos ilícitos (dentre os quais ofensa a direitos da personalidade, negação do holocausto, discurso de ódio etc.) nas mídias sociais destinatárias, sob pena de severas multas. Nesse mesmo artigo, o professor também elenca diversos instrumentos desenvolvidos para orientar a ética nas mídias sociais, no âmbito europeu:

Relembre-se, nesse contexto, que embora ainda não exista uma diretiva ou regulamento específico voltado ao combate do discurso do ódio na Internet no âmbito da normativa da União Europeia, já foram criados alguns instrumentos e parâmetros para tal efeito, no sentido de que já poderia se designar de uma espécie de *soft law*. Destacam-se aqui as medidas da Comissão para o combate do racismo e da intolerância do Conselho da Europa, Estrasburgo, como é o caso de um código de conduta emitido em 31.5.2016, em parceria com Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft e uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, de 26.04.2018.

Voltando à análise da Constituição da República, agora no campo pragmático, podemos citar os casos Ellwanger (HC 84.424, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, Plenário, DJ 19/03/2004) e ADPF 187, conhecida como "marcha da maconha". No primeiro caso, houve claro pendor do plenário do STF para os direitos inerentes à dignidade humana. Apenas o Ministro Marco Aurélio, vencido, manifestou-se pela proteção da liberdade de ex-

2 ZANETTI, Adriana Freisleben de. "O julgamento político e a liberdade de expressão". Acessível em https://www.iabnacional.org.br/iab-na-imprensa/o-julgamento-politico-e-a-liberdade-de-expressao.

3 Antônio de Holanda Cavalcanti Segundo, em sua obra "Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu Âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao HATE SPEECH", discorre, nas páginas 74 a 76, sobre os principais julgamentos do Tribunal Constitucional alemão a respeito.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão, regulação e discurso de ódio – o caso GNEA. Consultor Jurídico. São Paulo, 23 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-regulacao-discurso-odio-gnea. Acesso em 25 de novembro de 2018.

pressão. Na ADPF 187 entendeu-se como legítimo o direito à manifestação da legalização da maconha. Importante assinalar que o contexto desse julgamento se insere em momento cultural em que várias nações já descriminalizaram o uso recreativo da maconha. Assim, temos que a liberdade de expressão não foi a grande vencedora no caso, eis que dada a autorização para posicionar-se sobre a maconha, e não sobre outra droga qualquer (cocaína, por exemplo).

Nessa toada, entendemos que o Supremo Tribunal Federal segue a tendência europeia, no sentido da equalização entre liberdade de expressão e direito à dignidade humana, do qual a incolumidade e a honra das pessoas constituem componentes importantes.

Após a análise sintática, semântica e pragmática do artigo 5º, incisos IV e X, concluímos que a Constituição da República garantiu a liberdade de expressão de forma ampla. Mas a amplitude não significa a ausência de fronteiras no exercício do direito, por certo que em um sistema ou ordenamento jurídico, por vezes há colidência entre direitos de igual estirpe. No caso concreto, temos, de um lado, o direito à livre manifestação do pensamento; e, de outro, os direitos inerentes à dignidade humana.

Logo, a resposta aos dois primeiros questionamentos dessa sentença é clara: Sim, há limites à liberdade de expressão, quando em confronto com a honra e a dignidade humana, limite esse a ser aferido no caso concreto.

ALEXANDRE FROTA ANDRADE, ao exercer seu direito à livre manifestação do pensamento, claramente excedeu os limites constitucionais, porquanto atentou diretamente contra a honra e à imagem do deputado federal JEAN WYLLYS.

Com efeito, restou comprovado nos autos que as frases atribuídas a JEAN WYLLYS por ALEXANDRE são discursos jamais proferidos pelo deputado. A frase foi criada com a finalidade de difamar JEAN WYLLYS, causando na comunidade cibernética o sentimento de repúdio por empatia emocional com as vítimas da pedofilia. ALEXANDRE forjou a fala imputada a JEAN WYLLYS, posteriormente justificando-se ao dizer que teria construído o raciocínio de que o deputado tinha esse entendimento a partir de entrevista concedida por JEAN WYLLYS à Rádio CBN.

Além disso, ALEXANDRE proferiu várias expressões injuriosas a respeito da pessoa de JEAN WYLLYS, sempre criticando suas preferências pessoais para atacar o papel por ele exercido como parlamentar da República.

No ponto, cumpre destacar que a Constituição de 05/10/88 recepcionou os tipos descritos no artigo 139 e 140 do Código Penal. Essa recepção constitucional também reforça a ideia de limites à liberdade de expressão do pensamento, eis que alça à esfera de ofensa penal os delitos de difamação e injúria. Isso porque há preocupação na defesa da honra do indivíduo, honra essa tanto em seu viés objetivo (o conceito que a comunidade tem do indivíduo) quanto em seu viés subjetivo (o conceito que o próprio sujeito tem de si próprio).

Também recepcionado pela Constituição a causa de aumento prevista no artigo 141, III, eis que os delitos contra a honra, ao serem propagados em meios difusos, aumentam sua potencialidade lesiva. No caso concreto, houve a divulgação das ofensas por meio da internet, cujo alcance e influxo revelam-se ilimitados. Nesse s

> Constatou-se que essa verdadeira revolução na maneira de se comunicar deriva de um fator essencial e bem caracterizado nas redes sociais na internet: a influência que tais redes sociais exercem sobre seus usuários e o poder de persuasão que as suas informações conseguem impor ao receptor da mensagem. (...) De outro lado, verificou-se também a influência que as redes sociais possuem, no que tange a fatores relacionados à política e a decisões governamentais.

> Percebe-se a repercussão de uma atitude política de um parlamentar, por exemplo, em questões de segundos, pela análise das postagens e compartilhamentos realizados em tais redes sociais[5].

Diante do exposto, conclui-se que ALEXANDRE FROTA ANDRADE incorreu nos delitos de difamação e injúria. Não havendo excludentes de ilicitude e presentes os elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa), a condenação é medida que se impõe.

De acordo com o prescrito no art. 20, *caput*, do Decreto 4.657/42, há necessidade de análise das consequências práticas da decisão, sempre que houver de enfrentarem-se valores jurídicos abstratos. Embora o caso concreto não se relacione diretamente com essa hipótese, há necessariamente viés abstrato na ponderação de valores constitucionais. Por isso, para evitar desconformidade normativa, tenho que a condenação de ALEXANDRE, na prática, cumpre aos desideratos penais da prevenção geral e especial. Do ponto de vista da prevenção geral, essa sentença confirmará que há limites à liberdade de expressão, sempre que o pensamento externado afetar o direito de terceira pessoa a manter incólume sua honra e imagem. As consequências práticas, no ponto de vista da prevenção especial, inserem-se no campo da reprimenda a ser aplicada ao querelado, conforme se exporá adiante.

DISPOSITIVO

Condeno ALEXANDRE FROTA ANDRADE como incurso nas penas dos artigos 139 e 140 c/c 141, III, na forma dos artigos 69 e 71, todos do Código Penal.

Doso as reprimendas.

Artigo 139 – Difamação

ALEXANDRE agiu com dolo intenso em desfavor do êmulo político. Forjou frase falsa e a atribuiu a JEAN WYLLYS com o escopo de atingir fortemente a honra objetiva do querelante. Assim, de rigor a exasperação da pena base, que fixo em 8 meses de detenção e pagamento de 200 dias-multa. Incide a majorante do inciso III do artigo 141, montando a sanção a 10 meses e 20 dias de detenção e pagamento de 266 dias-multa.

Artigo 140 – Injúria

ALEXANDRE atingiu, em diversas ocasiões, a honra subjetiva de JEAN WYLLYS. Esse ponto, porém, será considerado para a aplicação da benesse prevista no artigo 71 do CP. Em relação ao dolo, verifica-se a intensidade, eis que ciente o querelado de que sua conduta implicaria sofrimento e desgaste psicológico a JEAN WYLLYS. Por isso, fixo o marco inicial da reprimenda em 8 meses de detenção e pagamento de 200 dias-multa. Incide a majorante do inciso III do artigo 141, montando a sanção a 10 meses e 20 dias de detenção e pagamento de 266 dias-multa. Por fim, aumento a reprimenda em 1/3, dada a abundante reiteração da conduta, cometida nas mesmas circunstâncias; por isso, a benesse prevista no artigo 71 do CP. Assim, a pena final a esse delito monta a 1 ano, 2 meses e 6 dias de detenção e pagamento de 354 dias-multa.

Concurso material

ALEXANDRE praticou de uma conduta delituosa causando resultados diversos, em termos de objetividade jurídica. De rigor, pois, a soma das reprimendas dos delitos de injúria e difamação, nos moldes do artigo 69 do CP.

Assim, fixo a pena definitiva de ALEXANDRE FROTA ANDRADE em 2 anos e 26 dias

5 MAIA, Daniel. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

de detenção no regime inicial aberto e pagamento de 620 dias-multa, no valor de ½ salário mínimo cada, por certo que ALEXANDRE tem condições materiais de arcar com um ônus maior do que o trabalhador comum, cuja média salarial não ultrapassa um salário mínimo mensal.

Atenta ao fato de a pena impingida ser inferior a 4 (quatro) anos e por entender medida socialmente recomendável no caso em concreto, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. A primeira consiste em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade, preferencialmente junto a fórum federal da subseção da residência do condenado, em atividades auxiliares à gestão documental, devendo ALEXANDRE trabalhar, por cinco horas diárias, no auxílio à destruição/picotagem de papéis que não mais se fazem úteis aos autos. A segunda consiste em limitação de fim de semana, devendo ALEXANDRE permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento similar, sendo que, em relação a esta última, na hipótese de impossibilidade material de cumprimento por falta de estabelecimento adequando no Estado, fica o juízo da execução autorizado a substituí-la por outra pena restritiva de direito compatível com o caso.

Pode apelar em liberdade. Transitada em julgado e mantida a condenação, responderá o condenado pelas custas e terá seu nome inscrito no rol dos culpados (artigo 393, inciso II, do Código de Processo Penal).

Expeçam-se os ofícios de praxe. Oficie-se aos departamentos competentes para cuidar de estatística e antecedentes criminais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência pessoal ao MPF. Cumpra-se.

Osasco, 17 de dezembro de 2017.

Juíza Federal ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

PROCEDIMENTO COMUM
5007391-36.2017.4.03.6100

Autor: USINA BOM JESUS S.A. ACUCAR E ALCOOL
Ré: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2019

Trata-se de ação judicial, com pedido de tutela antecipada, proposta por USINA BOM JESUS S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL (sucessora da empresa USINA SANTA HELENA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL) em face da UNIÃO FEDERAL objetivando a declaração da inexistência de multa que integra o débito objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66, inscrito na Dívida Ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09, bem como cancelada a inscrição em Dívida Ativa e excluída do parcelamento da Lei nº 11.941/2009.

A autora relata que, em 07 de julho de 1995, foi lavrado o auto de infração objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66, por meio do qual a Receita Federal constituiu débito relativo ao imposto de exportação (IE) e propôs a aplicação de multa, a qual deveria ser precedida de audiência do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DTIC/SECEX/MICT).

Noticia que o auto de infração foi posteriormente aditado para melhor indicação do enquadramento legal da proposta de aplicação de multa.

Afirma que a multa não foi aplicada, mas tão somente proposta, com fundamento no artigo 142 do Código Tributário Nacional e no artigo 542, parágrafo único, inciso I, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 91.030/85).

Alega que a Receita Federal do Brasil requereu a manifestação do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, porém não obteve resposta.

Diante disso, em 19 de agosto de 1997, a Receita Federal do Brasil concluiu ser dispensável a prévia audiência do órgão acima. Contudo, deixou de aditar o auto de infração ou de lavrar um novo para efetiva aplicação da multa.

Aduz que, embora nunca constituída, a multa vem sido exigida da parte autora, tendo sido acrescida ao débito principal inscrito na Dívida Ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09 e parcelada nos termos da Lei nº 11.941/2009.

A inicial veio acompanhada da procuração e de documentos.

Na decisão id nº 1522610 foi concedido à autora o prazo de quinze dias para adequar o valor da causa ao benefício econômico pretendido e recolher as custas judiciais complementares.

A autora apresentou a manifestação id nº 1648920.

A União apresentou contestação aduzindo que a oitiva do Departamento Técnico de Intercâmbio, Comércio de Turismo (DTIC/SECEX/MICT) era desnecessária e que a autoridade fiscal esclarece a constituição e aplicação da multa.

Houve réplica.

Instada a manifestar-se especificamente sobre a constituição ou não do crédito decorrente da penalidade, a União afirmou que houve a aplicação da sanção, remetendo a excerto da peça defensiva nesse sentido.

A autora reafirmou a tese e apresentou outros autos de infração para ilustrar o quanto sustentado.

Instada a manifestar-se, a ré reiterou o quanto já dito em outras manifestações.

É o relatório. Decido.

Não há preliminares.

A resolução da causa dispensa a produção de outras provas, tal como já dito pelas partes.

Primeiramente, observo que não, a penalidade não foi imposta no autor de infração sob exame.

O auto de infração lavrado pela Equipe de Despacho Aduaneiro de Exportação da Receita Federal do Brasil (id nº 1441922) possui a seguinte observação: *"A multa está sendo proposta (art. 142 da Lei 5.072/66); devendo a sua aplicação ser precedida de audiência do Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial da SCE (art. 1º § único do Decreto 91030/85)".*

Quem propõe e condiciona a aplicação à manifestação de outro órgão não impõe. Quem pune, não condiciona a evento futuro e incerto ao alvedrio de outrem a emergência da sanção.

À duas, tem-se que consta das informações prestadas em 19 de agosto de 1997:

> A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo determinou o retorno do presente Auto de Infração a esta ALF/Porto de Santos, para fins de proceder ao saneamento, uma vez que não consta nenhuma manifestação do CTIC/SECEX, acerca da procedência ou não da aplicação de penalidade prevista no artigo 7º do Decreto-lei nº 1.578/77, regulamentado pelo artigo 531, inciso I do RA, conforme determina o artigo 542, inciso I do RA – Decreto nº 91.030/85 e, ainda, em razão de inexistir neste, documento comprobatório de recebimento do ofício expedido por esta EQDEX ao referido órgão do MICT.
> Diante disso, foi encaminhado novo expediente àquele Departamento (Ofício/0817800/DIDAD/EQDEX nº 031/97), reiterando o pedido feito anteriormente, mas não houve resposta até o presente momento.
> Ao procedermos melhor exame do caso, concluímos, data máxima vênia, ser dispensável essa audiência, uma vez que se trata, a penalidade imposta no caso vertente, de multa proporcional ao imposto incidente sobre transação de venda ao exterior, prevista no Decreto-lei nº 1.578/77, isto é, ato legal que instituiu efetivamente o imposto incidente sobre a operação de exportação.
> É de se observar que, por imperativo do artigo 161 da Lei nº 5.712/66 (CTN) a cobrança do imposto não deve ser dissociada, quando devida, da respectiva penalidade aplicável à espécie.
> Isso significa que o lançamento da multa de natureza fiscal referente ao imposto não pago no vencimento, como na hipótese examinada, deve ser realizado concomitantemente com a constituição do principal, independente de qualquer manifestação do DTIC/SECEX. E não poderia ser de outra maneira, visto que, nesses casos, a atividade de lançamento do imposto e da multa correspondente é vinculada e obrigatória.
> (...)
> Ante todo o exposto e, considerando ser improvável a manifestação do órgão responsável pelo controle administrativo de exportação – DTIC/SECEX com relação ao caso em tela, sugerimos que seja encaminhado o presente ao SESAR para, em conjunto com a EQJU, verificar o desfecho da ação judicial, bem como adoção de demais providências aplicáveis ao caso.

A manifestação administrativa acima não impôs e nem tratou como se imposta tivesse sido a penalidade.

Aliás, quando alude à multa, faz em tese, enquanto manifestação do poder de polícia do Estado – e não como se tivesse ocorrido tal exercício no caso em tela.

Assim, a decisão administrativa posterior que explicita a desnecessidade de manifestação do outro órgão não ratifica - e nem poderia fazê-lo - o que sequer foi feito.

Não bastasse isso, ato da própria Receita Federal datado de 19.11.1996 trata a multa como tendo sido apenas proposta. Ou seja, o entendimento da própria instituição era no sentido da inexistência de multa aplicada.

Em terceiro lugar, o débito foi incluído em parcelamento e impõe-se a cognição sobre a eficácia jurídica de tal ato.

Cumpre distinguir se houve uma confissão ou a própria constituição de multa tributária por meio da inclusão em parcelamento. Explico porque faço a distinção entre confissão e constituição pelo próprio contribuinte abaixo.

Entendida a confissão como a admissão de um fato contra si, de tal expediente não adviria a aplicação de uma sanção que se revela enquanto exercício concreto da incidência de uma norma punitiva sobre determinada pessoa por determinada ação ou omissão. Sem dúvida, a confissão nunca faria surgir uma obrigação tributária, pois não cria tributo[1] e, com maior razão, não implica no advento jurídico de uma pena.

Já a constituição de crédito tributário pelo próprio contribuinte (autolançamento) é mais do que a mera admissão do fato, mas a aplicação da lei sobre o fato de modo a fazer surgir a obrigação tributária contra si. E é juridicamente possível o autolançamento não apenas da obrigação tributária principal, mas igualmente de acessórios, dentre os quais a multa tributária. Nesse sentido, Gustavo Masina[2] leciona "o fato de que as multas tributárias também podem ser constituídas por declarações do contribuinte.". Diferentemente da sanção de natureza criminal que demanda, necessariamente, a intervenção não apenas do Estado, mas do Poder Judiciário, a sanção tributária implica em pena que pode ser cumprida espontaneamente.

Note-se, ainda, que a própria Lei Federal 9.964/2000 previa a inclusão em parcelamento tanto dos débitos já constituídos quanto daqueles ainda não-constituídos. Veja-se o teor do art. 2º, §3º, da Lei Federal que instituiu o REFIS:

§ 3º A consolidação abrangerá todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Por isso, mais do que a confissão, a adesão ao parcelamento pode ser vista como um autolançamento tributário.

No caso em tela, a admissão do débito tributário decorrente da incidência de norma punitiva não se deu espontaneamente pelo contribuinte como corolário do descumprimento da obrigação principal. Pelo contrário, a admissão do dever tributário de natureza punitiva deu-se em parcelamento diante do qual havia uma aparência de prévia constituição da multa (o que inocorreu, como já aduzido acima).

O Estado deu sinais de que a multa havia sido aplicada, ofertando sua inclusão para fins de aderência a programa de parcelamento.

Documento fiscal relativo a parcelamento aponta a multa como tendo tido seu vencimento expirado em 26 de junho de 1996.

Note-se que a Certidão de Dívida Ativa, por exemplo, aponta que o crédito teria sido constituído por auto de infração – o que se sabe não ser verdade – e que a notificação teria ocorrido em 27 de maio de 1996.

A própria opção de inclusão do débito sustenta a aparência do mesmo aos olhos de todos

e, diante disso, contribui para despertar a crença de que juridicamente existe.

A constituição de multa pelo próprio contribuinte deve dar-se em um contexto de certa normalidade, onde espontaneamente ou, pelo menos, voluntariamente, o devedor reconheça o débito principal e seus consectários. No caso em tela, para aderir a um programa de parcelamento o contribuinte incidiu em erro e para tanto o modo pelo qual a situação transcorreu contribuiu, ensejando uma aparência de que se havia constituído a multa em desfavor da autora, quando, na verdade, não o tinha. Na ausência de constituição prévia e diante da mácula de um autolançamento, poderia ser cogitada a ocorrência de confissão, mas como a admissão de fato contra si não gera tributo ou outra obrigação tributária, igualmente não remanesce eficácia na exação levada a efeito pelo Fisco.

Por tudo isso, entendo que não se pode considerar o débito constituído pelo próprio contribuinte quando este, induzido em erro, reconhece sanção que parecia aplicada e que, na verdade, não o foi. De certo modo, admitir o contrário, implicaria em convalidar ato juridicamente inexistente, o que certamente não se revela correto.

Assim, JULGO PROCEDENTE A DEMANDA, declarando a inexistência jurídica do débito objeto do processo administrativo nº 11128.002185/95-66 e inscrito na dívida ativa da União sob o nº 80.4.09.039354-09, determinando o cancelamento da respectiva CDA.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor que não excede 200 salários mínimos, 10% do valor excedente até 2.000 salários mínimos e, naquilo que sobejar, de 6% de tanto, dada a complexidade elevada da causa e o labor despendido para sua resolução pelo patrono da vencedora, forte nos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 85 do CPC.

Caberá à União reembolsar as custas já pagas pela autora.

Com reexame necessário.

Dado o tempo já decorrido durante o qual tinha-se o débito como supostamente devido, bem como dada a complexidade da causa, entendo que, apesar da procedência do pleito, não há razão para o deferimento da antecipação de tutela.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EMBARGOS À EXECUÇÃO
5000070-17.2018.4.03.6131

Embargante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT
Embargada: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2019

Vistos, em sentença.

Trata-se de embargos à execução, movimentados por *EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT* em face do *MUNICÍPIO DE BOTUCATU*, pretendendo a desconstituição do título executivo que aparelha a execução fiscal em apenso. Aduz o embargante, em suma, que a CDA que instrui a execução padece de nulidade, e, quanto ao mérito, que se operou a prescrição da pretensão executiva, e, quando não, que não se sustenta a validade jurídica do lançamento efetuado pela embargada porquanto há situação de imunidade constitucional em favor do embargante, empresa pública que executa serviços em regime de monopólio. Junta doumentos

Instada a se manifestar, a embargada pugna pela rejeição dos embargos (id n. 5402906), batendo-se pela plena higidez e exigibilidade do título exequendo, contrapondo-se a todos os fundamentos arrolados nos embargos.

Réplica sob id n. 6448649.

Instadas as partes em termos de especificação de provas, nada requereram.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

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. Passo, então, ao julgamento, na forma do art. *17, § ún. da LEF* c.c. *art. 355, I do CPC.*

Logo de saída, observo que a CDA apresentada com a inicial da execução fiscal ostenta todos os requisitos de validade na medida em que descreve circunstanciadamente os montantes pretendidos na execução, acompanhados dos respectivos fundamentos legais do débito. Todas as hipóteses concretas da exigência fiscal em que incidiu o sujeito passivo da obrigação tributária estão claramente expostas na inicial da execução, bem como todas as incidências legais que a exeqüente acredita vertentes à espécie. E essas circunstâncias foram escorreitamente esclarecidas à parte embargante, tanto que ela pode acessar amplamente a via dos presentes embargos, de molde a demonstrar claramente o pleno atendimento ao direito de defesa por parte do contribuinte, na medida em que, a partir, apenas, das informações constantes da própria certidão e de seus fundamentos legais, já se permitiu ao interessado efetuar a impugnação daquilo que lhe está sendo exigido. Nesse sentido, existe torrencial posicionamento jurisprudencial: *Processo: AC 00233502720074039999 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1200195, Relator(a) : DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3, 6ª T., Data da Decisão: 08/08/2013, Data da Publicação: 16/08/2013; Processo: AI 00044431820134030000 – AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 498354, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL*

CARLOS MUTA, TRF3, 3ª T, Data da Decisão: 06/06/2013, Data da Publicação: 14/06/2013; Processo: AC 00282953820024036182 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 174186, Relator(a): JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO; TRF3, 4ª T., Data da Decisão: 02/05/2013, Data da Publicação: 10/05/2013.

Daí a razão pela qual não ser o caso de reconhecer qualquer tipo de nulidade ou cerceamento ao direito de defesa do embargante, até porque, como se dessume dos termos em que lavrada a inicial da demanda, o postulante tomou plena ciência dos termos lançamento, bem assim dos fundamentos legais que se entendem aplicáveis à espécie, o cumpre o requisito legal de fundo constitucional do *due process of law*. Com tais considerações, *rejeito* a alegação de nulidade formal da CDA.

Nesse mesmo passo, observe-se ser inconsistente a alegação de nulidade da CDA com relação à exigência de taxa urbana, porque essa modalidade tributária (taxa) não engloba o título executivo aqui em questão.

De prescrição da execução, no caso concreto, também não se há de cogitar. No caso dos autos, bem demonstrou a embargada, mediante a exibição de cópia legível da CDA aqui em questão que, constituído o crédito tributário relativo ao imposto aqui em causa (para o exercício fiscal mais remoto) em *15/05/2009*, conforme se colhe da própria CDA que aparelha a execução, verifica-se que plenamente atendido o lustro quinquenal aplicável, na medida em que ajuizada a execução aos *23/10/2013*, com despacho ordinatório da citação do executado (*CC, art. 202, I*) em *24/03/2014*. Ainda que tenha sido ordenada por juiz absolutamente incompetente, sobrevém o efeito interruptivo da prescrição, nos termos do que prescreve o *art. 240, caput, do CPC/2015* (antigo art. 219, *caput* do CPC/73), razão porque *não* configurada a prescrição da pretensão executiva aqui em apreço. Com tais considerações, *rejeito* a alegação de prescrição.

Passo à análise do tema de fundo desses embargos.

> IMUNIDADE DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO. EXTENSÃO LIMITADA AO PATRIMÔNIO RELATIVO ÀS SUAS ATIVIDADES ESSENCIAIS. TERRENO BALDIO. PROPRIEDADE IMPRODUTIVA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.
> Preliminarmente, será necessário consignar que, a despeito do intenso debate que se travou no entorno dessa instigante questão jurídica, existe, atualmente, orientação jurisprudencial segura no sentido de que, em princípio, as empresas públicas prestadoras de serviços em regime de monopólio, efetivamente, fazem jus à percepção da imunidade tributária a que alude o art. 150, VI, 'a' da CF. Nesse sentido, lição do eminente LEANDRO PAULSEN, que, a respeito do tema ensina que a imunidade, verbis:
> "Em regra, não alcança empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas e sociedade de economia mista estão excluídas da imunidade, não sendo beneficiadas, salvo quando prestadoras de serviço publico em regime de monopólio" (g.n.).
> [*Direito Tributário – Constituição e Código Tributário* ..., 15ª ed., Porto Alegre: 2013, ESMAFE/ Livraria do Advogado Editora, p. 228].

Especificamente no que concerne às empresas públicas prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio – caso do embargante –, se esclarece que:

> ECT. "A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é empresa pública, executa, como atividade fim, em regime de monopólio, serviço postal constitucionalmente outorgado à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso X, da Lei Fundamental,

> o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito do princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, 'a'), do poder de tributar deferido aos entes políticos em geral. Precedentes. - Consequente inexigibilidade, por parte do Estado-membro tributante, do IPVA referente aos veículos necessários às atividades executadas pela ECT na prestação dos serviços públicos: serviço postal, no caso" (STF, Plenário, ACO 803 TARQO, Min. Celso de Mello, abr/08).
> -"imunidade recíproca. Art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte em que a norma do art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação civil originária julgada procedente" (STF, ACO 765, Relatório/ Acórdão Min. MENEZES DIREITO, mai/09).
> -"I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, 'a' (STF, 2º T., RE 407.099-5, Min. Carlos Velloso, jun/04).
> - Sobre a matéria, ainda: Ives Gandra da Silva Martins, imunidade tributária dos correios e telégrafos, RDDT nº 74, novembro/01, p. 58/65; Raquel Discacciati Bello, Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos, Revista de Informação Legislativa nº 132, 1996, p. 182/2.
> - Sobre o monopólio dos serviços de correio, vide a ADPFc46/DF" (g.n.).
> [*op. cit.*, p. 252].

Sucede, entretanto, que essa imunidade somente se dá em relação ao patrimônio, bens ou serviços *diretamente afetados* pela prestação dos serviços em regime jurídico de monopólio, excluídos outros serviços, e, consequentemente, também o patrimônio a eles relativos. Nos termos da Carta Constitucional:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> § 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas" (g.n.).

Nesse sentido, veja-se:

> - Outros serviços prestados pelos correios - que não os postais e de correio aéreo - não são imunes. Julgamento não finalizado pelo STF. Repercussão Geral.
> "O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute - à luz do art. 150, VI, a, e §§2º e 3º, da CF - se a imunidade tributária recíproca alcança, ou não, todas as atividades exercidas pela (...) Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. (...) O Min. Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao extraordinário. (...) Asseverou que a exoneração integral e incondicional da empresa desviar-se-ia dos objetivos justificadores da proteção constitucional, porquanto a ECT também desempenharia atividades de intenso e primário interesse privado-particular, ou seja, não público. Reputou, ainda, que a imunidade não deveria ser aplicada quando a empresa prestasse serviços também franqueados à iniciativa privada, para evitar vantagens competitivas artificiais em detrimento do princípio da concorrência. (...) Abordou, por fim, o tópico suscitado pela recorrente sobre a concessão da

imunidade sem restrições, sob o argumento de que as receitas obtidas seriam integralmente revertidas em seus objetivos institucionais. No ponto, assentou que a importância da atividade protegida pela imunidade não poderia justificar a colocação dos princípios da livre-iniciativa e da concorrência em segundo plano, em toda e qualquer hipótese. Ademais, salientou que a ênfase na aplicação dos recursos, como modo em si para garantir o benefício, abriria margem ao abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial. Assim, concluiu que seria circunstância insuficiente para reconhecer à ECT imunidade ampla e irrestrita. O Min. Luiz Fux, em voto-vista, desproveu o recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente. Destacaram que, consoante julgados da Corte, o regime jurídico da ECT aproximar-se ia ao das autarquias (...), de modo que os serviços desvinculados de suas finalidades essenciais, como os da situação em comento, não seriam alcançados pela aludida benesse. (...) Reiterou-se que eventual imunidade tributária concedida aos serviços prestados em regime de livre concorrência significaria vantagem competitiva em relação aos demais agentes de mercado, em afronta ao art. 173, § 2º, da CF. Rejeitaram, ademais, o argumento de subsidio cruzado - desoneração tributária de atividades que custeariam o serviço postal - haja vista que a incidência de tributação repercutiria no preço final dos serviços e produtos comercializados pela ECT, que não se regeriam pelos princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária - mas sim pela dinâmica de formação de preços de mercado - bem como essa extensão ofenderia *a ratio essendi* da imunidade recíproca, qual seja , a manutenção do equilíbrio federativo . Por fim, asseverou que, se mantido o subsídio cruzado, ele deveria se limitar aos tributos de competência da União, sob pena de impor aos demais entes federados o custeio de serviço público não incluído entre suas competências. (...) O relator reafirmou necessário estabelecer a seguintes distinção: quando se tratar de serviço público, imunidade absoluta; quando envolvido o exercício de atividade privada, incidiriam as mesmas normas existentes para as empresas privadas, inclusive as tributárias. O Min. Cézar Peluso enfatizou ser opção político constitucional do Estado a prestação de determinadas atividades em caráter exclusivo, como privilégio, independentemente de sua lucratividade. Assim, se a ECT se desviara do âmbito do serviço postal, o fizera sabendo que teria de se submeter às regras reservadas à iniciativa privada. Ademais, observou que o fato de pagar imposto, em igualdade de condições com outras empresas, não significaria entrave ou incompatibilidade com o regime de privilégio no seu setor específico. Em divergência, os Ministros Ayres Brito, Gilmar Mendes e Celso de Mello proveram o extraordinário. Após, pediu vista o Min. Dias Tofolli. " (RE-601392) (Informativo 648 do STF, nov/11).

-"... está a ECT amparada pela imunidade de impostos em relação aos serviços postais privativos, exclusivos e próprios da União, por essa empresa prestados, em face de outorga legal, ressalvadas, no entanto, as atividades econômicas em sentido estrito exercidas pela empresa. Assim, as atividades exercidas pela ECT, que não se identificam com os serviços postais ou de correio aéreo nacional, e que, portanto, sem vedação constitucional podem ser executadas por particulares, em regime de livre concorrência, não são mereredoras da imunidade recíproca, podendo sobre elas incidir os impostos" (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, Imunidade tributária recíproca e a ETC, RFDT 26/19, mar-abr/07)" (g.n.).

[*idem*, pp. 252-253].

Esclarece-se, assim, que o direito à imunidade constitucional dessas entidades da Administração Pública não é ilimitado ou incondicionado, mas se acha vinculado pela finalidade e compatibilidade entre aquilo que é excluído do campo de incidência da tributação e os fins institucionais das pessoas favorecidas pela imunidade.

Nesses termos, portanto, é que, segundo penso, deve-se interpretar o precedente específico do *C. STF* colocado em destaque pelo embargante, no concluir que, em não sendo possível, *aprioristicamente*, identificar quais dos imóveis pertencentes à Empresa Brasileira de Correios

e Telégrafos – ECT sujeitos ao lançamento de IPTU estariam, ou não, atrelados diretamente à prestação de serviços relacionados às atividades essenciais da empresa, deve prevalecer, então, o direito à imunidade constitucional da monopolista. Segue o trecho em que ficam claras as razões de decidir do v. julgado chamado à colação:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF).
> "1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.
> 2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados.
> 3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.
> 4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional.
> 5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária.
> 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento" (g.n.).
> [RE 773992, Min. DIAS TOFFOLI, STF].

O que significa dizer, *contrario sensu*, que, sendo possível, *a fortiori*, a definição – ônus da prova que encabe à entidade tributante – de que um determinado patrimônio ou serviço da empresa pública não atende às finalidades essenciais que justificam a sua instituição, é viável a incidência da tributação, uma vez que esses bens ou atividades se encontram alijadas do espectro favorecido de abrangência da imunidade constitucional assegurada a essas pessoas jurídicas.

Estabelecidas essas premissas essenciais à correta intelecção dessa matéria, sobrevém a conclusão de que, no caso dos autos, está plenamente configurada a higidez do lançamento fiscal efetuado contra o embargante, na medida que – demonstrado à saciedade no âmbito dos presentes embargos – o imóvel sujeito ao lançamento do tributo aqui em causa efetivamente não se presta à consecução de quaisquer das atividades-fim da empresa monopolista aqui em causa, mesmo porque, *in casu*, se cuida de um *terreno baldio*, sem qualquer aproveitamento por anos a fio (comprovadamente desde, pelo menos, o exercício fiscal de *2011*), conforme comprovam as fotografias juntadas a esses embargos pela Municipalidade embargada sob id's ns. 5403129, 5403138, 5403198, 5403218, 5403433, em momento algum impugnadas pelo embargante.

Mais do que comprovar a total desvinculação desse patrimônio em relação às finalidades institucionais da prestadora de serviços públicos, o abandono do imóvel por parte da embargante configura, no mínimo, sub-utilização, quando não exercício inadequado do direito de propriedade, no que se descura de dar destinação social – uso adequado e racional do patrimônio em prol da melhoria dos serviços públicos e bem estar geral da população – aos bens que constituem o acervo dominial de que são titulares.

Aqui, é necessário dar vazão ao comando constitucional que, ao resguardar a qualquer

cidadão o direito de propriedade, impõe ao seu titular a sua utilização de acordo com a sua função social, o que implica, por outro lado, a imposição de regras e sanções para coibir a configuração do uso inadequado ou improdutivo da propriedade. Nesse sentido, importa dizer que, já ciente desse importante vetor introduzido no ordenamento a partir da Carta Constitucional de 1988, o Código Civil de 2002, fincou na socialidade uma das funções essenciais seja dos direitos decorrentes do contrato, seja da propriedade. No ponto, colho a exortação de um dos nossos mais eminentes jurisconsultos, Presidente da comissão de notáveis juristas que elaborou o projeto do novo Código Civil, no sentido que a novel legislação está centrada – em consonância com o desiderato constitucional – na noção de eticidade, socialidade e operabilidade quanto ao exercício dos direitos civis previstos no ordenamento. Sobre a socialidade, diz o eminente *Professor MIGUEL REALE*, prefaciando o Código Civil/ 2002:

> A socialidade – É constante o objetivo do novo código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.
> Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesmo proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante , inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.
> (...)
> No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má-fé, o Código leva em conta a natureza social da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.
> Assim é que, conforme o art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de titulo e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos "se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".
> Por outro lado, pelo art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.
> O mesmo sentido social caracteriza o art. 1.240, segundo o qual, se alguém "possuir", como sua, "área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel".
> Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo art. 1.242, segundo o qual "adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos".
> Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos: "se o imóvel houver sido adquirido onerosamente , com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico".
> Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, determinado o seguinte:
> "§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reinvidicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas e, estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo Juiz de interesse social e econômico relevante".
> § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores".

> Como se vê, é conferido ao Juiz o poder expropriatório , o que não é consagrado em nenhuma legislação (g.n.).
> [Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002) – Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916, constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante – Prefácio do Prof. Miguel Reale – 2ª edição, revista e ampliada].

Mesmo porque, é a própria ordem constitucional quem estipula as sanções aplicáveis à propriedade improdutiva, seja no âmbito rural, seja no urbano (*art. 5º, XXII e XXIII c.c. art. 182, § 4º, II c.c. art. 156, I e § 1º, II, todos da CF*), razão pela qual, considerando a situação de *imóvel urbano baldio* de propriedade do embargante, sem qualquer destinação afetada à prestação do serviço público de correios e telégrafos, não vejo como enquadrar a hipótese em questão dentro do âmbito da imunidade constitucional, no que se me afiguraria um total contrasenso privilegiar com a benesse tributária um imóvel que sequer cumpre a função social da propriedade. Bem por essa razão é que a jurisprudência, não é de hoje, vem se orientando no sentido de que esse tipo de imóvel não se beneficia da imunidade, mesmo quando titularizado por pessoas que, em tese, teriam direito a esse tipo de tratamento tributário diferenciado. Cito precedente:

> IMUNIDADE. IPTU. ART. 150 da CF/88. TERRENO BALDIO. FINALIDADE ESSENCIAL. SESI... Terrenos baldios sem vinculação às finalidades essenciais da entidade afastam a imunidade prevista no art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal. Precedentes (g.n.).
> [STF, 2ª T,. RE 375715 ED, Rel. Min. Elen Grace, ago/2010].

É improcedente, integralmente, a pretensão desenhada na inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos à execução, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC.

Sem condenação em custas e honorários, porquanto já se incorporam ao crédito exequendo (*art. 1º do DL n. 1.025/69*).

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA
5001469-17.2018.4.03.6120

Impetrante: EMPRESA PIONEIRA DE TELEVISAO S/A
Impetrados: DIRETOR GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA-ANEEL, PRESIDENTE DA CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRAS, PRESIDENTE DA COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ - CPFL, DIRETOR PRESIDENTE DA ELEKTRO REDES S.A., DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/08/2018

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Empresa Pioneira de Televisão S.A. contra atos das seguintes autoridades: (i) Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, (ii) Presidente da Eletrobrás, (iii) Presidente da Companhia Piratininga de Força e Luz — CPFL, (iv) Presidente da Elektro Redes S.A. e (v) Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara. A impetrante ajuizou esta ação com o objetivo de se eximir do pagamento de dois adicionais que incidem sobre suas contas de energia elétrica, a saber: adicional do sistema de bandeiras tarifárias e Conta de Desenvolvimento Energético — CDE. Além da exclusão dos adicionais, pede a declaração do direito de compensar os valores que pagou nos últimos cinco anos.

Em resumo, na inicial (fls. 2-25[1]) a impetrante ataca o sistema de bandeiras tarifárias, instituído pela Resolução Normativa nº 547/2013 da ANAEEL. Sustenta que o encargo alterou a política tarifária do serviço público de distribuição de energia, de modo que só poderia ter sido introduzido por meio de lei. Além disso, a mencionada resolução transferiu ao consumidor os riscos econômicos do serviço concedido, encargo que deveria ser absorvido pela concessionária, bem como infringiu a norma que estabelece a periodicidade anual para o reajuste das tarifas.

E mesmo que o sistema de bandeiras tarifárias fosse regular, não se pode dizer o mesmo a respeito da incidência de tributos sobre o adicional tarifário. Isso porque a cobrança de adicionais nos períodos de bandeira amarela e vermelha teve por consequência o alargamento da base de cálculo das contribuições administradas pela Receita Federal que incidem sobre a conta de energia, majoração que se deu ao arrepio da lei.

Quanto ao adicional destinado à Conta de Desenvolvimento Energético, a impetrante sustentou sua inexigibilidade. A uma porque na essência a CDE foi desvirtuada a partir do momento em que deixou de receber recursos da União. A duas porque o modelo atual resulta da ampliação das finalidades da CDE promovidas por decretos em vez de lei formal. Ademais, a CDE possui os contornos de empréstimo compulsório, de modo que só poderia ser criada por meio de lei complementar, sua cobrança deveria se sujeitar ao princípio da anterioridade e deveriam ser estabelecidos prazos para a devolução dos recursos ao contribuinte. E mesmo que todos esses requisitos fossem cumpridos, o encargo continuaria inexigível, uma vez que os recursos emprestados não estão sendo aplicados de forma vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

1 O PJe possui uma funcionalidade que gera um arquivo pdf dos autos eletrônicos, cujo conteúdo e paginação será o mesmo do arquivo criado em qualquer outra máquina. Em benefício da clareza, as referências a páginas do processo nesta sentença correspondem a esse arquivo pdf.

Além disso, não há correspondência entre as finalidades atribuídas à CDE e o serviço percebido pela impetrante (ausência de referibilidade). Na verdade, a CDE instituiu um subsídio cruzado, por meio do qual a impetrante é compelida a contribuir com o custeio de obras e serviços que não revertem em seu favor.

Segue uma síntese das manifestações dos requeridos.

Delegado da Receita Federal (fls. 231-235): Em preliminar, a autoridade sustenta sua ilegitimidade para integrar o feito, uma vez que não concorreu para a edição dos atos atacados na inicial. Além disso, a Resolução da ANEEL que instituiu o modelo de bandeiras tarifárias não alargou a base de cálculo das contribuições administradas pela Receita Federal que incidem sobre a conta de energia, que continua sendo a receita bruta.

Companhia Piratininga de Força e Luz — CPFL (fls. 259-273[2]): Inicialmente alega não ter legitimidade para integrar a lide, uma vez que as supostas ilegalidades apontadas pela impetrante resultam exclusivamente do cumprimento de atos editados pela ANEEL. A concessionária é mera recolhedora dos adicionais combatidos pela impetrante, de modo que não possui qualquer ingerência sobre a aplicação dos recursos. Ainda a título de preliminar, sustentou a inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão da impetrante se dirige à declaração de inconstitucionalidade de norma. No mérito, defendeu a higidez dos adicionais atacados pela autora.

Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL (fls. 278-312): A impetrada arguiu preliminares de decadência da impetração (os atos atacados foram editados há mais 120 dias contados da impetração), ilegitimidade passiva do Diretor-Geral da ANEEL (os atos atacados foram editados pela Diretoria Colegiada da ANEEL, e não por seu Diretor-Geral) e, embora sem nominar assim a prefacial, inadequação da via eleita, sob o argumento de que (i) a matéria demanda dilação probatória e (ii) o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. No mérito, defendeu os encargos questionados pela impetrante. Elencou as razões técnicas e jurídicas para a cobrança dos adicionais e destacou os reflexos para os consumidores na hipótese de suspensão das bandeiras tarifárias e do adicional da CDE.

Elektro Redes S.A. (fls. 462-474): Tal qual a demandada CPFL, a concessionária Elektro Redes S.A. alegou não ser parte legítima, na medida em que apenas cumpre os atos normativos da ANEEL, o que inclui arrecadar os adicionais atacados pela autora. No mérito, defendeu a cobrança dos adicionais das bandeiras tarifárias e da CDE.

Embora notificado (fl. 460), o Presidente da Eletrobrás não apresentou informações.

Em sua manifestação, a União (fls. 500-517) alegou em preliminar que a impetrante não demonstrou sua legitimidade para pleitear a restituição dos tributos questionados. No mérito, defendeu a tributação do adicional das bandeiras tarifárias, uma vez que integram a base de cálculo das contribuições que incidem sobre a tarifa de energia.

O Ministério Público Federal limitou-se a informar que o caso não demanda sua intervenção (fls. 518-519).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Preliminares

A impetração se dirige contra encargos que atualmente gravam as contas de energia da impetrante. Dessa forma, embora os atos normativos que os instituíram tenham sido editados

2 Também foi anexada uma versão sem formatação, de idêntico conteúdo (fls. 239-258).

há mais de 120 dias contados ao ajuizamento da ação, não há que se falar em decadência.

Também não verifico hipótese de inadequação da via eleita. A uma porque a impetrante não busca a restituição de eventuais valores recolhidos indevidamente e não alcançados pela prescrição, mas sim a compensação desses valores com créditos vincendos administrados pelos mesmos entes atingidos; não há que se falar, portanto, em utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança. A duas porque a declaração de inconstitucionalidade de normas não se apresenta como pedido, mas sim causa de pedir — dito de outra forma, a declaração de inconstitucionalidade não é o destino, mas o caminho. E a três porque a análise das supostas ilegalidades concernentes ao adicional da CDE não demanda dilação probatória, sendo suficiente o confronto entre as alegações da impetrante e as normas aplicáveis.

Por outro lado, as arguições de ilegitimidade passiva devem ser acolhidas em parte. Como bem colocado nas respectivas informações, às concessionárias de energia elétrica compete apenas a arrecadação e repasse dos adicionais questionados. Tendo em vista a absoluta ausência de autonomia em relação a esses encargos, é patente a ilegitimidade das impetradas CPFL e Elektro Redes S.A. Logo, em relação a tais impetradas o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Esse raciocínio não se aplica ao Delegado da Receita Federal. Embora dita autoridade não tenha ingerência sobre a política tarifária promovida pela ANEEL, cujos reflexos incidem na arrecadação dos tributos administrados pela Receita Federal, a impetrante articula questão que está relacionada à atuação do fisco, no caso a suposta ampliação da base de cálculo das contribuições que incidem sobre a conta de energia. Caso a pretensão seja acolhida no ponto, a segurança deverá ser implementada pelo Delegado da Receita Federal, bem como recairá sobre a União (Fazenda Nacional) o ônus referente à compensação dos tributos recolhidos indevidamente, não alcançados pela prescrição. Conforme lição clássica de Hely Lopes Meirelles, *"Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; (...)*[3]*"*.

Aliás, falando em efeitos financeiros relacionados ao pagamento de tributos, a legitimidade da impetrante para pleitear a repetição de tributos é evidente, uma vez que o valor das contribuições incidentes sobre a fatura é integralmente repassado pela concessionária ao usuário do serviço de distribuição de energia.

Por fim, rejeito a preliminar de ilegitimidade arguida pelo Diretor-Geral da ANEEL. Conforme mencionado há pouco, a autoridade coatora não é propriamente aquela que pratica o ato que se reputa ilegal, mas sim a que detém a competência de corrigi-lo. Descendo para o caso desta ação, o eventual acolhimento dos pedidos da impetrante resultará na suspensão de cobrança dos encargos (ou de parte deles), medida que deverá ser executada pela autoridade máxima da ANEEL.

Superadas as prefaciais, passo a enfrentar o mérito da impetração.

Inconstitucionalidade e ilegalidade da instituição das bandeiras tarifárias.

A impetrante sustenta que a instituição das bandeiras tarifárias por meio de resolução ofende o art. 175, II da Constituição, pois somente a lei pode alterar a política tarifária. Não bastasse o vício de constitucionalidade, a norma também se revela ilegal, por duas razões: (i) por ofensa ao art. 2º, II da Lei 8.987/1995, na medida em que repassa ao consumidor encargo que integra o risco da prestação do serviço e que, por isso, deveria ser absorvido pela conces-

3 Mandado de segurança. 29 ed. São Paulo : Malheiros Editores. 2006. p. 63.

sionária; (ii) por ofensa ao art. 70, II da Lei 9.069/1995, que estabelece a periodicidade anual para o reajuste das tarifas de energia.

A Lei 9.427/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL e disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica, estabelece que compete à agência reguladora definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição (art. 3º, XVIII, incluído pela Lei 10.848/2004). Esse dispositivo se articula com outras normas legais que tratam da instituição de mecanismos visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e o rateio dessas despesas entre os consumidores (MP. 2.152-2/2001, Lei 10.438/2002 etc.), tudo com o objetivo de evitar o colapso do sistema de geração de energia (o famigerado apagão), ameaça que ronda o sistema elétrico brasileiro desde o início dos anos 2000.

Dessa forma, ao regulamentar a cobrança do adicional das bandeiras tarifárias, a ANEEL atuou dentro de balizas fixadas em lei, de sorte que não exorbitou de sua competência regulamentar.

A instituição das bandeiras tarifárias também não colide com os dispositivos legais invocados pela impetrante. Está certo que o art. 2º, II da Lei 8.987/1995 determina que a concessionária deve prestar o serviço público concedido por sua conta e risco, porém o alcance dessa disposição não pode ser fixado por meio de leitura reducionista, senão à luz de outros comandos desse mesmo diploma legal e conforme a natureza ínsita das concessões.

Na perspectiva do concessionário, a concessão de um serviço público não é um ato de benemerência, de desapego material em prol da coletividade, mas sim um negócio, que como qualquer outro tem no lucro sua razão de ser. Daí porque um dos elementos essenciais da concessão é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que naturalmente decorre de ajustes na tarifa e/ou a instituição de outras receitas, sempre que esse equilíbrio esteja em risco, sobretudo quando a concessionária não concorreu para o desajuste. A propósito disso, vale lembrar que o art. 11 da Lei 8.987/1995 estabelece que *"No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o art. 17 desta Lei"*.

A concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica atua em duas frentes. Em uma, o concessionário adquire a energia das empresas que atuam na geração; na outra, revende e distribui essa mercadoria a seus consumidores cativos. Em minha leitura, a previsão de que a concessionária deve executar o serviço por sua conta e risco dirige-se às ações de distribuição da energia, e não à aquisição junto aos geradores.

Entre outras obrigações, a concessionária de distribuição deve garantir o fornecimento de energia elétrica segundo padrões mínimos estabelecidos no contrato, tais como períodos máximos de interrupção do serviço, tempo de resposta em caso de interrupção não programada, etc. O cumprimento dessas obrigações, incluído aí a disponibilização dos recursos necessários para a execução do serviço, corre por conta e risco da concessionária. É o caso, por exemplo, da mobilização de equipes extraordinárias para a religação de rede abalada por um vendaval, desforço extra que está compreendido na expressão *"por sua conta e risco"* de que trata a lei que regulamenta as concessões. Todavia, não há como impor à concessionária o ônus de adquirir energia no mercado por preço superior ao que poderá cobrar de seus consumidores finais, sobretudo quando a causa do ágio decorre de causa previsível, porém inevitável, no caso a diminuição do potencial hidrológico, fenômeno de natureza climática e sazonal que

obriga o acionamento das usinas termelétricas, que geram energia a custo mais elevado que as usinas hidrelétricas.

Ainda a propósito dessa questão, transcrevo interessante excerto de sentença que acompanha as informações da ANEEL (fls. 440-443), assinada pela juíza federal Liviane Kelly Soares Vasconcelos: *"Ora, é evidente que, sendo a energia um serviço, o custo do serviço é repassado a quem o demanda, sob pena de o setor ser simplesmente inviabilizado".*

Melhor sorte não assiste à impetrante quando articula que o sistema de bandeiras tarifárias desafia a norma que determina a periodicidade anual para o reajuste das tarifas (art. 70, II da Lei 9.069/1995). Conforme já referido, a geração de energia elétrica possui um custo variável, que é influenciado pelas condições do cenário hidrológico. A função do sistema de bandeiras tarifárias é corrigir a diferença no custo de aquisição da energia pelas distribuidoras, por meio de um adicional calculado segundo a participação das termelétricas na geração da energia, de modo que quanto maior essa participação, maior o acréscimo tarifário. Justamente por se tratar de uma recomposição dinâmica, que visa refletir o preço atual de aquisição da energia, a fixação dos coeficientes de acréscimo tarifário (representado pela cor das bandeiras) não está sujeita à periodicidade anual.

Cobrança de tributos sobre as bandeiras tarifárias. Ampliação da base de cálculo por norma infralegal. Ofensa aos arts. 146, III, *a* e 150, I *a* da Constituição.

Na visão da impetrante, o sistema de bandeiras tarifárias ampliou a base de cálculo dos tributos que incidem sobre a conta de energia elétrica. Como as bandeiras tarifárias foram instituídas por resolução normativa da ANEEL, resta evidenciada a inconstitucionalidade na cobrança dos tributos, por ofensa ao princípio da legalidade.

A irresignação não procede.

A base de cálculo dos tributos que incidem sobre a conta de energia é a tarifa. Logo, a majoração da tarifa não resulta em ampliação da base de cálculo dos tributos que sobre ela incidem, pouco importando a causa da majoração, se o reajuste do preço da tarifa, o aumento do consumo ou a incidência de adicional tarifário. É claro que nos período de incidência de bandeira amarela ou vermelha o consumidor paga mais tributos, mas isso não decorre do alargamento da base de cálculo, mas sim do aumento do valor tributável. A base de cálculo está para o valor tributável como o navio está para o rio onde flutua. Se o nível do rio sobe, o navio sobe junto, mas sem que a linha de flutuação se altere.

Penso que esse exemplo ilustra bem o ponto, mas a ANEEL saiu-se com um que é ainda melhor: *"Pelo raciocínio dos autores, se um empregador pagasse mais salário a um empregado, estaria também a alargar a base de cálculo do imposto de renda, o que é absurdo. A base de cálculo dos tributos não sofreu qualquer alteração pela ANEEL. Ainda que as bandeiras tarifárias tivessem produzido aumento da tarifa — algo muito longe da verdade —, isso não importaria 'alargamento da base de cálculo', mas tão somente do valor tributável"* (fls. 293-294).

Conta de Desenvolvimento Energético — CDE. Inexigibilidade. Cessação dos aportes da União. Inconstitucionalidade das finalidades instituídas por Decreto. Caracterização de empréstimo compulsório. Ausência de referibilidade. Impossibilidade da instituição de subsídio cruzado.

A Conta de Desenvolvimento Energético — CDE foi instituída pela Lei 10.438/2002, produto da conversão da Medida Provisória nº 14/2002. Na redação original, a CDE visava *"... o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de*

fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados e promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional". Sucessivas leis (e decretos, conforme será analisado logo mais) alargaram as finalidades da CDE, que hoje almeja mais de dez objetivos.

O § 1º do art. 13 da Lei 10.438/2002, incluído pela Lei 12.783/2013, estabelece que *"Os recursos da CDE serão provenientes das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela Aneel a concessionárias, permissionárias e autorizadas, e dos créditos da União de que tratam os arts. 17 e 18 da Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012"*. Conforme demonstrado pela impetrante, a partir de 2015 a União cessou os aportes à CDE, movimento que demandou novo rateio das despesas entre os contribuintes do fundo e, como não poderia deixar de ser, o aumento das respectivas cotas.

A autora sustenta que esse recálculo é ilegal, uma vez que não se concebe a CDE sem a participação da União. Porém, a ausência de contribuição da União não reveste a CDE de ilegalidade, uma vez que a Lei 10.438/2002 não fixa um percentual de participação mínima a cargo do Tesouro. Além disso, a interrupção dos aportes pela União encontra justificativa no momento histórico, de emergência econômica.

Embora esteja contemplada no rol de cotistas, a participação da União na integralização da CDE é uma decisão de natureza política/discricionária, fortemente influenciada pelo panorama das contas públicas. E como é de conhecimento geral, desde 2014 o Brasil tem atravessado severa crise econômica, talvez a pior de sua história; — basta lembrar que o PIB recuou durante dois anos consecutivos, algo que só havia ocorrido na década de 1930. Na tentativa de reverter o quadro de severo desequilíbrio fiscal, o governo implementou diversas medidas de ajuste, dentre as quais a limitação radical dos desembolsos do Tesouro, corte que praticamente neutralizou os investimentos e pressionou para baixo o custeio — não há órgão público que não sentiu os efeitos do contingenciamento. É nesse contexto que a União cessou os aportes à CDE, o que demandou o rateio da diferença entre os demais participantes do fundo. (Na prática, quem pagou a conta foram os usuários, uma vez que as quotas à CDE são encargos incluídos na tarifa de energia).

A impetrante também não tem razão quando sustenta que a ampliação do rol de finalidades da CDE promovidas pelos Decretos 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014 é inconstitucional, por ofensa ao art. 175 da Constituição. Esse tópico se assemelha à discussão sobre a legalidade da instituição das bandeiras tarifárias, embora neste caso seja ainda mais evidente a ausência de inconstitucionalidade.

Os incisos do art. 13 da Lei 10.438/2003 elencam objetivos a serem perseguidos pela CDE. Ocorre que essa relação de metas não é exaustiva, mas complementar ao objetivo principal da CDE, que é o desenvolvimento energético dos Estados. A relação entre os objetivos enunciados nos incisos e o exposto no caput é demonstrada pelo emprego do conector adverbial aditivo "*além de*", a revelar que os objetivos dos incisos se somam ao objetivo expresso na cabeça do artigo. Ademais, tal qual o *caput*, os objetivos expressos nos incisos I (*promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional*) e II (*garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda*) possuem natureza de norma programática, demandando complementação que lhes confira concretude.

Nessa ordem de ideias, penso que a ampliação das finalidades da CDE por ato infralegal não é inconstitucional, uma vez que as novas metas estão compreendidas nos esforços de promover o desenvolvimento energético dos Estados, a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e a diminuição do custo da energia aos consumidores de baixa renda.

Ainda a propósito disso, oportuno anotar que o caráter nacional das metas da CDE se contrapõe também à alegação de ausência de referibilidade entre a finalidade e o ônus tarifário, bem como infirma a impossibilidade de criação de subsídio cruzado.

É bem verdade que nem todas as ações financiadas pelos recursos da CDE resultam em benefício percebido diretamente pela impetrante (exemplo disso é o caso destacado na inicial, de utilização da CDE para cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição de energia para os jogos olímpicos Rio 2016), mas esse quadro não aponta para a ausência de referibilidade. Os objetivos da CDE possuem caráter nacional e sistêmico, de modo que as ações financiadas com seus recursos não têm por objetivo assegurar benefícios ao usuário na medida de sua participação, mas sim do sistema energético como um todo. Ou seja, a referibilidade da CDE não deve ser buscada dentro de uma determinada categoria de usuários, na proporção de sua participação no fundo, mas sim dentro do sistema de geração e distribuição de energia.

O caráter nacional e sistêmico somado a objetivos com nítido conteúdo de solidariedade social (exemplo: *garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda*) revela que a instituição de subsidio cruzado não encontra vedação na lei. Antes pelo contrário, é meio necessário para a implementação de algumas metas da CDE, notadamente aquelas destinadas a atenuar o custo da energia para o estrato mais carente da população.

Em outra frente, a impetrante aplica à CDE a pecha de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que se trata de empréstimo compulsório instituído ao arrepio da Constituição, uma vez que (i) não foi introduzido no ordenamento jurídico por meio de lei complementar, (ii) não obedeceu ao princípio da anterioridade, (iii) não prevê prazo para restituição das contribuições e (iv) não há vinculação entre a aplicação dos recursos e a despesa que fundamentou sua instituição.

As ponderações dos itens de i a iv estão corretas (de fato, a CDE não foi instituída por lei complementar, não obedeceu ao princípio da anterioridade, etc.), mas nada disso torna o adicional inconstitucional, sobretudo na perspectiva do sistema tributário nacional. E a razão é muito simples: a CDE não possui natureza de empréstimo compulsório, de modo que não se sujeita às formalidades dessa espécie tributária para sua instituição, cobrança e destinação dos recursos. Aliás, vistas as coisas sob a lente da impetrante, a CDE é inconstitucional como empréstimo compulsório, contribuição social, imposto ou qualquer outra obrigação de natureza tributária. No entanto, o adicional em questão não tem natureza de tributo, mas sim de preço público.

Mudando o que deve ser mudado, essa questão já foi examinada pelo STF no RE 576.189, cujo tema era outros adicionais instituídos pela Lei 10.438/2002. Nesse julgado, o Plenário rejeitou a ideia de que os encargos tarifários em questão ostentavam natureza tributária, uma vez que ausente a compulsoriedade que caracteriza os tributos. Eis a ementa desse importante precedente:

> TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento. (RE 576189, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 22/04/2009).

Tudo somado, a segurança deve ser denegada.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o feito (i) sem resolução de mérito em relação às impetradas CPFL e Elektro Redes S/A, com fundamento no art. 485, VI do CPC (ilegitimidade) e (ii) com resolução do mérito quanto aos demais impetrados, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela impetrante.

Caso interposto recurso, intime-se a parte contrária para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Dê-se ciência ao MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista - revista@trf3.jus.br - Tel.: (11) 3012-1532