



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0014724-52.2002.4.03.6100
(2002.61.00.014724-0)

Apelante: SÉRGIO ROQUETTO

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AC 1754644

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL: SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. LEGALIDADE. PRESCRIÇÃO. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REVISÃO DA PENA.

I - Conforme artigo 142, I, da Lei 8.112/90, a infração punível com demissão prescreve em cinco anos, cuja interrupção se dará pela abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar (§ 3º). Dessa forma, não se verifica a ocorrência de prescrição, tendo em conta os atos interruptivos: o conhecimento dos fatos imputados ao autor se deu em 1999, com a instauração do processo administrativo 10880.027540/99-58, sendo interrompido em 16 de junho de 2000, com a instauração da comissão de inquérito, até a aplicação da pena, em outubro de 2005. Por outro lado, pacífico o entendimento de que não configura nulidade, por falta de previsão legal nesse sentido, a não conclusão do processo administrativo nos prazo dos artigos 145, § único, e 152 da Lei nº 8.112/90.

II - Não procede a alegação de que o relatório da comissão processante não propôs a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal, eis que a autoridade competente para aplicar a sanção não está adstrita ao relatório final da comissão: “Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.” Inteligência do artigo 168, § único, da Lei 8.112/90.

III - A alegação de cerceamento de defesa, em vista da negação de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas, não se sustenta. Como bem delineado na sentença, as peças utilizadas para tipificar a conduta acompanharam o processo administrativo e estiveram à disposição do autor, sendo que os documentos por ele referidos por si só eram insuficientes ao afastamento de sua culpabilidade.

IV - Ainda que não seja dado ao Judiciário discorrer sobre o mérito administrativo, necessário se faz análise do processo de avaliação do comportamento do autor enquanto servidor, em contraponto aos princípios constitucionais que informam o direito vindicado.

V - O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar, conforme o parágrafo único artigo 128 da Lei 8.112/90. O fundamento para aplicação da pena de demissão apontado pela comissão foi o de violação da proibição do artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, ou seja, *valer-se do cargo para*

lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. O ato de demissão do autor, por sua vez (Portaria 361, de 17/10/2005), fundou-se no artigo 132, incisos IV e XIII, c.c. artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa. Nesse ponto, ainda que devidamente capitulada no estatuto civil como penalidade de demissão (artigo 132, IV), não se pode invocar a improbidade administrativa de forma genérica, tendo em conta ser objeto em específico da Lei 8.429/92, cabendo ao Judiciário, *ultima ratio*, a sua aplicação. Da análise dos fatos, depreende-se que a pena de demissão imposta ao autor foi desproporcional à sua conduta, bem assim foi utilizada fundamentação com motivação genérica, impondo, desse modo, a anulação do ato demissório.

VI - De rigor a decretação da nulidade do ato demissório e a confirmação da tutela antecipada para a reintegração imediata do autor ao cargo anteriormente ocupado, facultando à Administração utilizar-se do mesmo processo administrativo para aplicar, fundamentadamente e com motivação individualizada, a pena adequada e proporcional, com a condenação União Federal ao pagamento de toda a remuneração que o autor deixou de auferir em razão do afastamento indevido do cargo, desde então, bem como ao pagamento de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da MP 2.180/35/2001, a contar da citação, e de correção monetária com base no Provimento 26/2001 da CGJF da 3ª Região, e ao pagamento das custas em reembolso, se houver, e dos honorários advocatícios fixados, com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

VII - Recurso provido. Confirmada a tutela antecipada. Prejudicado o agravo da União.

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 maioria, dar provimento ao recurso do autor e confirmar a tutela antecipada para sua reintegração imediata, nos termos do voto da Senhora Desembargadora Federal relatora, acompanhada pelo voto do Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, vencido o Senhor Desembargador Federal Peixoto Junior, que negava provimento ao recurso e cassava a tutela antecipada, e, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de recurso interposto contra a sentença de fls. 6042/6051, proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal desta capital, que julgou improcedente a ação, onde se pretende a declaração de nulidade de todos os atos praticados no processo administrativo nº 10880.008634/00-98, determinando-se seu arquivamento, bem como a condenação dos réus ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor a ser atribuído pelo Juízo, a título de dano moral.

Às razões acostadas às fls. 6078/6108 o autor pleiteia a reforma da sentença.

Alega, em síntese, que do conhecimento do fato à instauração do processo administrativo fluíu prazo superior a 140 dias, contrariando os artigos 145, § único, e 152 da Lei 8.112/90; que o relatório da comissão processante não propõe a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal; que a ausência de motivação do ato de demissão fere os princípios do artigo 37 da Constituição Federal; e que na aplicação da pena não se observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a dosimetria, o fundamento legal e a causa da sanção, em afronta ao artigo 128 da Lei 8.112/90. Alega, ademais, ter havido cerceamento ao seu direito de defesa, em vista da negação sistemática de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas.

Recebido o recurso, com contra-razões, vieram os autos a esta E. Corte.

Pela decisão de fls. 62112 e verso foi restabelecida a tutela antecipada revogada pelo Juízo, no sentido de reintegrar o autor aos quadros da Receita Federal do Brasil.

Dessa decisão sobreveio pedido de reconsideração ou agravo regimental (fls. 3225/3237). É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

O objeto do presente recurso diz respeito ao ato de demissão do autor dos quadros da Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria nº 18, de 25 de janeiro de 2012, que restabeleceu os efeitos da Portaria MF nº 361, de 19 de outubro de 2005, que teve como fundamento a conclusão do processo administrativo disciplinar contra ele instaurado.

Afirma que a notícia do seu envolvimento data de 1999, quando da sindicância instaurada para apurar suspeita de prática de irregularidades no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ (processo administrativo nº 10880.027540/99-58), a comissão processante recebeu representação fiscal com denúncia de inscrições irregulares de empresas nos meses de agosto e setembro de 1998.

Ao tecer considerações e discorrer sobre o procedimento administrativo disciplinar, alega que do conhecimento do fato à instauração do processo administrativo fluíu prazo superior a 140 dias, contrariando os artigos 145, § único, e 152 da Lei 8.112/90; que o relatório da comissão processante não propõe a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal; que a ausência de motivação do ato de demissão fere princípios do artigo 37 da Constituição Federal; que na aplicação da pena não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a dosimetria, o fundamento legal e a causa da sanção, em afronta ao artigo 128 da Lei 8.112/90; e que houve cerceamento ao seu direito de defesa, em vista da negação sistemática de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas.

Vê-se dos autos que a apuração dos fatos a ele imputados, os quais culminaram em sua demissão, teve início com o Inquérito Administrativo Disciplinar nº 10880.008634/00-98, de

13/06/2000, restando que todo o processado, para melhor visualização, consta ordenado nos autos da cautelar em apenso, a partir de fls. 38.

Ao julgar improcedente o pedido, considerou o juízo de primeiro grau ser indiscutível a participação do autor no estratagema ilícito, consubstanciado em condutas orquestradas, visando unicamente beneficiar 160 (cento e sessenta) empresas, que, por imperativo legal, não poderiam obter registro no Cadastro Nacional de Pessoal Jurídica, e, por consequência, a punição aplicada - demissão - se mostra coerente, justa e proporcional à gravidade da conduta, independentemente se mostrou precedente profissional pautado na lisura, porque a conduta, assim norteadada, é o mínimo que se espera do servidor público.

Diante do recorrido, cumpre analisar a decisão de primeiro grau sob o ponto de vista dos tópicos do recurso do autor.

Relativamente à prescrição, sua ocorrência não se verifica no caso em apreciação.

Conforme artigo 142, I, da Lei 8.112/90, a infração punível com demissão prescreve em cinco anos, cuja interrupção se dará pela abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar (§ 3º).

Compulsando os autos, temos que o conhecimento dos fatos imputados ao autor se deu em 1999, com a instauração do processo administrativo nº 10880.027540/99-58, sendo interrompido em 16 de junho de 2000, com a instauração da comissão de inquérito, até a aplicação da pena, em outubro de 2005.

Por outro lado, pacífico o entendimento de que não configura nulidade, por falta de previsão legal nesse sentido, a não conclusão do processo administrativo nos prazos dos artigos 145, § único, e 152 da Lei nº 8.112/90. Confira-se:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. Impossibilidade de apreciar-se, em mandado de segurança, alegação de falsidade da prova testemunhal e de cerceamento de defesa, não comprovada de plano. Não configura nulidade, à falta de previsão legal nesse sentido, a não-conclusão do processo administrativo no prazo do art. 152 da Lei nº 8.112/90. Circunstância que, de resto, não prejudicou o impetrante, processado sem o afastamento previsto no art. 147 do mesmo diploma legal. Prazo que foi estabelecido em prol da Administração, com o fim de afastar o inconveniente do retorno do servidor afastado, antes de apurada a sua responsabilidade funcional (art. 147, parágrafo único). A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 234 da Lei nº 8.112/90. Independência das instâncias administrativa e penal, consagrada no art. 125 do diploma legal sob enfoque, incorrendo condicionamentos recíprocos, salvo na hipótese de manifestação definitiva, na primeira, pela inexistência material do fato ou pela negativa da autoria, o que não ocorre no caso examinado. Ausência das apontadas ilegalidades. Mandado de segurança indeferido.

(STF - MS 22656 - 30/6/97 - REL. MIN. ILMAR GALVÃO - PLENÁRIO)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEI 8.112/90. SINDICÂNCIA: NÃO INSTAURAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR JULGADO COM EXCESSO DE PRAZO: INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

I - Processo administrativo disciplinar conduzido por comissão regularmente constituída (Lei 8.112/90, artigo 149). Portaria publicada no Boletim Interno: regularidade (Lei 8.112/90,

art. 151, I).

II - Sindicância e procedimento administrativo disciplinar: distinção, certo que aquela é, de regra, medida preparatória deste (Lei 8.112/90, artigos 143, 145, 154). Desnecessidade da instauração da sindicância, se já está confirmada a ocorrência de irregularidade no serviço público e o seu autor. (Lei 8.112/90, artigos 143 e 144).

III - Procedimento administrativo disciplinar julgado com excesso de prazo (Lei 8.112/90, art. 152). Inocorrência de vício nulificador do procedimento (Lei 8.112/90, art. 169, § 1º).

IV - Inocorrência do alegado cerceamento de defesa, dado que aos acusados, ao contrário do alegado, foi assegurada ampla defesa. V. - Mandado de Segurança indeferido.

(STF - MS 22055 - 20/06/1996 - REL. MIN. CARLOS VELOSO - PLENÁRIO)

Com relação à alegação de que o relatório da comissão processante não propôs a cominação da pena de demissão, tendo concluído apenas que ele teria praticado infração legal, sem razão o autor, vez que a autoridade competente para aplicar a sanção não está adstrita ao relatório final da comissão: “Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.” Inteligência do artigo 168, § único, da Lei 8.112/90.

Por sua vez, a alegação de cerceamento de defesa, em vista da negação de acesso aos sistemas pelo perito designado pelo Juízo e pela destruição dos documentos que embasaram as inscrições das empresas, também não se sustenta. Como bem delineado na sentença, as peças utilizadas para tipificar a conduta acompanharam o processo administrativo e estiveram à disposição do autor, sendo que os documentos por ele referidos por si só eram insuficientes ao afastamento de sua culpabilidade.

Nos pontos ora examinados, portanto, nenhuma censura merece a r. sentença.

Finalmente, no que concerne à alegação de desproporcionalidade na aplicação da pena, entendo que a razão está com o apelante.

Ainda que não seja dado ao Judiciário discorrer sobre o mérito administrativo, necessário se faz análise do processo de avaliação do comportamento do autor enquanto servidor, em contraponto aos princípios constitucionais que informam o direito vindicado.

Sobre essa questão a Primeira Turma do E. STF, em voto da lavra do eminente Ministro Eros Graus, assim se posicionou:

A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. (...) O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato. (ROMS 24699 - 30/11/2004)

Nesse sentido, cumpre perquirir sobre a gravidade da pena imputada ao autor, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, no que concerne às faltas apuradas.

O fundamento para aplicação da pena de demissão apontado pela comissão foi o de violação da proibição do artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, ou seja, *valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*.

O ato de demissão do autor, por sua vez (Portaria 361, de 17/10/2005), fundou-se no artigo 132, incisos IV e XIII, c.c. artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa. Confira-se:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, INTERINO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, de conformidade com o disposto no inciso I do art. 1 do Decreto n 3.035, de 27 de abril de 1999, com fundamento no art. 132, incisos IV e XIII, c.c. art. 117, inciso IX, ambos da Lei n 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo Disciplinar nº 10880.008634/00-98, resolve:

N 361 - D E M I T I R SÉRGIO ROQUETTO, Matrícula SIPE nº 27307, Técnico da Receita Federal do Brasil, do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, por valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa, sendo-lhe vedado o retorno ao serviço público federal, nos termos do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990. (DOU 19/10/2005, pag. 15 - seção 2)

Frise-se que o ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar, conforme o parágrafo único artigo 128 da Lei 8.112/90. No caso em apreciação, foi o de valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ao se posicionar sobre o artigo 117, IX, da Lei 8.112/90, a doutrina entende tratar-se de “norma de cunho moral, sobremaneira subjetiva e dificilmente avaliável quanto aos seus exatos limites” constatando, ao final, que “não resta dúvida de que apenas em casos gritantemente lesivos a esta ordem poderá haver coibição eficaz contra quem pratique o excesso.” (RIGOLIN, Ivan Barbosa - *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, Saraiva, 7ª Ed., rev. e atual., 2012, pag. 302)

E ainda segundo a doutrina citada, ao comentar o artigo 132, IV, da mesma lei (pag. 324), a improbidade é sempre ato doloso, não existindo a modalidade culposa.

O relatório da comissão de inquérito (fls. 417) afirma que “o fato imputado é o benefício proporcionado a outrem e não a ligação com os beneficiários. O fato de ele ter ou não obtido alguma vantagem também não está sendo questionado, pois o que se acusa é o ‘proveito de outrem’ proporcionado por ele, em detrimento da dignidade da função pública”.

Ora, mesmo que afastada a ocorrência de erro administrativo, no caso em apreciação, não se pode descartar a possibilidade de o erro também ser causa de benefício de terceiro. Nesse caso, exsurge a figura da culpa, que, como visto, não pode ser invocada pelo servidor caracterizado como ímprobo.

Dessa forma, ainda que devidamente capitulada no estatuto civil como penalidade de demissão (artigo 132, IV), não se pode invocar a improbidade administrativa de forma genérica, tendo em conta ser objeto em específico da Lei 8.429/92, cabendo ao Judiciário, *ultima ratio*, a sua aplicação.

Por sua vez, da leitura das considerações da Divisão de Ética e Disciplina da Receita Federal, conforme a peça de fls. 6148/6154, tem-se que o autor teria incorrido em falta disciplinar, por ter efetuado a inscrição irregular de quatro empresas, deixando, no entanto, de proceder à alteração do quadro societário no sistema CNPJ, com a inclusão dos sócios efetivos e exclusão dos sócios fictícios, não seguindo o *modus operandi* dos demais envolvidos e nem realizando as outras etapas necessárias à consumação da fraude, conduta esta melhor tipificada nos incisos I e III do artigo 116 da Lei 8.112/90, sujeitando-se à pena prevista no artigo 130 da mesma lei.

Como não restou comprovado que o autor tivesse agido em conluio com os demais servidores, ao efetuar a inclusão irregular das empresas, nem que tivesse havido negligência na atividade profissional, tampouco manifestação de vontade de causar suposto prejuízo ao erário, não há como justificar a imposição da pena que lhe foi imposta.

Da análise dos fatos depreende-se, portanto, que a pena de demissão imposta ao autor foi desproporcional à sua conduta, bem assim foi utilizada fundamentação com motivação genérica, impondo, desse modo, a anulação do ato demissório, muito embora possa a Administração se servir do mesmo processo para aplicar ao autor sanção menos gravosa.

A propósito, sobre a possibilidade de revisão da pena administrativa, outro não é o entendimento do E. STJ, a teor do julgado que trago à colação:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORA FEDERAL. DEMISSÃO. DESÍDIA NA DEFESA JUDICIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. FERIADO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(...)

3. Como regra, a conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme o art. 117, inc. XV, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público.

4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado” (Suzana de Toledo Barros).

5. Hipótese em que a impetrante foi demitida do cargo de Procuradora Federal por desídia na condução de processo judicial, ao fundamento de que se mostrou contrária à realização de perícia, não indicou assistente técnico e deixou de formular quesitos em ação proposta em desfavor do extinto DNER, causando dano ao erário. No entanto, segundo apurado no processo disciplinar, procedeu à defesa da ex-autarquia seguindo a linha de defesa traçada na contestação, apresentada por outra procuradora, e interpôs os recursos cabíveis desde quando assumiu a causa.

6. O fato de a ação ter sido julgada de forma desfavorável, de per se, não revela, jamais, desídia. Não é demais lembrar que a obrigação do Procurador, do Advogado, no patrocínio da causa, é de meio e não de fim. Logo, desde que ele, na forma mais diligente, aplicada, possível, desenvolva o seu trabalho, estará cumprida a sua obrigação funcional ou profissional, ainda que o resultado final seja adverso, como no caso.

7. Nesse cenário, não se mostra proporcional a pena aplicada, a máxima prevista na Lei 8.112/90, por não ter obtido êxito na defesa da Fazenda Pública, considerando a inexistência de antecedentes funcionais e a circunstância de que se encontrava em estágio probatório quando passou a defender a extinta autarquia, conduzindo à necessidade de aplicação de

penalidade menos gravosa.

8. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração da impetrante ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso. Agravo regimental prejudicado.

(MS 200401769558 - DJ 13/08/2007 - REL. MIN. ARNALDO ESTEVES - TERCEIRA SESSÃO)

Por conseguinte, não obstante o fundamento utilizado pelo Juízo sentenciante, entendo ser o caso de reforma do julgado, ante a análise por esta Corte da proporcionalidade na aplicação da pena ao autor.

Acolho o pedido do autor de decretação da nulidade do ato demissório e confirmo a tutela antecipada para sua reintegração imediata ao cargo anteriormente ocupado, facultando à Administração utilizar-se do mesmo processo administrativo para aplicar, fundamentadamente e com motivação individualizada, a pena adequada e proporcional.

Condeno a União Federal ao pagamento de toda a remuneração que o autor deixou de auferir em razão do afastamento indevido do cargo, desde então, bem como ao pagamento de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da MP 2.180/35/2001, a contar da citação, e de correção monetária com base no Provimento 26/2001 da CGJF da 3ª Região.

Condeno a União Federal, ademais, ao pagamento das custas em reembolso, se houver, e dos honorários advocatícios, que fixo, com fundamento no artigo 20, § 4º, do CPC, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso do autor, confirmo a tutela antecipada para sua reintegração imediata e julgo prejudicado o agravo da União.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0006953-06.2005.4.03.6104

(2005.61.04.006953-8)

Parte Autora: ALEXANDRE SANTOS BOLLA RIBEIRO

Partes Rés: MUNICÍPIO DE BERTIOGA E OUTROS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: REO 1272842

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2012

EMENTA

ACÇÃO POPULAR. REMESSA OFICIAL. INSTALAÇÃO DE POSTOS BANCÁRIOS NO PAÇO MUNICIPAL DE BERTIOGA ATRAVÉS DE PERMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A instalação de PABs em edifícios públicos constitui prática de há muito identificada como serviço de apoio à cidadania, eis que redundando em benefício aos contribuintes, que assomam-se desse conforto à hora que dele necessitam, sendo certo, ademais, que a prática tornou-se habitual em todo território nacional.
2. A questão versada acerca da prova relacionada com os pontos ditos “controvertidos” revelou-se sem nenhum fundamento, como considerado pela veneranda sentença.
3. Diz-se assim quanto às custas de utilização do imóvel, de atendimentos de despesas com água, energia, telefone e tributos.
4. Ademais, o instrumento jurídico utilizado para a concessão, a *permissão* é fenômeno perfeitamente aplicável à espécie, na medida em que o uso dos espaços para além de *não* causar qualquer prejuízo ao serviço público, ainda em verdade o socorre.
5. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de ação popular ajuizada pelo fato da haverem sido instalados “postos bancários” da Caixa Econômica Federal e do Banco do Estado de São Paulo no paço municipal de Bertiooga através de simples permissão, considerada ainda suspeita do autor de que as despesas decorrentes dessas instalações correrem à custa da municipalidade.

Argui-se na vespéral (i) ocorrência de desvio de finalidade, porque a municipalidade com essa ação estaria a “financiar” atividade privada, de modo ilegal; (ii) que a inexistência de licitação induz à ilegalidade do contrato de uso, o que por falta de amparo legal não pode ser identificado como contrato de permissão e que de qualquer sorte haveria de vir ao mundo através de licitação e autorização legislativa, o que não se teria dado e por fim e (iii) que o espaço utilizado pelos PABs poderiam não estar sendo alcançado por competente atendimento de despesas correlatas ao uso privado, bem como não aparelhadas cobranças de tributos pertinentes.

Devidamente instruído foi o feito julgado improcedente pelo juízo singular, vencidas preliminares levantadas e apreciado com exatidão o mérito. Submetido ao duplo grau de jurisdição sem apelos voluntários.

Opinou o Ministério Público Federal pelo não provimento da remessa oficial.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Sem razão o pleito. De efeito, a instalação de PABs em edifícios públicos constitui prática de há muito identificada como serviço de apoio à cidadania, eis que redundando em benefício aos contribuintes, que assomam-se desse conforto à hora que dele necessitam, sendo certo, ademais, que a prática tornou-se habitual em todo território nacional.

A questão versada acerca da prova relacionada com os pontos ditos “controvertidos” revelou-se sem nenhum fundamento, como considerado pela veneranda sentença.

Diz-se assim quanto às custas de utilização do imóvel, de atendimentos de despesas com água, energia, telefone e tributos.

Ademais, o instrumento jurídico utilizado para a concessão, a *permissão* é fenômeno perfeitamente aplicável à espécie, na medida em que o uso dos espaços para além de *não* causar qualquer prejuízo ao serviço público, ainda em verdade o socorre.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* à remessa oficial, mantendo a bem lançada sentença de primeiro grau.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0007664-62.2006.4.03.6108

(2006.61.08.007664-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Revisora: DESEMBARAGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1446495

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/09/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL COM O OBJETIVO DE IMPEDIR A CONTINUIDADE DAS IRREGULARIDADES APONTADAS (EXCESSO DE ÁGUA) NA COMERCIALIZAÇÃO DE CARNES DE AVES. CONCURSO PÚBLICO REALIZADO. EXTINÇÃO DO FEITO QUANTO A ESTE PEDIDO. CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS VETERINÁRIOS A TÍTULO PRECÁRIO. PREJUDICADO. COMPELIR O PODER EXECUTIVO A PROCEDER PERENE FISCALIZAÇÃO E A ADQUIRIR EQUIPAMENTOS E REAGENTES. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO POR FALTA DE PADRÕES OU LIMITES PARA O EXAME DOS PRODUTOS. IMPOSIÇÃO AO ÓRGÃO ESTATAL PARA QUE EMITA REGULAMENTO. EFEITOS DA DECISÃO. *ERGA OMNES*.

1 - Configura-se falta de interesse superveniente de parte dos pedidos se o certame para assunção de novos servidores para a fiscalização dos produtos já se encontrava em curso.

2 - Também não subsiste mais o interesse no pedido de contratação de médicos veterinários temporários pelos abatedouros se os novos servidores já assumiram o cargo.

3 - Quanto aos pedidos remanescentes, a sentença se apresenta claramente *ultra petita* ao decidir além da pretensão do autor da ação, à exceção da determinação para que seja expedida regulamentação pelo SIF. O Juízo atribuiu ao *decisum* caráter genérico ao determinar que se realize perene fiscalização e que sejam providenciados equipamentos e reagentes para tanto, quando se pedia apenas que fossem feitos estudos para implementação de rotina de análise e que se decidisse sobre a adoção ou não do método desenvolvido por professor da UNESP-Botucatu. Obs.: decidiu-se a administração pelo método adotado pela União Europeia.

4 - A regulamentação de método de análise faz-se necessária, até porque a própria administração admitiu que o trabalho da fiscalização é considerado inócuo se não existem padrões de tolerância e limites aceitáveis de absorção de água nas carnes de aves.

5 - A determinação de edição de metodologia paramétrica não tem o condão de ofender a autonomia da administração, pois, vis apenas garantir, ante conduta omissiva do ente público, direitos básicos dos consumidores previstos no C.D.C.

6 - O comando emanado de sentença proferido em ação civil pública terá, em geral, efeitos *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, todavia,

a jurisprudência excepciona alguns casos, como ocorre com este em questão, uma vez que a metodologia a ser expedida terá caráter nacional, o que implica em efeitos *erga omnes* de âmbito geral. Ressalte-se, ademais, que, por envolver direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, par. único, III c.c. art. 103, III), a decisão de procedência terá efeitos amplos de modo a beneficiar todos os adquirentes de carnes de aves congeladas ou resfriadas.

7 - Remessa oficial parcialmente provida para extinguir o processo, sem resolução de mérito, por superveniente falta de interesse de agir em relação ao item “b” do pedido, ou seja, contratação de pessoal a título precário e reconhecer ser *ultra petita* a determinação de que a administração realize “perene fiscalização” e que “fossem providenciados equipamentos e reagentes”, que deve ser restringida aos limites do pedido (CPC, arts. 128 e 460). Apelação da União não provida. Sentença mantida quanto à determinação para que a administração edite metodologia com padrões e limites para a fiscalização, bem como a extinção do pedido deduzido no item “c” da inicial, ou seja, para que fosse realizado concurso público, uma vez que já se encontrava em andamento.

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 à remessa oficial e negar provimento à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de agosto de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Remessa e apelação interposta pela União contra sentença que julgou parcialmente procedente *ação civil pública* ajuizada pelo Ministério Público Federal, com base em representação recebida, na qual se noticiavam irregularidades na comercialização de carne de frango no varejo, em prejuízo aos consumidores, causado pela fiscalização deficiente do órgão estatal.

Em sua peça inicial, requereu o autor tutela antecipada, audiência de justificação prévia e, ao final, a procedência dos pedidos, com a condenação da requerida às obrigações de fazer, nos seguintes termos:

a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias, cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congeladas e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls. 344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;

- b) implementar, no prazo máximo de *sessenta dias*, inclusive com edição de ato normativo infralegal, a recomendação já enviada pelo Ministério Público Federal no tocante à contratação de Médicos Veterinários particulares para assessorar na fiscalização, qual seja, enquanto não se equaciona o problema alusivo à carência de recursos humanos na área de fiscalização (concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção), que seja adotado, de imediato, processo seletivo, com observância dos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52), *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
- c) apresentar, no prazo máximo de *sessenta dias*, cronograma para provimento de cargos de pessoal, necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com a eliminação gradativa das contratações mencionadas na alínea anterior, até a sua completa extinção, o que não poderá ultrapassar o ano de 2008, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (destaques do original)

Em pedido sucessivo postulou que fosse cessada a prática de contratação irregular de médicos veterinários por confrontar com os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e concurso público.

Às fls. 03/04 da petição inicial, o autor informa que, em relação à unidade de Bauru, constatou-se que o Serviço de Inspeção Federal tem atuado “diligentemente no combate a esse tipo de fraude em que pese a carência de recursos humanos e as restrições quanto ao método de análise (*dripping test*)”, contudo foram detectadas outras questões importantes, como:

- a) deficiência no quadro de pessoal do SIF;
- b) o órgão fiscalizador vale-se de vestutas normas legais de duvidosa validade para cumprir sua missão institucional, já que a inspeção cotidiana nos estabelecimentos frigoríficos é delegada a médicos veterinários contratados e remunerados pelo próprio estabelecimento fiscalizado, em prejuízo da transparência e da impessoalidade;
- c) não obstante a existência do chamado *dripping test*, cuja eficácia restou questionável, para o exame de carcaças de frango inteiro e congeladas, não há método normatizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento quanto aos testes para verificação de fraude nas carnes de carcaças de frango apenas resfriadas (não congeladas) e nem em relação às carnes de frango comercializada em pedaços/partes.

Assim, diante desse quadro, o autor solicitou orientação técnica quanto ao problema dos testes ao Médico Veterinário, Professor Doutor Roberto de Oliveira Roças - CRM/SP nº 2840, do Laboratório de Tecnologia dos Produtos de Origem Animal, do Departamento de Gestão e Tecnologia Agroindustrial da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Neto - UNESP - Campus Botucatu/SP, que desenvolveu um método simples, mais preciso e eficaz que o *dripping test*, apropriado tanto para frangos inteiros como para cortes, bem como apresentou sugestões de medidas a serem adotadas pelo SIF em relação a essas mercadorias em abatedouros e comercializadas no varejo (fls. 05, 392/435 e 690/703). Com o intuito de estabelecer tratativas e consenso em relação às soluções apresentadas, reuniram-se a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e representantes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (DIPOA), que culminou com a expedição da Recomendação nº 001/2/2005.

Em razão de suposta evasiva do Secretário da Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, quanto à aplicação da recomendação mencionada, o Ministério Público Federal requisitou providências e respostas precisas, que prestadas (fls. 705/707), em síntese, indicavam que:

a) não obstante os reforços obtidos, ainda assim o quadro de pessoal do SIF continua deficitário;

b) alternativamente, para suprir demandas emergentes, até que seja realizado concurso público, o quadro de pessoal tem sido complementado pela contratação de auxiliares de inspeção, com base no artigo 102 do RIISPOA, e tem-se mostrado eficaz;

c) o processo seletivo com base no artigo 102 do RIISPOA é feito mediante orientação do DIPOA no sentido de que a contratação seja precedida de entrevista e avaliação do candidato pelo Fiscal Federal Agropecuário - FFA encarregado do SIF;

d) implementada rotina de encaminhamento ao Ministério Público de cópias dos autos de infração finalizados relativos à constatação de absorção de água acima dos limites estabelecidos;

e) é disponibilizado regularmente no “site” do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA a lista dos estabelecimentos autuados pelo DIPOA;

f) instituído grupo de trabalho pela Coordenação Geral de Laboratórios para estudar, testar, adaptar, validar e implementar método analítico, nos moldes da União Europeia, que servirá para análise de percentual de água nas carnes de frango.

Com a vinda da resposta da ré, o juízo *a quo* afastou as preliminares suscitadas e concedeu parcialmente a liminar (fls. 767/784).

Irresignados com a decisão proferida, a União e o Ministério Público Federal interpu-
seram agravos de instrumento autuados, respectivamente, sob os nº 2006.03.00.101919-3 e
2006.03.00.124069-9, os quais foram processados sem a concessão de efeito suspensivo e,
posteriormente, com a prolação da sentença, foram declarados prejudicados.

Proferiu-se sentença em 07.04.2008 (fls. 1417/1447), com extinção do pedido relativo ao
provimento de cargos de pessoal necessário para suprir a área de inspeção e foram julgados
parcialmente procedentes os demais pedidos formulados pelo Ministério Público Federal.
Declararam-se ainda indevidos honorários advocatícios, em razão de a ação ter sido intentada
pelo Ministério Público Federal e sujeitou-se o *decisum* ao duplo grau obrigatório.

Ambas as partes opuseram embargos de declaração da sentença. Os do Ministério Público
Federal não foram acolhidos, ao passo que recebidos os da União, para assentar que subsistia
a liminar anteriormente deferida na parte em que foi ratificada pela sentença, inclusive até o
reexame necessário do julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Às fls. 1489/1519, a União interpôs apelação, com pedido de efeito suspensivo, na qual
sustenta as seguintes razões recursais:

a) o comando contido no *decisum*, que impõe à administração a prática de determinados
atos, imiscui-se na tarefa típica do Executivo, na medida em que afeta o critério da oportuni-
dade e conveniência que lhe é próprio, em afronta direta ao artigo 2º da Constituição Federal,
que consagra a regra da separação dos poderes;

b) é vedado ao Poder Judiciário estabelecer a realização de perene fiscalização e combate
à inserção de água nas carnes de aves congeladas e resfriadas, no caso frangos, mediante a

edição de regulamento pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF -, equipamentos e reagente, e ainda que a ré adote processo seletivo para contratação pelos frigoríficos de pessoal apto para tal fiscalização/inspeção, nos termos do artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal (RISPOA), aprovado pelo Decreto nº 30.691/52, já que essas atividades pressupõem a aplicação de recursos financeiros, que devem estar previstos no orçamento da União, cujo direcionamento cabe exclusivamente ao Poder Executivo;

c) a realização de processo seletivo para a contratação pelos frigoríficos de pessoal com capacitação técnica também constitui providência que se insere no campo da discricionariedade da administração;

d) é certo que para o atendimento das pretensões do autor deferidas pela sentença recorrida há de haver recursos, em relação aos quais cabe apenas aos Poderes Executivo e Legislativo a decisão de inserção ou não no orçamento, situação típica da discussão em torno do denominado princípio da reserva do possível, precisamente, da reserva do possível fática, representativa do contingenciamento financeiro, já que se sabe haver também a denominada reserva do possível jurídica, assim considerada a situação em que os recursos existem, mas não há previsão orçamentária destinados a um fim específico;

e) as decisões devem ser tomadas não apenas pelo prisma de uma determinada situação fática, mas assentada em todo um conjunto de fatores, sob pena de causar prejuízos para toda a sociedade;

f) a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso da defesa dos consumidores, por vezes, encontra impecilhos de ordem material, como o da falta de recursos, que, em determinados momentos, ganham dimensões quase intransponíveis e acabam por influenciar negativamente na realização das conquistas sociais;

g) não há omissão do Poder Público no cumprimento das obrigações relacionadas à fiscalização/inspeção da produção e comercialização de carnes de aves, uma vez que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, mormente por meio do Serviço de Inspeção Federal - SIF, tem envidado esforços para atender às recomendações feitas pelo Ministério Público Federal, bem como atuado com o objetivo de coibir eventuais fraudes;

h) houve uma sensível redução das fraudes a partir de um conjunto de providências adotadas pela administração, já que a questão não se resolve apenas com a oficialização de um teste para a pesquisa de índice de absorção e tampouco com a contratação de pessoal;

i) existem dois sistemas de inspeção: um baseado no produto final, que exige uma grande estrutura laboratorial e de escassa confiabilidade, e outro, adotado pelo DIPOA, consistente no controle do processo, que sofre acompanhamento sistêmico, no qual são incorporadas as providências descritas nos documentos juntados nos autos;

j) caso prevaleça algum preceito condenatório, os seus efeitos devem ser circunscritos à área abrangida pela 8ª Subseção Judiciária da Justiça Federal no Estado de São Paulo e não estendido a todo o território nacional como estabelecido pelo juízo, a teor dos artigos 16 da Lei nº 7.347/85, na redação dada pela Lei nº 9.494/97 e 92, parágrafo único, da Constituição Federal, que dispõe que a jurisdição sobre todo o território nacional somente é exercida pelo Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.

Posteriormente, às fls. 1522/1556, a União novamente registrou sua discordância de parte

da sentença que lhe impôs preceitos condenatórios e requereu a juntada de cópia do Ofício SDA/MAPA nº 550, com o intuito de comprovar as providências em andamento destinadas ao cumprimento do *decisum*.

Por considerar ausente a hipótese prevista no artigo 14 da Lei nº 7.347/85, o juízo *a quo* recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo (fl. 1557) e, em razão disso, sobreveio agravo de instrumento recebido sob o nº 2009.03.00.006159-2, no qual a Desembargadora Federal Salette Nascimento determinou o processamento sem a atribuição do efeito suspensivo pleiteado (fls. 1622/1625). Irresignada, a União formulou perante o Superior Tribunal de Justiça pedido de “Suspensão de Liminar e de Sentença”, recebido sob o nº 1.378/SP, ao argumento de que a execução provisória do julgado se apresentava flagrantemente ilegítima pela afronta ao artigo 2º-B da Lei 9.494/97, pois a imposição da decisão interfere diretamente na discricionariedade própria da administração, com evidente prejuízo à ordem pública, no sentido de ordem administrativa. O pedido foi deferido pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ari Pargendler, para suspender os efeitos da sentença (fls. 1643/1651 e 1664/1667).

Com as contrarrazões do autor (fls. 1560/1614), subiram os autos a esta corte.

Às fls. 1631/1636, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, opina não seja provido o recurso da União.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, fundada em representação recebida, com o objetivo de, em síntese, impedir a continuidade das irregularidades apontadas na comercialização de carne de frango no varejo e assegurar efetiva fiscalização no comércio da mercadoria congelada ou resfriada pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF, que, em razão do quadro deficitário de seu pessoal, vale-se dos serviços prestados por médicos veterinários, “terceirizados”, contratados e remunerados pelo próprio estabelecimento fiscalizado, situação agravada pela constatação de inexistência de uma metodologia oficial para verificação de eventuais fraudes, consistentes em suposta injeção de água ou substâncias que propiciam a sua retenção, sobretudo com relação a carcaças resfriadas (não congeladas) comercializadas em pedaços, assim como na colocação de pedaços de gelo no interior de peças inteiras, de forma a influenciar o peso do produto colocado à venda, a propiciar aumento do lucro do comerciante em detrimento do consumidor e, ainda, pela escassa confiabilidade na utilização do chamado “dripping test”.

Consoante descrito na petição inicial (fls. 03/04), o Serviço de Inspeção Federal - SIF, em relação à unidade de Bauru, tem atuado “diligentemente no combate a esse tipo de fraude em que pese a carência de recursos humanos e as restrições quanto ao método de análise (*dripping test*)”, não obstante a constatação de outras irregularidades, apresentadas nesta ação coletiva, a seguir sintetizadas: a) quadro deficiente de pessoal do SIF; b) restrições ao método de análise “*dripping test*”; c) delegação da inspeção a pessoal contratado e remunerado pelos próprios frigoríficos, ainda que observado o Decreto nº 30.691/52; e d) ausência de método normatizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento quanto aos testes para

verificação de fraude nas carnes de carcaças de frango apenas resfriadas (não congeladas), assim como em relação às carnes de frango comercializada em pedaços/partes.

I - DA FALTA DE INTERESSE SUPERVENIENTE DE PARTE DOS PEDIDOS

O autor formulou pedidos subdivididos em três itens:

- a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias*, *cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congelados e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls. 344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
- b) implementar, no prazo máximo de *sessenta dias*, inclusive com edição de ato normativo infralegal, a recomendação já enviada pelo Ministério Público Federal no tocante à contratação de Médicos Veterinários particulares para assessorar na fiscalização, qual seja, enquanto não se equaciona o problema alusivo à carência de recursos humanos na área de fiscalização (concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção), que seja adotado, de imediato, processo seletivo, com observância dos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52), *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*;
- c) apresentar, no prazo máximo de *sessenta dias*, cronograma para provimento de cargos de pessoal, necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com a eliminação gradativa das contratações mencionadas na alínea anterior, até a sua completa extinção, o que não poderá ultrapassar o ano de 2008, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (destaques do original) (fl. 35)

Com referência ao item (c), o juízo *a quo* declarou extinto o pedido em razão de superveniente falta de interesse de agir, uma vez que o certame já estava em curso. O dispositivo do *decisum* expressa:

Ante o exposto, com base no art. 267, inciso VI, c.c. o art. 462, ambos do Código de Processo Civil, declaro extinto, sem resolução de mérito, o pedido deduzido na inicial relacionado à condenação da União ao provimento, por concurso público, de cargos de pessoal necessário para suprir a área de inspeção animal e fiscalização sanitária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. (fls. 1444/1445)

Quanto ao item (b) do pedido, assim determinou o juízo no dispositivo da sentença:

- b) enquanto não equacionado o problema relacionado com a realização de concursos para técnicos de inspeção e auditores de inspeção, a adoção, em todo o Brasil, de processo seletivo para contratação de profissionais em número suficiente à eficaz e efetiva fiscalização,

com observância aos critérios da publicidade, impessoalidade e mérito, para contratação de Médicos Veterinários ou de pessoal necessário e habilitado, fornecido pelos estabelecimentos-frigoríficos (artigo 102, item 2, do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/52). (fl. 1446)

Ocorre que, efetuado concurso público e admitidos mais de oitocentos novos servidores, evidencia-se também a perda superveniente do objeto da ação relativamente ao pedido de seleção e contratação a título precário de médicos veterinários pelos abatedouros até a assunção daqueles. De fato, o ente estatal informou às fls. 1522 e segs. que, pela Portaria MAPA nº 9, de 22 de maio de 2007, foram nomeados 499 fiscais federais agropecuários e a de nº 385, de 24 de dezembro de 2007, 354 agentes de inspeção sanitária e industrial de produtos de origem animal.

II - DA PARTE REMANESCENTE DO PEDIDO E DA SENTENÇA

Subsiste, no entanto, parte da sentença, mas se apresenta claramente *ultra petita* ante o pedido remanescente do autor. Para melhor visualização, transcreve-se novamente essa parte do pedido:

a) apresentar, no prazo máximo de *dez dias*, *cronograma* dos trabalhos e estudos para implementação de rotina de análise de absorção de água nas carnes de aves congelados e resfriados, em carcaças e cortes (notadamente frangos), bem como para que seja analisado o método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu, Mestre e Doutor em Tecnologia de Alimentos, conforme fls.344/383 e 642/655, com apresentação de conclusão motivada acerca de sua adoção ou não, bem como o prazo em que se daria, *indicando-se nome e qualificação das autoridades administrativas competentes para implementar tal cronograma, inclusive com o detalhamento da atribuição de cada uma delas*. (fl. 35)

Pediu-se, em síntese, que fossem feitos estudos para implementação de rotina de análise e que se decidisse sobre a adoção ou não do método desenvolvido pelo Dr. Roberto de Oliveira Roças, da UNESP-Botucatu. Todavia, o *juízo a quo* atribuiu um caráter genérico ao pedido ao determinar que se realizasse perene fiscalização e combate à inserção de água e que deviam ser providenciados regulamentação pelo SIF, equipamentos e reagentes. Confira o dispositivo da decisão:

a) realizar em todo o Brasil, por intermédio do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, perene fiscalização e combate à inserção de água nas carnes de aves congeladas e resfriadas, em carcaças e cortes, em especial carnes de frangos, devendo ser providenciado o necessário para tanto (regulamentação pelo SIF, equipamentos e reagentes), no prazo de noventa dias; (fl. 1445)

Tem-se que, à exceção da providência de regulamentação dos critérios de fiscalização pelo princípio da adstrição, inserto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, somente se pode conceder aquilo que foi expressamente objeto do pedido, caso em que ultrapassado deve ser reduzido aos limites da lide. Assim, mantida apenas a menção “regulamentação pelo SIF”, os demais comandos devem ser expungidos por excederem o pedido.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, ao examinar questão sobre o caráter

genérico dado ao dispositivo da decisão, assinalou que:

Em face do princípio da legalidade estrita, é defeso à lei cominar à prática de uma infração que o transgressor se obrigue a fazer ou não fazer alguma coisa, sem delimitar-lhe o objeto, com inteira precisão, pois que, nos limites em que a lei consente que uma pessoa se obrigue para com outra a fazer ou não fazer alguma coisa, qualquer forma de atividade humana pode constituir o objeto da obrigação, desde que (fazer ou não fazer) compreende uma imensidão de atividades, a que o Juiz (ou a administração) poderia obrigar o infrator, discricionariamente, sem limitação alguma. (sublinhei) (REsp nº 43.512/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 27.06.1994).

Assim, *in casu*, as determinações de “perene fiscalização” e que fossem providenciados “equipamentos e reagentes” carecem de precisão, o que certamente traria dificuldade para o exato cumprimento da obrigação de fazer.

III - DA DECISÃO ACERCA DO MÉTODO DE ANÁLISE PROPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O autor da ação, ao levantar questões relativas à eficácia e eficiência das inspeções, propôs a adoção de método elaborado pelo Médico Veterinário, Professor Doutor Roberto de Oliveira Roças, do Laboratório de Tecnologia dos Produtos de Origem Animal, da Universidade Estadual Paulista - UNESP - Campus Botucatu/SP, tido por ele como mais preciso e eficaz que o *dripping test* e apropriado tanto para frangos inteiros como para cortes.

Com o intuito de avaliar o método proposto pelo *Parquet*, bem como implementar medidas em relação ao problema, informou a União às fls. 849/860, por meio da nota técnica da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que:

- desde 2002, por solicitação do DIPOA, o Laboratório Nacional Agropecuário do Rio Grande do Sul (LANAGRO/RS) desenvolve estudos sobre métodos para a determinação de água em cortes de aves, inclusive o da União Europeia, bem como as providências necessárias para implantação laboratorial;
- em abril de 2006, foi instituído grupo de trabalho - GTAVES - composto por servidores técnicos de análises físico-químicas de alimentos e da LANAGRO, com a finalidade de apresentar e discutir o trabalho realizado por este laboratório inclusive o da União Europeia e o método proposto pelo Professor Roberto de Oliveira Roças, da UNESP. *Concluiu-se que o método mais adequado é o da Comunidade Europeia e, por conseguinte, decidiu-se pela sua adoção na rede oficial do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;* (sublinhei)
- inexistente legislação específica para cortes de frangos que estabeleça padrões ou limites permitidos para teores de água, de modo que não há amparo legal para que se classifique um produto (cortes) como “conforme” ou “não conforme”. Assim, *ainda que se disponha de metodologia para a análise laboratorial, de nada adianta se os padrões de tolerância em corte não forem definidos pelo Serviço de Inspeção Federal - SIF;* (sublinhei)
- o grupo de trabalho se dispôs a colaborar para alcançar uma definição de padrões e limites aceitáveis de absorção de água no processo industrial pelo DIPOA;
- deve ser suprida com urgência a crônica deficiência de pessoal técnico;
- *prevê-se para meados de 2007 os resultados analíticos do estudo para determinação dos padrões e limites, que servirão de base para a redação da metodologia oficial.*

Extraí-se do contido nessa “nota técnica” que o grupo de trabalho instituído optou, dentre os vários métodos de análise, inclusive o do Professor Roberto de Oliveira Roças, da UNESP, pela *adoção do aplicado pela União Europeia* e se propôs a colaborar para alcançar uma definição de padrões e limites aceitáveis, pois, não obstante houvesse metodologia para análise laboratorial, não havia como classificar um produto se inexistia norma nesse sentido.

IV - DA METODOLOGIA CIENTÍFICA PARAMÉTRICA

A inexistência de parâmetros para que a fiscalização pudesse classificar os produtos adequados para a comercialização afeta diretamente os consumidores, que poderão adquirir produtos com suas especificidades alteradas.

Essa preocupação com a defesa do consumidor é fortalecida no documento emitido pelo Chefe do Serviço de Inspeção de Produtos de Origem Animal - SIPA, endereçado ao Diretor Substituto do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal - DIPOA, no qual relata:

É de conhecimento geral que as carcaças de frangos expostas ao consumo têm apresentado índice de absorção de água acima do previsto na legislação, *configurando-se uma fraude econômica que nos últimos meses tem recebido a atenção especial do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA) do Ministério da Agricultura*. A atual chefia do SIPA/SP, assim que foi investida na função, dentre outros, estabeleceu o Programa Emergencial de Combate a Fraude por Absorção de Água em Carcaças de Frango, em consonância com as diretrizes do DIPOA. Mesmo sabendo que a Portaria 210/98, prevê a realização de “Dripping Test” para quantificação da água absorvida durante o processo de resfriamento, contemple apenas o produto congelado, o SIPA/SP optou por incluir também carcaças resfriadas no seu programa emergencial (...).

Das amostras colhidas e conclusões extraídas, a Chefia do SIPA/SP teceu as seguintes considerações:

(...) entendemos que os resultados de “dripping test” de carcaças de frangos resfriados são válidos e que, eventuais interferências que precisam ser estudadas detalhadamente, não comprometem a avaliação dos resultados. Finalmente, entendemos também *os Serviços de Inspeção Oficial devem utilizar todos os recursos disponíveis para salvaguardar os interesses dos consumidores*, mesmo que esses recursos, no momento atual, apresentem eventuais limitações. (fls. 313/314). - (sublinhei)

Destarte, para o subscritor da ação, a comercialização de carnes de aves resfriadas em supermercados e no comércio varejista sem que haja uma efetiva fiscalização, que só não é concretizada pela ausência de normativa paramétrica, demonstra a leniência com que o tema é tratado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e, nesse contexto, evidencia-se o prejuízo aos consumidores que se encontram indefesos diante da eventual fraude.

V - DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

Excepcionalmente, quando a administração se omite de sua função, estará o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, notadamente por acarretar ofensa ao direito do consumidor.

É o que acontece, no caso, com a ausência de “regulamentação pelo SIF” de norma com os padrões e limites permitidos para teores de água. Assim, não obstante a autonomia da administração pública, seus atos não estão à margem da ordem jurídica, mas inseridos nela. O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna atribui ao Poder Judiciário o dever de se pronunciar, sempre que provocado, à vista de ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito. Não lhe é permitido eximir-se de suas competências constitucionais, muito menos perante conduta omissiva do ente público.

Frise-se que a fiscalização é atribuição direta, privativa e não delegável dos órgãos públicos, efetuada por servidores públicos com poder de polícia com o escopo de verificação do real cumprimento das determinações da legislação específica e dispositivos regulamentares e, portanto, é imprescindível que haja regras e normas técnicas oficiais para execução de tal tarefa, pois será inútil o trabalho se não houver parâmetros que permitam discernir o produto que está de acordo com o permitido e aquele que, ao não obedecer ao limite estipulado, causa prejuízo irreparável ao consumidor.

A respeito da independência e separação de poderes, destaco excerto de recente decisão do Ministro Ricardo Lewandowski (RE 633.314/ES):

Decisão - (...) 3. Não há transgressão ao art. 2º da Constituição Federal. A independência dos Poderes não é absoluta, mas harmônica, sujeitando-se ao sistema de freios e contrapesos. O Poder Judiciário executa seu papel constitucional ao exercer controle de legalidade sobre a omissão da Administração Pública

Nessa mesma direção, o Ministro Ayres Brito ao proferir decisão no RE 574.353/PR pontifica:

“7. ..., também não prospera o argumento de que a imposição de obrigação de fazer ao Poder Executivo violaria o princípio constitucional da separação de poderes. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45-MC/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello, assentou a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nos temas alusivos à concretização de políticas públicas: ‘ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).’ 8. Desse modo não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, cito o RE 367.432-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau: ‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura de inquérito

civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, I e III, da CB/88). Precedentes. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes.' - (destaques do original)

Outro não é o ensinamento extraído do acórdão do julgamento do RE 410.715 AgR, no qual o Ministro Celso de Mello, quanto à separação de poderes, assim se expressou:

Embora resida, primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

(STF - 2ª Turma - RE 410.715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, v.u., DJU 03.02.2006)

O Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 440.502/SP, a respeito da separação dos poderes, assim se manifestou:

Ementa: 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. (DJE 24.09.2010)

À evidência de que o método para a fiscalização não é utilizado por falta de regulação acerca dos padrões de tolerância, resulta em clara afronta aos direitos básicos dos consumidores previstos no artigo 6º, incisos III e IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

VI - DOS EFEITOS DA DECISÃO

Quanto à atribuição de efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, o Juiz Federal prolator da sentença traz à baila excertos de doutrinadores de escol sobre o tema e conclui sua fundamentação nos seguintes termos:

Por fim, cumpre reexaminar a questão afeta ao alcance do comando emanado por esta, em vista do disciplinado pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985). Revendo a posição assumida por ocasião da análise do pedido de liminar, assento a impossibilidade de limitação dos efeitos da sentença aos limites da esfera de competência desta 8ª Subseção da Justiça Federal, visto que a fraude combatida por meio desta, ao que tudo indica, ocorre em todo o Brasil.

Por outro prisma, a prevalência da limitação imposta pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997, acarretara flagrante violação ao comando do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, de todo aplicável ao caso que versa sobre direitos dos consumidores, e por força do disposto no art. 21 da própria Lei nº 7.347/1985.

(...)

Por todos os motivos expendidos, não se pode admitir a restrição da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência do órgão prolator da decisão, sob pena de infringência à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente, em especial, às leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que constituem o microssistema das ações coletivas. (fls. 1437/1444)

O argumento da apelante, no sentido de que os efeitos da decisão proferida em ação civil pública devem cingir-se à competência territorial do órgão julgador, não se apresenta plausível no caso em discussão.

O artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A posição da doutrina e da jurisprudência não é pacífica com relação a essa nova redação dada pela Lei nº 9.494/1997, que restringiu a abrangência dos efeitos da coisa julgada.

O mencionado artigo 16 em sua redação originária previa que a sentença de procedência proferida em ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, o que restou restringido pela nova redação. O professor Hugo Nigri Mazzilli, sobre esse assunto, em sua obra “A defesa dos interesses difusos em juízo” pondera sobre essa questão nos seguintes termos:

Esta alteração não foi originária do Congresso Nacional. Ao contrário, a norma adveio da conversão em lei da Med. Prov. nº 1.570/97, que alterou um sistema já vigente desde 1985 (LACP, art. 16) ou ao menos desde 1990 (CDC, art. 103), e, portanto, desatendeu claramente os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, em matéria que deveria ser afeta ao processo legislativo ordinário e não à excepcionalidade da medida provisória (CR., art. 62). (13ª edição, Editora Saraiva, p. 392).

Prossegue com sua hermenêutica:

A alteração trazida à Lei da Ação Civil Pública pela Lei nº 9.494/97 é de todo equivocada, pois esta última valeu-se de redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja eficácia subjetiva e objetiva é *erga omnes*) com competência territorial (apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta [art. 2º]) ... Ademais, a Lei nº 9.494/97 alterou o art. 16 da Lei nº 7.347/85 mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje dispõe corretamente sobre a matéria ... E mais. A Lei nº 9.494/97 também se esqueceu de modificar o sistema da Lei da Ação Popular, cujo art. 18 serviu de inspiração para o art. 16 da LACP, e continua a estender a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada, sem fazê-la

absurdamente depender da “competência territorial” do juiz prolator ... E isso tanto mais grave é, que não raro o pedido e a causa de pedir de uma ação civil pública podem ser idênticos ao de uma ação popular (como na defesa do patrimônio público).

E conclui:

Não há como confundir competência do juiz que julga a causa com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da comarca em que foi proferida, e que poderão tornar-se imutáveis com seu trânsito em julgado (imutabilidade do *decisum* entre as partes [CDC, art. 93, II; LACP, arts. 2º e 16]). (13ª edição, Editora Saraiva, p. 207/208). - (destaques do original)

Para o professor Mazzilli, o legislador operou em confusão, porquanto buscava regular a competência para a apreciação da ação e não os reflexos da coisa julgada.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao artigo 16 da LACP, ao analisarem a nova redação dada pela Lei nº 9.494/97, assim se expressam:

Qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. (...). Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou inter partes, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional - e também no exterior -, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103. (Código de Processo Civil comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1475)

Na jurisprudência ressaltam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC - INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CABIMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.

(...)

5. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de inconstitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

6. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou do ato normativo impugnado.

7. Recurso especial improvido. - (sublinhei)

(STJ - 2ª Turma - Resp 621.378/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, v.u., DJU 03.10.2005, p. 179)

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EM JANEIRO DE 1989. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA. EFICÁCIA NACIONAL DA DECISÃO.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
 - Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.
 - Os efeitos da sentença produzem-se “erga omnes”, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
 - Recurso especial improvido.
- (STJ - 3ª Turma - RE 399.357/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJE 20.04.2009)

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi ao decidir o REsp 411.529/SP, DJE 05.08.2008, esclareceu que:

a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócu a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Registre-se que o S.T.F., consoante observa o Procurador da República signatário das contrarrazões, em questão que envolvia *direitos individuais homogêneos*, já sob a égide da nova redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, não limitou os efeitos da decisão à base territorial do juízo, provavelmente por força do que determina o C.D.C. (Lei nº 8.078/90 - art. 81, par. único, inciso III c/c art. 103, inc. III):

Reclamação e Ação Civil Pública

Por não vislumbrar usurpação de sua competência (CF, 102, I, I), o Tribunal vencido o Min. Marco Aurélio, julgou improcedente reclamação proposta por instituição financeira contra decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que mantivera sentença - em ação civil pública pro danos provocados a interesses individuais homogêneos, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC - condenando o reclamante ao pagamento da diferença entre o índice de correção monetária efetivamente creditado e aquele incidente sobre os saldos existentes em janeiro de 1989, *em favor de todos os poupadores de caderneta de poupança da instituição-ré*. (Lei 7.347/85, art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* ...”). Prevaleceu o entendimento de que as decisões das instâncias paulistas não declararam a inconstitucionalidade do art. 17, I, da Lei 7.730/89, que determinava a atualização dos saldos das cadernetas de poupança no mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional - LFT verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5%, como pretendia o reclamante. Precedentes citados: RCLs 337 (RTJ 133/551), 410 (RTJ 144/713), e 434 (RTJ 154/13). - (sublinhei)

(STF - Informativo 82 - Rcl 602-SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, 3.9.97)

Também em sede de reclamação e ação civil pública, o Ministro Néri da Silveira, relativamente à alegação de usurpação de competência da Suprema Corte, destaca no aresto:

EMENTA: (...)

10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário.

(STF - Pleno - Rcl 600/SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU 05.12.2003)

Nessa linha de entendimento, a atribuição de efeitos *erga omnes* ao *decisum* apresenta-se necessária, mormente quando se divisa, como no caso, que a fraude a ser combatida tem abrangência nacional e sua aplicação, restritivamente aos limites da competência do órgão prolator da decisão, causaria desigualdade entre os consumidores. Ademais, conforme expresso anteriormente, é claro que os mais de oitocentos novos servidores não foram lotados somente nos municípios abrangidos pela 8ª Subseção Judiciária Federal do Estado de São Paulo, assim como a norma que certamente será expedida com os padrões e limites não se restringirá apenas a essas localidades. Conclui-se que, *in casu*, pelas próprias características da matéria, os efeitos da sentença, por si só, produzem-se *erga omnes*.

Ainda que assim não fosse, ante suposta admissão da limitação imposta pelo artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997, seria flagrante a violação ao comando do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e aplicável ao caso por força do disposto no artigo 21 da própria Lei da ação civil pública. A respeito lecionam os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Com o advento do CDC 103, em 1990, que regulou completamente o instituto da coisa julgada no processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema legal que rege o instituto da coisa julgada no processo coletivo passou a ser o do CDC 103. Pela superveniência do CDC, houve revogação tácita da LACP 16 (de 1985) pela lei posterior (CDC, de 1990), conforme dispõe a LICC 2º § 1º. Assim, quando editada a L 9494/97, não mais vigorava o LACP 16, de modo que ela não poderia ser alterado o que já não existia. Para que a “nova redação” da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia formal e, por consequência, material), deveria a L 9494/97 ter incluído na LACP o art. 16, já que não se admite no direito brasileiro, a reprecinação de lei (LICC 2º § 3º), e, ainda, a esse artigo incluído, dar nova redação. Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado sistema da coisa julgada que vinha previsto na LACP 16. O dispositivo legal que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103. (Código de Processo Civil comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1475, nota 14)

Conclui-se que, pela fundamentação expendida e prudentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, considerado que a insuficiência do método utilizado pela ré para fiscalização da injeção de água em carne de frango não se limita à jurisdição da 8ª Subseção da Justiça Federal de São Paulo, é de se reconhecer a razoabilidade do dispositivo da sentença que impôs efeitos *erga omnes* e *ultra partes* à sentença, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

VII - DA RESERVA DO POSSÍVEL

Por derradeiro, cabe ainda destacar, quanto à cláusula da ‘reserva do possível’ alegada pelo Estado, algumas posições dos tribunais superiores que desqualificam o uso desse expediente como meio de se abster de suas atribuições legais e constitucionais. Para o Ministro Luiz Fux:

a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente afe-rível - não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregna-dos de um sentido de essencial fundamentalidade. (REsp 811.608, DJU 04.06.2007, p. 313)

O Ministro Humberto Martins já declarou que:

A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da existência de recursos financeiros (REsp 764.085, DJE 10.12.2009).

Ante o exposto, dou *parcial provimento à remessa oficial para*:

a) com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem resolução do mérito, por superveniente falta de interesse de agir, em relação ao item “b” do pedido contido na petição inicial;

b) reconhecer ser *ultra petita* a determinação da sentença no tocante à realização em todo o Brasil, por intermédio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de perene fiscalização e que fossem providenciados para tanto equipamentos e reagentes, com fundamento nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Quanto à *apelação, nego-lhe provimento*.

Mantida a sentença com relação à parte do dispositivo que extinguiu o pedido deduzido no item “c” da inicial, relacionado com o provimento de cargos de pessoal por concurso público, à vista de que o certame já se encontrava em andamento e no que se refere à determinação de regulamentação pelo SIF ou pelo órgão que lhe faça as vezes de padrões ou limites permitidos para teores de água para a fiscalização de cortes de carne de aves.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0007353-04.2007.4.03.6119
(2007.61.19.007353-2)

Apelante: JOSÉ CORREIA DE BRITO (= ou > de 60 anos)
 Apelada: UNIÃO FEDERAL
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
 Classe do Processo: AC 1708076
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2013

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. AÇÃO PENAL POR CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

1. A responsabilidade civil do Estado, por demora na prestação jurisdicional, exige prova de dolo ou culpa do agente no sentido de omitir a conduta necessária à celeridade processual, não bastando invocar o tempo decorrido sem analisar circunstâncias processuais de cada caso concreto, sobretudo no processo penal, em virtude de suas garantias e características.
2. No caso, não houve demonstração de culpa, dolo ou desídia na condução do processo penal, tendo havido, inclusive, em nome da amplitude do direito de defesa e contraditório, a anulação do feito, a pedido da defesa, com a reabertura da instrução, com vários atos processuais praticados no interesse dos réus, o que permitiu fosse absolvido o próprio autor desta ação de responsabilidade civil do Estado.
3. Embora não se possa consentir na tramitação de processos por anos a fio, é inviável igualmente exigir celeridade que prejudique o direito de defesa, contraditório e devido processo legal, ou ainda cobrar responsabilidade por ato omissivo sem comprovação de que a conduta estatal foi marcada por culpa ou dolo do agente à frente da condução do processo judicial ou administrativo.
4. Precedentes: apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação, em ação de indenização por danos morais (1000 salários mínimos), supostamente sofridos pelo autor em razão da propositura de ação penal, imputando-lhe a prática de furto qualificado, do qual foi absolvido (artigo 386, IV, CPP), porém apenas após 20 anos.

Alegou o autor, em suma, que: (1) era empregado da INFRAERO, no cargo de auxiliar administrativo, e, em 25/03/1985, foi indevidamente denunciado sob a acusação de ter cometido delito de furto qualificado (artigo 155, II, e IV, § 4º, e artigo 25, todos do Código Penal), ocorrido em 01/09/81, consistente na subtração de uma mala, contendo aparelhos eletrônicos, do Armazém de Perdimentos do Aeroporto de Congonhas, apreendida pela Receita Federal, após a apuração de inquérito policial; (2) mesmo “jamais” tendo cometido o “crime que lhe foi imputado na denúncia”, somente em 02/09/2002 foi proferida sentença, absolvendo-o da acusação (f. 92/100); (3) nessas “mais de 02 (duas) décadas para que a Justiça comprovasse efetivamente e satisfatoriamente que o REQUERENTE não havia cometido qualquer delito” foi submetido à “vexatória desconfiança da sociedade, dos familiares, da comunidade”, e, ainda, a perda da dignidade, emprego, confiança das pessoas, credibilidade, e até “a vontade de viver”; (5) durante as investigações “nunca se furtou em fornecer quaisquer dados”, mesmo assim, foi indevidamente citado por edital, tendo apenas mudado para outra cidade, como alternativa que lhe restou, diante das “desconfianças que pairavam sobre sua pessoa”; (6) “foi penalizado por mais de 20 (vinte) anos de sua vida sem ter cometido qualquer delize se, desde o início nenhum indício de participação pairou sobre si”, já que não houve nenhum depoimento, insinuação, documento ou atitude que indicasse a suspeita sobre sua conduta; (7) a demora na prestação jurisdicional, que o fez aguardar *desde o registro do Boletim de Ocorrência em data de 01-09-1981 quando tomou ciência do ocorrido, já que na data do evento sequer estava prestando serviços na INFRAERO, até julho de 2002*, quando foi proferida sentença, absolvendo-o da acusação, causou-lhe danos psíquicos e morais que devem ser reparados pelo Estado.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar que “não restou demonstrado a contento, nos presentes autos, a presunção de certeza e liquidez dos fatos expostos na exordial”, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em de 10% sobre o valor atualizado da causa (f. 216/8).

Foram opostos, porém não acolhidos, os embargos de declaração do autor (f. 227/9).

O apelo do autor pugnou pela reforma da sentença, sustentando, em suma, que: (1) “em nenhum momento foi sequer ventilada a tese de erro judiciário, tampouco erro na conduta dos magistrados, promotores ou policiais que participaram dos longos 20 (vinte) anos de ação penal”, a conduta estatal que motivou a propositura desta ação é a “DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL”; (2) ao contrário da hipótese apontada pela sentença, no caso de “excessiva e inexplicável demora na tramitação de um processo criminal que avassalou a vida do APELANTE, sem culpa do juiz, mas por falhas e deficiências do aparato judiciário, representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço, o Estado é integralmente responsável por tal acidente administrativo”; e (3) “o não julgamento quando devido ou o seu atraso demasiado também constituem prestação jurisdicional deficiente e injusta, omissão ao dever legal de prestar a jurisdição, a qual enseja, naturalmente, a responsabilidade pelos danos decorrentes, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal”.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, pela desnecessidade de sua intervenção.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, o presente feito tem preferência legal de julgamento, nos termos da Lei 10.741/2003.

O autor pleiteou a reforma da sentença de improcedência do pedido de indenização por dano moral, que teria sofrido em razão de ação penal, por delito furto qualificado, que somente depois de passados 20 anos, contados do fato, teve sentença absolutória proferida.

A sentença considerou que “o autor não logrou provar os requisitos que autorizam o pleito de reparação pecuniária vez que não demonstrou, de modo convincente, que o prejuízo experimentado é consequência de conduta imputável ao magistrado, no sentido de ter agido com dolo ou fraude para retardar o julgamento do processo civil”.

O apelo insistiu no direito à indenização, enfatizando, porém, que “não repousa a causa de pedir ... em erro judiciário, pois, apesar dos 20 (vinte) anos de espera, foi, ao final absolvido das acusações que lhe foram imputadas”, e que sempre “fez questão de deixar clara a conduta estatal que deu azo à propositura da presente ação, qual seja, A DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL”.

A responsabilidade, assim, tem como fundamento, especificamente, a demora na prestação jurisdicional, em razão da qual “foi submetido à vexatória desconfiância da sociedade, dos familiares, da comunidade onde sempre residiu”, daí o direito à indenização.

A partir da EC 45 restou previsto que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LXXVIII). Não é, porém, qualquer demora que autoriza discussão judicial e muito menos pedido de indenização por responsabilidade do Estado, mas a que seja imputável, de modo exclusivo, ao ente estatal, por conduta qualificada de seu agente, e da qual resulte comprovado dano por parte do jurisdicionado.

No caso dos autos, cabe recordar que, embora transcorrido, desde a data do fato (01/09/1981) até o julgamento final da ação (03/09/2002), mais de 20 anos, a morosidade não pode ser atribuída exclusivamente ao Estado e menos ainda por conduta omissiva de seus agentes passível de gerar responsabilidade civil.

Com efeito, verifica-se que, em 01/09/1981, a Polícia Civil de São Paulo lavrou o boletim de ocorrência 5535/1981 (f. 33) e, no dia seguinte (02/09/1981), fez o interrogatório do autor (f. 36/v), sendo elaborado o relatório em 27/11/1981 (f. 38).

Há lacuna probatória sobre o que teria ocorrido dentro do período de dezembro/1981 a setembro/1984, quando feita a qualificação indireta do autor (f. 39), passando o inquérito a tramitar perante a Polícia Federal, não constando dos autos qual foi o andamento do procedi-

mento investigatório neste interregno. Se houve conduta atribuível a órgão estadual de segurança pública, nesta fase, não cabe à Justiça Federal considerá-la para efeito de indenização, assim como inviável apurar a responsabilidade por demora na prestação jurisdicional sem os elementos probatórios necessários, sendo do autor, evidentemente, o ônus probatório do fato constitutivo do direito alegado na ação de indenização (artigo 333, I, CPC).

O que consta dos autos é que, no âmbito do DPF, o autor foi objeto de qualificação indireta, denotando a não localização do mesmo (f. 39/40), sendo elaborado relatório, em 28/09/1984, com envio dos autos na mesma data à 12ª Vara Federal, sendo recebidos em 02/10/1984 (f. 43), com vista ao MPF em 04/10/1984, que ofereceu denúncia em 25/03/1985 (f. 43-v), recebida pelo Juízo em 01/07/1985, com citação e designação de interrogatório dos réus para o dia 02 de abril de 1986, entre outras determinações (f. 44).

Consta dos autos o adiamento da audiência, provavelmente devido à falta de localização de todos os réus para citação, sendo que na assentada da audiência seguinte, em 16/12/1986, constou o seguinte (f. 45):

Aos 16 dias do mês de dezembro de 1986, nesta cidade de São Paulo, no Foro da Justiça Federal, às 14:00 horas, na sala de despacho do Excelentíssimo Senhor Doutor JOÃO CARLOS DA ROCHA MATTOS M. Juiz Federal da 12ª Vara, presente S. Excia., comigo escrevente ao final nomeado, o Sr. Dr. ANTONIO CARLOS RAMOZZI, Promotor Público presente o denunciado SATURNINO PEREIRA DA SILVA. *AUSENTES os réus (revéis) MANOEL JULITI MARTINS DE ANDRADE, JOSIAS ALVES COUTINHO e JOSÉ CORREA DE BRITO.* Presente o defensor dativo dos acusados, DR. RENATO MAZAGÃO, com endereço conhecido desta Secretaria.

De tal assentada, em 16/12/1986 (f. 45/8) até as alegações finais do autor JOSÉ CORREIA DE BRITO, em 12/05/1992 (f. 49/51), não existe registro de informação sobre andamento processual.

Após tal petição, o que consta, demonstrando a anulação do feito, é novo recebimento da denúncia, em 16/06/1993:

Estando demonstrada a justa causa para a ação penal, recebo a denúncia de fls. 02/04 e, em consequência, designo o interrogatório dos réus para o próximo dia 12 de novembro de 1993, às 14:00 horas, citando-se-os “in faciem” e notificando-se o Ministério Público Federal. (f. 52).

Expedido mandado de citação (f. 53 e 55), o oficial de Justiça certificou que deixou “de citar o réu por não residir mais no endereço retro, segundo o porteiro do prédio, Sr. Batista, o réu *nunca morou* naquele endereço, sendo pessoa desconhecida. Assim, devolvo o presente dando o réu como em lugar incerto e não sabido” (f. 55-v).

Foi requerida pelo MPF a citação do réu em outro endereço: Rua Baronesa de Bela Vista, 257, Aeroporto (f. 56); porém, conforme certidão de 01/10/1993 (f. 58-v), também foi infrutífera a tentativa de citação pessoal, sendo devolvido o mandado, constatando estar o réu em lugar não sabido.

Há ainda, certidão de que os interrogatórios de 12/11/1993 não se realizaram, “em virtude do não comparecimento dos acusados” (f. 61), com a sua redesignação para 18/04/1994 com citação dos réus, sendo que a do autor foi feita por edital, com prazo de 15 dias, expedido em 29/11/1993 (f. 62 e v.).

O autor JOSÉ CORREIA DE BRITO foi interrogado na data de 18/04/1994 (f. 67/8), porém não se interrogou o correu JOSIAS ALVES COUTINHO, em virtude de sua ausência, sendo decretada a respectiva revelia, em 20/04/1994 (f. 69 e v.).

Houve ainda oitiva de testemunha de acusação, em 15/12/1994; porém o que se passou entre tal audiência até a apresentação de alegações finais seja do MPF (f. 75/83), em 07/11/1995, seja dos réus, em 22/02/1996 (f. 84/91), não se sabe, porque nada consta dos autos a propósito. Também não existe prova do andamento processual entre a última alegação final e a sentença, que sequer foi trasladada na íntegra, faltando inclusive a data de sua prolação (f. 92/100), embora conste, na seqüência, sentença de extinção da punibilidade por prescrição retroativa, em 30/07/2002 (f. 101/2).

Como se observa, as informações esparsas contidas nos autos não comprovam demora na prestação jurisdicional causada por omissão atribuível de forma exclusiva e determinante pelo Estado, capaz de gerar sua responsabilidade civil. Ademais, as alegações finais das partes referem-se a diversos atos judiciais da complexa e extensa instrução (f. 75/83 e 84/91), constando dos autos ainda a anulação do processo e a frustração de atos de citação, sendo indubitosa a garantia dada às partes do contraditório com amplitude de defesa. Tanto maior a prudência judicial na efetivação de garantias de tal natureza no processo penal, alargando o curso da instrução, inclusive a ponto de refazer atos processuais, maior é o tempo processual necessário para a solução da causa com prolação de sentença, não podendo o Estado responder por demora na prestação jurisdicional em função de tais circunstâncias, sem prova de desídia ou injustificável omissão no cumprimento de prazos processuais.

Cabe lembrar, ademais, que, em se tratando de responsabilidade por ato omissivo, falta de prestação jurisdicional em tempo razoável, é essencial que se demonstre que a demora, além de resultante exclusivamente de ato imputável à Administração, foi praticada com dolo ou culpa. Note-se que o próprio autor, em sua apelação, refere-se ao “serviço judiciário defeituoso” e à “falta do serviço público” (f. 238 e 240), que remetem à premissa da omissão na prestação de um serviço público, geradora de responsabilidade subjetiva, a qual não prescinde, na sua configuração, da prova de culpa ou dolo do agente, algo cuja demonstração não se encontra documentada nos autos, ainda que se considere o prazo de anos, por exemplo, entre a última alegação final e a prolação da sentença pelo Juízo Criminal em referência, certamente motivada por excesso de serviço e não por negligência, desídia ou dolo do magistrado.

Neste sentido, enfatizando a necessidade de comprovação de culpa ou dolo na demora na prestação jurisdicional, os seguintes precedentes:

AC 2002.02.01014958-6, Rel. Des. Fed. CASTRO AGUIAR, E-DJF2R 16/09/2010: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. I - A responsabilidade do Estado, por danos causados em virtude do desempenho da atividade jurisdicional, está adstrita às hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e no art. 133 do CPC. Precedentes. II - No presente caso, pretendem os autores obter da União indenização por dano moral, que alegam ter sofrido em virtude da demora de 17 anos no julgamento de lide trabalhista. A norma aplicável à hipótese é, portanto, a regra do artigo 133 do Código de Processo Civil. III - *Apesar de não considerar dezessete anos prazo razoável para a solução do litígio, ressalto não haver nos autos prova de que tal demora tenha decorrido de conduta dolosa do juiz trabalhista, ou que tenha o magistrado protelado, injustificadamente, a conclusão do feito, não se havendo, portanto, de falar em indenização.*

IV - Apelação improvida.

AC 1997.38.00.033321-1, Rel. Juiz Conv. FRANCISCO DA SILVA, e-DJF1 07/08/2009: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALEGADA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 5º, INCISO LXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF E ART. 133 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC. 1. A responsabilidade do Estado por danos causados em virtude do desempenho da atividade jurisdicional está adstrita às hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da CF e no art. 133 do CPC. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. 2. A norma contida no art. 5º, inciso LXXV, da CF, trata especificamente da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato judicial típico e, por isso, sua aplicação afasta o princípio constante do art. 37, § 6º, da CF. 3. Na hipótese, pretende o Autor obter da União indenização por dano moral que alega ter sofrido, em virtude da demora (vinte anos) no julgamento de ação trabalhista. A norma aplicável ao caso é, portanto, a regra do artigo 133 do Código de Processo Civil. 4. *Em nenhum momento o Autor imputou a culpa pela demora na resolução do processo ao magistrado que o presidiu. Não há qualquer prova de que o juiz da causa tenha agido com dolo ou fraude no sentido de retardar o julgamento da demanda trabalhista.* As alegações de suposto *error in iudicando* desafiam recurso cabível na órbita processual, não caracterizando violação da prestação jurisdicional, tampouco falha do serviço estatal. 5. A pretensão, por isso, não tem amparo jurídico, uma vez que nos autos não ficou comprovado culpa atribuível ao magistrado pela demora da prestação jurisdicional. Forçoso reconhecer, desta forma, a inexistência de qualquer parcela a título de indenização por danos morais. 6. Sentença mantida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Trata de ação de indenização por danos morais, supostamente sofridas pelo autor em razão de propositura de ação penal (furto qualificado), na qual foi absolvido (após 20 anos de tramitação do processo).

Aduz o autor que era empregado da INFRAERO, tendo sido denunciado (em 25/3/1985) sob a acusação de ter cometido, em 1º/9/1981, o crime de furto qualificado, consistente na subtração de uma mala, contendo aparelhos eletrônicos, do Armazém de Perdimentos do Aeroporto de Congonhas e que somente em 2/9/2002 foi proferida sentença absolutória.

A sentença julgou improcedente a ação, ao fundamento de que não logrou demonstrar o autor, de modo convincente, que o prejuízo experimentado é consequência de conduta imputável ao magistrado, no sentido de ter agido com dolo ou fraude para retardar o julgamento do processo criminal, concluindo, portanto, pela não demonstração da presunção de liquidez e certeza dos fatos expostos na inicial.

Com apelo do autor, subiram os autos a este Tribunal.

Em sessão de 18/10/2012 o Relator, Desembargador Federal Carlos Muta apresentou voto, negando provimento ao apelo do autor. Acompanhei o Relator, pela conclusão, entendendo pela manutenção da sentença recorrida por fundamento diverso.

Em razão disso, manifestei-me no sentido de apresentar declaração de voto, ainda que bem sintética, para justificar o meu entendimento.

O Relator, em seu voto, aduz que “a responsabilidade civil do Estado, por demora na prestação jurisdicional, exige prova de dolo ou culpa do agente no sentido de omitir a conduta necessária à celeridade processual, não bastando invocar o tempo decorrido sem analisar as circunstâncias processuais de cada caso concreto (.....)”, entendendo que, no caso concreto, “não houve demonstração de culpa, dolo ou desídia na condução do processo penal, tendo havido, inclusive, em nome da amplitude do direito de defesa e contraditório, a anulação do feito, a pedido da defesa, com reabertura da instrução” (...) “o que permitiu fosse absolvido o próprio autor desta ação (...)”.

E conclui que embora não se possa consentir na tramitação de processos por anos a fio, *é inviável igualmente exigir celeridade que prejudique o direito de defesa*.

À análise da espécie, necessário se faz a demarcação de importante fronteira no que diz respeito à evolução da abordagem constitucional da responsabilidade do Estado.

Conforme os ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica. (...)” (in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, item 84, pág. 957).

E complementa:

A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.

Dispunha o preceptivo citado:

“As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Equivalentes disposições e com redação semelhante foram consagradas na Carta de 1967 e na Emenda 1, de 1969.

O artigo 105 do Diploma de 1967 estatuiu:

“As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

À diferença da Constituição de 1946, expressamente referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava a interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946.

A Carta de 17 de outubro de 1969 (Emenda 1 à Constituição de 1967) reproduz, no artigo 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado e a ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, conforme estatui o parágrafo único. São os seguintes seus termos:

“Art. 107. As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

Por sua vez, a Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, estabelece: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (o.c. , itens 88 e 89, pág. 959/960).

Por conseguinte, o dano oriundo de uma atuação estatal pode se dar em função de uma atuação positiva (comissão) do Estado ou em decorrência de uma atuação negativa ou não-atuação (omissão).

Quando é o Estado quem produz o dano, aplica-se, a rigor, a regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, CF/1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade de comprovação, por quem se apresente como lesado, da existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, para que o ente público responda objetivamente, suficiente que se comprove a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre ambos, porém, com possibilidade de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo.

No caso, a responsabilidade tem como fundamento a demora na prestação jurisdicional, em razão da qual “foi submetido à vexatória desconfiância da sociedade, aos familiares, da comunidade onde sempre residiu, daí o direito à indenização.”

Daí avulta a tese da responsabilidade *por omissão*.

Não foge ao nosso conhecimento o fato de que parte da doutrina contemporânea sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração quando o dano decorrer de uma omissão do Estado. Esse entendimento, capitaneado pelo ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Melo, pode ser resumido no seu ensinamento, que destaco a seguir:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...)

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente) seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. (in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, págs. 942/943)

No entanto, a meu entender, é preciso ponderar tais argumentos para o fim de se distinguir *omissão genérica* do Estado de *omissão específica*, ou seja, relativa ao fato específico.

Em hipóteses como a dos autos, a omissão do Estado, caso seja constatada, será *específica*, pois a inércia do Poder Judiciário seria a causa direta e imediata do não-impedimento da ocorrência do evento causador do dano e, nesse caso, é possível cogitar da *responsabilidade objetiva do Estado*, nos termos do art. 37, § 6º, CF/1988, sendo essenciais, à sua caracterização, somente o dano causado e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado danoso.

Esse entendimento, que ora adoto, já foi inclusive firmado pela Suprema Corte quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 109615-RJ, *in verbis*:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, *por ação ou por omissão*. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, *independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público*. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 1 31/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (RE 109615/RJ - Relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Julgado em 28/05/1996, v.u., DJ 02/8/1996, grifos meus)

Nesse sentido, colha-se, também, precedente do Superior Tribunal de Justiça: Resp nº 472.735, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, v.u., j. 10/6/2003.

Na presente espécie, portanto, somente se pode imputar responsabilidade ao Estado se ficar sobejamente demonstrado que a sua omissão tenha sido específica e curial ao não-empeço do fato ocasionador do dano.

Não basta, neste terreno, invocar, pura e simplesmente, a circunstância de ter decorrido 20 anos entre a propositura da ação penal e a sentença absolutória para ensejar a responsabilidade objetiva do Estado e o dever de indenizar.

É imprescindível comprovar que o serviço estatal se omitiu especificamente onde podia e tinha condições de evitar a falha e, por consequência, o dano.

Assevere-se que, por se tratar de fatos afirmados na petição inicial, o ônus de prová-los é do autor, não cabendo a sua inversão para impor à União a prova de ter agido de forma diligente.

Ora, como bem analisado pelo Relator, a espécie carece da demonstração de que a demora na prestação jurisdicional se atribui exclusivamente ao Estado.

Conforme se extrai dos elementos erigidos aos autos, há vários hiatos da tramitação processual, que não se sabe o que ocorreu, já que o autor não juntou provas. Em um caso como o presente, em que se pleiteia indenização fundada na demora na prestação judicial, a parte deve juntar cópias de todo o processo criminal, a fim de que se possa ver se efetivamente a demora pode ser imputada apenas ao Estado e se ele também não deu causa, até porque ele poderia, de má-fé, dar causa à demora para depois pleitear a indenização, embora isso não se presume, evidentemente.

O fato é que, por inércia probatória do autor, estou acompanhando o Relator pela sua conclusão, sob outra fundamentação, que também não é divergente, como já tem ocorrido em outros casos, apenas sob uma outra ótica.

Posto isto, acompanho o E. Relator, pelo resultado, para negar provimento à apelação da parte autora, nos termos da fundamentação supra.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELAÇÃO CÍVEL
0009250-21.2007.4.03.6102
(2007.61.02.009250-3)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 Apelado: ROBERTO RIVAS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
 Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
 Classe do Processo: AC 1278382
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA NÃO CAPITULADA COMO CRIME. INAPLICABILIDADE DOS PRAZOS PRESCRIONAIS PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL. ART. 23, II, DA LEI 8.429/92 C.C. INCISO I, DO ART. 142, DA LEI Nº 8.112/90. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA.

I. Na ausência de dispositivo sobre remessa oficial na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), aplica-se, por analogia, o art. 19 da Lei nº 4.717/1965, de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à remessa necessária. Resp 1.108.542-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19/5/2009.

II. O inciso II, do art. 23, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ao regulamentar a prescrição nas ações ajuizadas para apuração de ato de improbidade, dispõe que as ações destinadas a levar a efeito as sanções por ato de improbidade devem ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III. Sendo o réu servidor efetivo, a ele se aplica a lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, cujo artigo 142 e parágrafos, no tocante à prescrição, estabelece prescrever a ação disciplinar em cinco anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

IV. O parágrafo segundo do art. 142 da Lei nº 8112/90 estabelece que os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. Refere-se, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, prescritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Somente nesses casos, o prazo prescricional para a apuração da infração administrativa será aquele previsto para o delito relativo à mesma conduta.

V. A punição administrativa sem lei que lhe dê suporte ou o implemento de regra para a prescrição desvinculada do ordenamento jurídico importa risco de instalação de insegurança geral a ferir o Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

VI. Como corolário, se o delito não está tipificado no estatuto dos servidores públicos como causa de demissão, vedada está a punição administrativa por falta de amparo legal, também não se admitindo a aplicação dos prazos prescicionais do Código Penal

para apuração da falta administrativa.

VII. Os fatos imputados ao réu são atos de improbidade que se enquadram no inciso IV do art. 132, da lei 8.112/90 e não configuram ao mesmo tempo infração penal, exceção feita ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cujo inquérito já fora sumariamente arquivado por falta de provas do interesse ou sentimento pessoal.

VIII. Considerando que o réu teria cometido atos de improbidade sem correspondente previsão da conduta no Código Penal, o prazo para o ajuizamento da presente ação é de cinco anos (art. 142, I, da Lei 8.112/90).

IX. Conhecidos os fatos em 03/2000 e ajuizada a ação em 18/07/2007, de rigor a manutenção da r. sentença que extinguiu o feito com julgamento do mérito, em razão da prescrição, com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90 e art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas e honorários.

X. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se apelação interposta pelo Ministério Público Federal em face de sentença que reconheceu a prescrição de ação civil pública ajuizada em face de Roberto Rivas.

O Ministério Público Federal na inicial da ação civil pública aduz que, conquanto não responsabilizado o réu na esfera administrativa, por força do princípio da independência de instâncias, demonstrará ter praticado atos de improbidade administrativa, enquanto lotado e em exercício como Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal do Serviço de Inspeção Federal - S.I.F. - na DFA/SP Regional de Barretos/SP, vinculada a UTRA/Araraquara, consistentes em atos incompatíveis com o decoro e atribuição do cargo, notadamente: 1) *a não verificação* dos prazos de empacotamento e validade (05/01/2000) dos 75.740 kg (setenta e cinco mil, setecentos e quarenta quilogramas) de bacalhau norueguês quando deram entrada na sede da empresa COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA., situada na avenida Marginal, nº 1422, Distrito Industrial III, na cidade de Bebedouro/SP; 2) *a não verificação* do prazo de validade na ocasião em que retirou amostras do bacalhau armazenado para análise no Instituto Adolpho Lutz em 04/11/1999; 3) *a prestação de informações falsas* aos Policiais, Promotores de Justiça e Agentes de Vigilância Sanitária durante diligências realizadas no estabelecimento COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; 4) *a lacração tardia* do pescado, a qual somente se deu após notícias veiculadas pela imprensa, o que gerou a *introdução no mercado de produtos impróprios ao consumo*; e 5) *a prática de crime contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa*.

Informa ter sido instaurado e arquivado inquérito policial para a averiguação de cometimento do crime previsto no art. 319, do Código Penal. O réu também foi denunciado como incurso nos crimes do art. 7º, incisos II, III, IX, da Lei nº 8.137/90, nos artigos 299, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, no artigo 11, *caput* e 12, inciso II ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal.

Alega o MPF restar evidente a conduta omissiva do servidor e descumprimento das determinações da Lei 1.283/50, do Decreto nº 30691/52 e do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tomou ciência do recebimento do bacalhau norueguês em 10/99, e de sua futura comercialização pela empresa ADRIANO COSELLI S/A somente na Páscoa de 2000, em prejuízo dos consumidores. Deveria o réu verificar a data de validade dos produtos, mas, ao contrário, permitiu que parte considerável do pescado armazenada pela empresa COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA, cerca de 40.000 kg e vencido desde 05/01/2000 fosse retirado, reprocessado e inserido no comércio pela empresa ADRIANO COSELLI S/A, inadmissível para um agente de inspeção sanitária há mais de vinte e três anos, nove deles na cidade de Bebedouro/SP.

Somente quando se tornou público e notório que a empresa ADRIANO COSELLI S/A estava manipulando e adulterando produtos antes de introduzi-los em circulação, Roberto Rivas providenciou a verificação do rótulo do pescado e constatou que o prazo de validade já havia expirado. Ao depois, tentou encobrir a comercialização do pescado com prazo de validade vencido.

Ao assim proceder, Roberto Rivas permitiu, dolosamente, que produtos impróprios ao consumo fossem expostos à venda, o que configura prática de atos de improbidade administrativa, por ofensa a princípios da Administração Pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, com desvio de finalidade), previstos no art. 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Destacou que as condutas ímprobas perpetradas por Roberto Rivas não estão prescritas, pois a despeito de terem sido descobertas nos anos de 1999 e 2000, o que, em tese, atrairia a aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto nos art. 23, II da Lei nº 8.429/82 c.c. art. 142, I, da Lei nº 8.112/90, considerando o disposto no § 2º, do artigo 142, da Lei nº 8.112/90, o prazo de prescrição é aquele previsto na lei penal.

A conduta do requerido enquadrar-se-ia nos artigos 288, 299 ambos do Código Penal e incisos II, II e IX, do art. 7º, art. 11, *caput*, e inciso II, do art. 12, todos da Lei nº 8.137/90, sendo doze anos para a prescrição da presente ação, com base no inciso III, do art. 109, do Código Penal.

Requeru, por derradeiro, notificação do requerido para manifestação por escrito, nos termos do parágrafo 7º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92; após o recebimento da inicial, a citação do requerido para resposta nos termos do art. 17, § º, da Lei nº 8.429/92; intimação da União; aplicação das penalidades do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92; juntada do procedimento administrativo nº 1.34.010.000532/2001-83; decretação de tramitação sob sigilo e produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Deu à causa o valor de R\$ 1.000,00, em 17 de julho de 2007.

À fl. 27, o magistrado *a quo* decretou o segredo de justiça e determinou a notificação do réu para oferecer manifestação nos termos do parágrafo 7º, do art. 17, da lei nº 8.429/92.

Em sua manifestação, às fls. 32/41, Roberto Rivas assevera que os fatos ocorreram em 15.03.2000 e somente em julho de 2007 foi ajuizada a presente ação, sendo de se reconhecer a prescrição. Alega que o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, pois na esfera administrativa não foi responsabilizado e por responder a processo crime em relação aos mesmos fatos. Aduz que não restou comprovada a violação aos princípios administrativos citados na inicial, pois ao final se apurou que o pescado estava apto ao consumo, liberado por ordem judicial após perícia do instituto Adolfo Lutz. Além disso, alega nunca ter se relacionado com as empresas que comercializavam o pescado.

Conforme narra em sua manifestação, no dia da coleta observou somente a embalagem primária que acompanhava o produto para o consumo. Nela constava como data de empacotamento janeiro de 1999 e validade de 2 anos, e não imaginava que as etiquetas externas fixavam outro prazo de validade.

Alega que a lacração tardia se deu em função da dificuldade de se detectar os produtos vencidos em armazém com 8.000 toneladas e mais de 1.000 itens e que cabia a COMFRIO comunicar a existência de mercadoria vencida. Não houve crime contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa pois o instituto Adolfo Lutz atestou que os produtos estavam em conformidade com as determinações legais, conquanto posteriormente tenham sido condenadas ao aterro sanitário.

Por fim, esclarece que tem 30 anos de atividade e está no final da carreira, cuja conduta sempre foi ilibada, sendo-lhe humanamente impossível acompanhar todas as cargas de mercado interno, pois um agente deveria acompanhar apenas uma empresa, e hoje acompanha cinco, dada a falta de pessoal para inspeção. Defende que o procedimento por ele adotado foi o correto na oportunidade e dentro de suas possibilidades humanas. Requer a improcedência do pedido. Juntou: cópia do ofício circular 004/98 determinando que as empresas com SIF notifiquem diariamente as respectivas Inspeções Federal, sobre a armazenagem de produtos de origem animal que apresentarem qualquer alteração de normalidade (fl. 44); resultado da análise do bacalhau norueguês armazenada na Comfrio Armazéns Gerais Ltda. realizada pelo Instituto Adolfo Lutz, que, em 30.11.99, concluiu estar o produto de acordo com a legislação em vigor (fl. 45); *Boletim de ocorrência datado de 15/03/00* da busca e apreensão do pescado com prazo de validade vencido (fl. 46/47); depoimento testemunhal de Apparicio Penteado Junior (fl. 48); ofício do chefe do SIPA, que, à vista da determinação do Juízo Criminal, determinou a liberação do pescado apreendido (fl. 49); cópia ofício do Juízo Criminal e autorização do Delegado de Polícia para liberação do pescado (fls. 50/52); declaração do Serviço Público Federal (fl. 53); certificados de aterro sanitário do pescado (fls. 54/55); declaração de Imposto de Renda (fls. 56/65); termos de condenação do pescado (fls. 66/70);

Nos termos dos parágrafos 8º e 9º, do art. 17, da lei 9.249/92, em *sentença* de fls. 72/81, o MM. Juiz de primeiro grau julgou extinto o feito com julgamento do mérito e rejeitou a ação, em razão da prescrição, com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90 e art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas e honorários advocatícios, porque o Ministério Público Federal figura como autor da ação.

Irresignado, o Ministério Público Federal apresentou recurso de *apelação*, juntado às fls. 86/96, sustentando inoccorrência de prescrição pois a conduta concretizada pelo recorrido amolda-se aos fatos típicos previstos no art. 7, inciso II, III, IX, da Lei nº 8137/92, nos artigos 288, *caput* e 299, *caput*, ambos do Código Penal, nos artigos 11, *caput*, e 12, *inciso* II, ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal, razão pela qual o prazo prescricional

para a presente ação civil pública deve obedecer os mesmos prazos estipulados no art. 109 do Código Penal.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Eg. Corte.

Em seu *parecer*, o Procurador Regional da República opinou pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público Federal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Inicialmente, no que tange à submissão do *decisum* ao reexame necessário, conquanto ausente previsão legal, à semelhança do que ocorre com a ação popular, de acordo com a jurisprudência Colendo Superior Tribunal de Justiça, publicada no informativo STJ nº 0395, relativo ao período de 18 a 22 de maio de 2009, no caso de improcedência do pedido, submete-se a sentença ao reexame necessário, aplicando-se por analogia a lei da ação popular, conforme abaixo transcrito:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA.

Na ausência de dispositivo sobre remessa oficial na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), busca-se norma de integração dentro do microssistema da tutela coletiva, aplicando-se, por analogia, o art. 19 da Lei nº 4.717/1965. Embora essa lei refira-se à ação popular, tem sua aplicação nas ações civis públicas, devido a serem assemelhadas as funções a que se destinam (a proteção do patrimônio público e do microssistema processual da tutela coletiva), de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à remessa necessária. De tal sorte, a sentença de improcedência, quando proposta a ação pelo ente de Direito Público lesado, reclama incidência do art. 475 do CPC, sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Ocorre o mesmo quando a ação for proposta pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, dessa feita, a regra do art. 19 da Lei da Ação Popular, uma vez que, por agirem os legitimados em defesa do patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida contra a União, estado ou município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso do Ministério Público, concluindo ser indispensável o reexame da sentença que concluir pela improcedência ou carência da ação civil pública de reparação de danos ao erário, independentemente do valor dado à causa ou mesmo da condenação. REsp 1.108.542-SC, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 19/5/2009.

Quanto à matéria de fundo, na inicial imputa-se ao réu a prática de atos que importam em descumprimento de normas legais, atentando contra os princípios da administração pública, com a conseqüente aplicação das penalidades previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, descritas, em resumo: *1) não verificação* dos prazos de empacotamento e validade (05/01/2000) dos 75.740 kg de bacalhau norueguês quando deram entrada na sede da empresa

COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; 2) *não verificação* do prazo de validade na ocasião em que retirou amostras do bacalhau armazenado para análise no Instituto Adolpho Lutz em 04/11/1999; 3) *prestação de informações falsas* aos Policiais, Promotores de Justiça e Agentes de Vigilância Sanitária durante diligências realizada no estabelecimento COMFRIO ARMAZÉNS GERAIS LTDA; 4) *lacrção tardia* do pescado, o que gerou a introdução no mercado de produtos impróprios ao consumo; e 5) *prática de crime* contra a relação de consumo, falsidade ideológica e associação criminosa.

Especifica o Ministério Público Federal ter Roberto Rivas, ao permitir a introdução de produtos impróprios ao consumo no mercado, cometido atos de improbidade administrativa, por ofensa a princípios da Administração Pública, previstos no art. 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992:

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;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Em resumo, o juiz de primeiro grau reconheceu a prescrição da pretensão por entender que o prazo aplicável na hipótese dos autos é de cinco anos, consoante previsão do art. 142, I, da Lei 8112/90 c.c. 23, da Lei 8249/92, considerando a ciência dos fatos em 15.03.00 e a data do ajuizamento da ação em 18/07/2007.

Assim o fez por entender não se aplicar à espécie os prazos prescricionais previstos no Código Penal, pois dada a incidência do princípio da *tipicidade cerrada*, fica evidente que os fatos e a conduta descrita na inicial, que se amoldam nos incisos I e II, do art. 11, da lei 8429/92 (praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência e/ou retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício) não se encaixam em tipos penais indicados na mesma inicial, exceção feita ao crime de prevaricação, cujo inquérito já fora arquivado.

O Ministério Público Federal, por sua vez, em seu apelo, alega inoccorrência de prescrição, ao argumento de serem aplicáveis os prazos previstos no Código Penal, à conta de a conduta do recorrido amoldar-se aos fatos típicos previstos no art. 7, inciso II, III, IX, da Lei nº 8137/92, nos artigos 288, *caput* e 299, *caput*, ambos do Código Penal, nos artigos 11, *caput*, e 12, *inciso* II, ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal.

Assevera o MPF que *não é necessária a existência de crime com capitulação idêntica à da infração disciplinar*. Na realidade, o que consta do artigo 142, § 2º, da Lei 8112/90 é que em casos onde a conduta do agente se amolde não só a uma infração disciplinar, mas também

a um crime, deve-se aplicar o prazo prescricional destinado a este. Sob este aspecto, o próprio réu requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito por responder a processo criminal cuja acusação é a mesma dos autos.

Como se vê, a questão posta a desate cinge-se à análise da necessidade *de existir ou não crime com capitulação idêntica à da infração disciplinar* para se aplicar os prazos de prescrição previstos no art. 109, do Código Penal, para a ação de improbidade.

Sob esse aspecto, o art. 23, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ao regulamentar a prescrição nas ações ajuizadas para apuração de ato de improbidade, dispõe:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. (g.n.)

Sendo o réu servidor efetivo, a ele se aplica a lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, cujo artigo 142 e parágrafos, no tocante à prescrição, estabelece:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. (g.n.)

O art. 132 da Lei nº 8.112/90 traz o rol de infrações disciplinares:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Conforme legislação supracitada, no caso de infrações disciplinares não capituladas como crime, o prazo prescricional para a apuração da falta disciplinar, cujo termo inicial será a data em que o fato se torna conhecido, será de cinco anos, dois anos ou cento e oitenta dias, de acordo com a gravidade do ato.

Nas infrações *disciplinares capituladas também como crime*, os prazos de prescrição serão aqueles previstos na lei penal, a teor do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90.

No rol das infrações disciplinares do estatuto dos servidores públicos federais, apenas as infrações constantes dos incisos I e VII, do art. 132, são também capituladas como crime, casos em que apesar da pena prevista para a infração disciplinar ser a demissão, o prazo da prescrição para a ação de improbidade é o previsto no art. 109 do CP para o crime correspondente.

As infrações disciplinares e os prazos para apuração das faltas foram estabelecidas originalmente no antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, revogado pela Lei nº 8112/90.

A título ilustrativo, para melhor compreensão, cumpre trazer a lume a redação do antigo artigo 213, da Lei 1.711/52:

Art. 213. Prescreverá:

I - em dois anos a falta sujeita às penas de repreensão, multa ou suspenso;

II - em quatro anos a falta sujeita:

a) a pena de demissão, no caso do § 2º do art. 207;

b) a cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Parágrafo único. A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este.

O parágrafo único, do art. 213, da Lei nº 1.711/52 foi substituído pelo § 2º, do art. 142, da Lei 8.112/90, cuja redação, conforme outrora transcrito, passou a ser: “os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.”

Os dispositivos citados são claros em estabelecer, em outras palavras, que somente quando a falta administrativa também esta tipificada na lei penal, o prazo prescricional para a punição da infração será o da lei penal.

O parágrafo segundo do art. 142 da Lei nº 8112/90 refere-se, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, prescritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Somente nesses casos, o prazo prescricional para a apuração da infração administrativa será aquele previsto para o delito relativo à mesma conduta.

Diferentemente, os crimes comuns, desvinculados de ato praticado contra a Administração Pública por servidores públicos, podem dar ensejo, como efeito da condenação, à perda do cargo. Todavia, somente poderiam dar causa à demissão ou aplicação de outra penalidade administrativa, se praticado por servidor e especificamente tipificados como falta administrativa no estatuto do funcionário público, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

De fato, a punição administrativa sem lei que lhe dê suporte ou o implemento de regra para a prescrição desvinculada do ordenamento jurídico importaria risco de instalação de insegurança geral a ferir o Estado Democrático de Direito, sem o qual não se pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Aliás, não se pode admitir interpretação extensiva nos casos que impliquem aplicação de penalidade, sendo de se dar destaque ao princípio da tipicidade cerrada, como o fez o MM. juiz *a quo*.

Por outro turno, os ilícitos penais são punidos pela autoridade criminal competente. Os efeitos de eventual condenação operam reflexos na seara administrativa, notadamente quando o agente é servidor público. Todavia, quando se trata de crimes comuns sem correspondente tipificação no estatuto não podem dar ensejo à punição administrativa.

Como corolário, se o delito não está tipificado no estatuto dos servidores públicos como causa de demissão, vedada está a punição administrativa por falta de amparo legal, bem como não se admite a aplicação dos prazos prescricionais do Código Penal para a apuração da falta administrativa sem correspondente capitulação criminal.

Assim, a contagem dos prazos prescricionais pelo art. 109, do Código Penal para a apuração das infrações administrativas e, de consequente, atos de improbidade, somente se aplica às infrações administrativas também tipificadas pela lei penal, hoje previstas nos artigos 312 a 326 (Crimes contra a Administração Pública), e não às hipóteses de crimes comuns praticados por servidores públicos.

A propósito, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PAD. ILÍCITO ADMINISTRATIVO DE NATUREZA GRAVE. CONDUTA PREVISTA NO ART. 43, XLVIII, DA LEI Nº 4.878/1965. CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME NA ESFERA PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NÃO CONFIGURADA. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. PRECEDENTES EM SENTIDO CONTRÁRIO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO SUPERINTENDENTE DA POLÍCIA FEDERAL DE SÃO PAULO. DELEGAÇÃO FORMAL E LEGAL.

1. A Lei nº 8.112/1990, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos da prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime.

2. Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público (RMS nº 13.934/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 12/8/2003).

3. É legal a delegação de competência ao Superintendente Regional da Polícia Federal para designar membros de Comissão Disciplinar Permanente. Precedentes.

4. Segurança denegada. (grifos não originais)

(MS 14.893/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça que demitiu o impetrante do cargo de Agente de Polícia Federal, por meio da Portaria nº 4.031, de 14 de dezembro de 2010, em face do enquadramento em infrações previstas no inciso IX do art. 43 da Lei 4.878 e inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/90.

2. A Lei nº 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal as situações em que as infrações disciplinares constituam também condutas tipificadas como crime - o que ocorre na hipótese, haja vista que as infrações administrativas imputadas ao impetrante, em especial o recebimento de vantagem financeira em troca do fornecimento de informações privilegiadas a pessoa investigada (art. IX do art. 43 da Lei 4.878/65) também se configura como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Precedentes: MS 16567/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/11/11; MS 15462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22/3/11; MS 14040/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis, Terceira Seção, DJe 23/8/11.

3. Assim, fazendo o cotejo do art. 317 do CP com o art. 109 do CP, segundo o qual a prescrição, antes de proferida a sentença condenatória, é regulado pela pena máxima cominada para o delito, o prazo prescricional em abstrato atinge 16 anos. Nesse contexto, ainda que considerado o conhecimento dos fatos imputados ao impetrante em 2000, não se pode afirmar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva disciplinar, uma vez que a mesma somente se esgotaria em 2016.

4. O indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa. Precedentes: REsp 1216473/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 9/5/11; MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29/4/10.

5. Segurança denegada. (grifos não originais)

(MS 16.075/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/03/2012)

Na hipótese vertente, o réu é acusado de cometer ato correspondente à infração disciplinar não tipificada como infração penal (art. 11, incisos I e II, da Lei 8429/92) (praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso do previsto, retarda ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício).

Apenas algumas infrações disciplinares do arts. 132 e 117, da Lei 8.112/90 são capituladas ao mesmo tempo como crime.

Os fatos imputados ao réu são atos de improbidade que se enquadram no inciso IV do art. 132, da lei 8.112/90 e não configuram ao mesmo tempo infração penal, exceção feita ao crime de prevaricação (art. 319, CP), cujo inquérito já fora sumariamente arquivado por falta de provas do interesse ou sentimento pessoal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, de absolvição por delito que também configurava infração disciplinar, assim decidiu:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.671 - BA (2009/0197703-1)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

(...)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM CAPITULADA COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. UTILIZAÇÃO, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO SE MOSTRA AJUSTADO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...)

Ao julgar o mandado de segurança, o Tribunal de Justiça da Bahia denegou a segurança à vista dos fundamentos sintetizados nesta ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR. PROCESSO DISCIPLINAR. IDENTIDADE ENTRE O ILÍCITO FUNCIONAL E O DELITO. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NA LEI PENAL. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS DE RESPONSABILIDADE. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MANTIDA. SEGURANÇA DENEGADA.

- ‘Em se tratando de infrações disciplinares também capituladas como crimes, o prazo a ser observado na instância administrativa é aquele previsto na legislação penal’ (RESP 13915/SP, DJ 02/08/04 p. 659).

Esta orientação tem previsão expressa no art. 31 § 1º do Estatuto do Servidor Policial Civil aplicável ao caso do Impetrante e vem sendo repetida na legislação posterior.

- As esferas de responsabilidade penal e administrativa são independentes, de modo que a absolvição criminal com fundamento na insuficiência de provas não é capaz de elidir a falta funcional.

- Segurança denegada”.

(...)

Brevemente relatado, decido.

Foram estes os fundamentos apresentados pelo Tribunal de Justiça para afastar a alegação de prescrição:

(...)

Nesse ponto vale ressaltar que a falta funcional não está atrelada à sorte de eventual processo criminal instaurado para apurar a existência do delito decorrente dos mesmos fatos. O comando legal é unívoco no sentido de que os prazos da lei penal serão computados no âmbito do processo administrativo, não havendo qualquer vinculação entre a efetiva aplicação da prescrição a ser considerada pelo Juízo Criminal e o desfecho da ação disciplinar.

[...]

Nesta ordem, fácil constatar que os fatos imputados ao impetrante - libertar presos de forma irregular, mediante promessa de vantagem indevida - amoldam-se, perfeitamente, à conduta descrita no art. 317, § 1º, do Código Penal, como corrupção passiva, cominando-lhe pena máxima de 12 (doze) anos de reclusão, forçoso concluir pela aplicação do prazo prescricional prevista no art. 109, II, do referido diploma, que é de 16 (dezesesseis) anos.

Sendo assim, não restam dúvidas de que, desde a ocorrência da infração disciplinar até a aplicação da penalidade correlata não chegou a transcorrer o prazo estatuído na lei penal, eis que o decreto demissionário foi editado cerca de 8 (oito) anos depois da prática da infração apontada.

Ainda que assim não fosse, ao se cogitar da aplicação da lei posterior, em homenagem ao princípio da aplicação da lei mais favorável, igualmente estaria afastada a aludida prescrição porque o art. 203, § º, da Lei nº 6.677/94 possui regra idêntica:

“Art. 203 - A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º - Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º - A abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente”.

Oportuno, ainda, salientar que o STJ já enfrentou, por diversas vezes, a questão da contagem do prazo de prescrição administrativa quando a infração disciplinar também constituir crime, estando amplamente confirmada sua aplicação independentemente da conclusão ou mesmo da instauração de procedimento criminal.

Com efeito, ao assim decidir, o Tribunal de Justiça da Bahia destoa da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Conquanto a *legislação estadual preveja que, em se tratando de infração administrativa também capitulada como crime a prescrição é regulada pela lei penal, é de ser levado em conta o entendimento que aqui predomina no sentido de que, “nos casos em que o ilícito penal não for apurado ou o servidor for absolvido no processo criminal, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional”* (RMS nº 15.585/RS, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 3/4/2006).

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FATO TIPIFICADO COMO CRIME NA LEI PENAL. ABSOLVIÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL E ABOLITIO CRIMINIS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA. COMUNICAÇÃO DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça e nos termos da legislação estadual, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos casos em que o servidor pratica ilícito disciplinar também capitulado como crime, deve observar o disposto na legislação penal. Porém, nos casos de absolvição no processo criminal ou de abolitio criminis, aplica-se o disposto na legislação administrativa.

[...]

4. Agravo regimental improvido”.

(AgRg no RMS nº 32.363/RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 15/3/2011)

No caso ora examinado, conquanto seja incontroverso que foi oferecida denúncia contra o recorrente, por incidir no tipo descrito no art. 317, § 1º, do Código Penal (fls. 41/43), tampouco há dúvida de que foi ele absolvido dessa acusação, por sentença transitada em julgado, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal (fl. 47).

Diante disso, a conclusão que se impõe, na linha da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é a de que não se faz possível aplicar o prazo prescricional disciplinado pela lei penal.

Fixado esse entendimento, observo que o Tribunal de origem não apreciou a questão da prescrição com enfoque na legislação estadual que trata do processo administrativo disciplinar. Não há, contudo, como examinar a matéria sob essa perspectiva, aqui e agora, porquanto, na linha da nossa jurisprudência, “é vedado ao Superior Tribunal de Justiça a discussão, em sede de recurso ordinário, de matéria não debatida na origem, por caracterizar supressão de instância” (RMS nº 16.927/ES, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 24/4/2006).

(...)

À vista do exposto, dou provimento, em parte, ao recurso ordinário para afastar a incidência, no caso dos autos, dos prazos prescricionais previstos na lei penal; em consequência, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que, renovando o julgamento do mandado de segurança, decida, como entender de direito, a questão da prescrição, mas agora com enfoque na legislação estadual que regula o processo administrativo disciplinar. Publique-se.

Brasília, 15 de outubro de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

(Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 17/10/2012) (grifos não originais).

Por outro lado, ainda que o réu tenha sido denunciado como incurso nos crimes do art. 7º, incisos II, III, IX, da Lei nº 8.137/90, nos artigos 299, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, no artigo 11, *caput* e 12, inciso II ambos da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 69, *caput*, do Código Penal, a perda do cargo decorreria dos efeitos penais de eventual condenação e não da sanção em processo disciplinar.

Ainda, cumpre lembrar que os crimes dos artigos 288, 299, do CP e art. 7º, II, III, e IX, art. 11, *caput* e art. 12, II, da Lei 8.137/90, não são capitulados como infrações disciplinares sujeitas à pena de demissão, o que afasta a previsão do art. 109 do Código Penal, consoante já explicado.

De outro giro, e de conformidade com entendimento consolidado no C. STJ desde 30.09.2008, REsp 1069779, e outros mais recentes (Resp 902.166), a ação de ressarcimento do erário por improbidade administrativa é imprescritível, de modo que o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) - que prevê o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação das sanções previstas nessa lei - disciplina apenas a primeira parte do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que, em sua parte final, ressalva as respectivas ações de ressarcimento. Assim, prescreve em cinco anos a punição do ato ilícito, mas a pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao erário é imprescritível.

Todavia, a hipótese dos autos não trata de ressarcimento, pois, conquanto requeira o autor sejam aplicadas as penas do art. 12 da Lei de improbidade, não há descrição e valoração de eventual dano ao erário. Também não há comprovação de dano, até porque, em princípio, há cópia do laudo do Instituto Adolfo Lutz atestando estar o pescado de acordo com a legislação. Além disso, a rejeição da inicial foi sumária, impedindo a produção de provas.

Finalmente, considerando que o réu teria cometido atos de improbidade, listados no inciso IV, do artigo 132, da Lei 8.112/90, e incisos I e II, do art. 11, da Lei 8.429/82, sem correspondente previsão da conduta no Código Penal, o prazo para o ajuizamento da presente ação é de cinco anos (art. 142, I, da Lei 8.112/90).

Conhecidos os fatos em 15/03/2000 (fls. 46/47) e ajuizada a ação em 18/07/2007, de rigor a manutenção da r. sentença que reconheceu a prescrição.

Custas e honorários nos termos da r. sentença.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial, tida por submetida.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0008305-68.2011.4.03.6110
(2011.61.10.008305-4)

Apelante: PRIMO SCHINCARIOL IND/ DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AMS 337030
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2013

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 470/09. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SOROCABA/SP. PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL EM SOROCABA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRAZO PARA ENCERRAMENTO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE. LEI Nº 11.457/07.

1. As autoridades impetradas, responsáveis pela prolação da decisão do pedido formulado administrativamente, também o são pelo controle dos prazos de duração do processo administrativo, de modo a preservar as garantias dos contribuintes albergadas na Constituição Federal e na legislação ordinária.

2. O pedido de reconhecimento de adesão à anistia, previsto na MP 470/09, não pode ser apreciado na quadra deste “mandamus”, tendo em vista que não há ato coator a respeito e tampouco foram trasladadas, em sua inteireza, as peças que compõem o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

3. Quanto ao processo administrativo nº 13876.000891/2009-93, aplica-se o artigo 24 da Lei nº 11.457/2007, conforme entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

4. A Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no regime dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC, firmou entendimento segundo o qual o art. 24 da Lei nº 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Estabeleceu ainda que, ante a natureza processual fiscal desta norma, deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

5. *In casu*, considerando que o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi instaurado em 30/11/2009, verifica-se ter decorrido prazo superior aos 360 (trezentos e sessenta) dias previstos pelo artigo 24 da Lei nº 11.457/07.

6. Apelação parcialmente provida, para fixar o prazo de até 30 (trinta) dias para prolação de decisão no processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator):

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A, objetivando que a autoridade impetrada aprecie o pedido de inclusão no parcelamento da MP nº 470/09, informando o valor da dívida consolidada, utilizando-se do saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, afastando-se ainda as restrições impostas pelo artigo 8º, § 1º, da Portaria PGFN/RFB nº 09/2009.

Requer ainda seja determinada a suspensão da ordem de conversão em renda dos depósitos judiciais realizados nos autos nº 0028978-32.2000.4.03.0399 ou, ainda, tornada a ordem sem efeito, até que haja decisão definitiva na presente ação.

Pleiteia, também, a suspensão da cobrança dos honorários advocatícios fixados no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399, até decisão definitiva nestes autos.

Foi proferida sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito, com fundamento na ilegitimidade passiva “ad causam”, quanto ao pedido de análise da inclusão da impetrante na anistia prevista pela MP nº 470/09. Com relação aos pedidos de suspensão ou declaração da ineficácia da ordem de conversão em renda dos depósitos judiciais realizados no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399 e pedido de suspensão da cobrança dos honorários advocatícios fixados nestes autos, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC.

Irresignada, apela a impetrante pugnando pela reversão do julgado.

Com contrarrazões da União Federal, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela legitimidade ativa das autoridades impetradas, e manutenção da sentença quanto aos demais aspectos, dando parcial provimento à apelação para que seja proferida decisão de mérito.

Às fls. 329/378, a impetrante, ora apelante, requer a concessão de ordem de sobrestamento do levantamento dos depósitos no processo nº 0028978-32.2000.4.03.0399.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator):

Inicialmente, quanto ao pedido de suspensão da conversão em renda da União dos depósitos realizados na ação de rito ordinário nº 0028978-32.2000.4.03.0399, a questão, por óbvio, deve ser examinada e decidida nos autos da referida demanda, haja vista que os depósitos estão à disposição daquele Juízo. Daí o acerto da sentença proferida no que toca especificamente a este ponto.

Passo ao exame da matéria relativa à ilegitimidade passiva.

De acordo com a dicção da peça informativa de fls. 217/225, o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi remetido para a CODAC/DAPAR, conforme documento de fl. 239.

Não obstante, é certo que a decisão administrativa, em momento vindouro, vale dizer, após o retorno do processo administrativo, deverá ser firmada pelas autoridades impetradas.

Aliás, a própria Receita Federal, nas informações prestadas (fls. 217/225), afirma que “o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 está tramitando, tendo esta DRF/SOROCABA adotado as providências determinadas na Nota Parcelamento MP 470/2009 nº 003/2010, e neste momento aguarda as providências que serão adotadas pela CODAC/DAPAR para, *após, tomar as demais medidas que se fizerem necessárias.*”

Ainda quanto a este ponto, observo que, ao contrário do que afirma o magistrado singular, o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 não será apreciado, em sua inteireza, pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário - DRF - ANA - Goiás.

Deveras, segundo as informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba, o processo administrativo em referência foi encaminhado para a DRF de Goiás porque albergava também, e não exclusivamente, “créditos administrados pela DRF/ANÁPOLIS/GO”, conforme dicção da peça de fl. 220.

A par disto, saliento que o pedido formulado nos autos do processo administrativo guarda correlação estrita com os depósitos realizados nos autos da ação de rito ordinário nº 13876.000891/2009-93, feito que teve trâmite perante a Justiça Federal de Sorocaba, vale dizer, no foro vinculado ao domicílio fiscal do impetrante.

Daí a legitimidade das autoridades impetradas, razão pela qual afasto a decisão de primeira instância neste aspecto e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, passo ao exame da controvérsia.

Quanto ao mérito, desde logo anoto que o pedido de reconhecimento de adesão à anistia, prevista na MP 470/09, não pode ser apreciado na quadra deste “mandamus”, tendo em vista que não há ato coator a respeito e tampouco foram trasladadas, em sua inteireza, as peças que compõem o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93.

Destarte, passo ao exame do pedido relativo ao trâmite regular do processo administrativo acima referido.

Quanto ao processo administrativo nº 13876.000891/2009-93, aplica-se o artigo 24 da Lei nº 11.457/2007, conforme entendimento sufragado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Com efeito, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no regime dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC, firmou entendimento segundo o qual o art. 24 da Lei nº 11.457/07 estabelece a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias, a contar do protocolo do pedido formulado pelo administrado, mesmo naqueles requerimentos efetuados antes da entrada em vigor da referida lei. Estabeleceu ainda que, ante a natureza processual fiscal desta norma, deve ser aplicada imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

O Recurso Representativo da Controvérsia vem assim ementado:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do processo administrativo fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. *Ad argumentandum tantum*, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do *thema judicandum*, *in verbis*:

“Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.”

5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24,

preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, *litteris*:

“Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciasse de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento *sub judice*. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 01/09/2010)

Assim sendo, consoante referido precedente, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos efetuados após o advento deste diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias, contados a partir da data do protocolo.

Saliento, por derradeiro, que o pedido administrativo, em discussão nestes autos, foi protocolizado já na vigência da Lei nº 11.457, de 16.03.2007.

In casu, considerando que o processo administrativo nº 13876.000891/2009-93 foi instaurado em 30/11/2009, verifica-se ter decorrido prazo superior aos 360 (trezentos e sessenta) dias previstos pelo artigo 24 da Lei nº 11.457/07.

Ante o exposto, considerando o tempo decorrido, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento à apelação, para que a autoridade impetrada profira, em até 30 (trinta) dias, decisão no processo nº 13876.000891/2009-93.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

- Sobre o prazo de 360 dias, estabelecido pela Lei nº 11.457/2007, para proferimento de decisão administrativa no âmbito da administração tributária federal, veja também o seguinte julgado: AMS 0008397-47.2009.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 102/535.

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0001475-06.2008.4.03.6106
(2008.61.06.001475-1)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: ADRIANA REGINA GONCALVES MENEZELLO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 1742029
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

DIREITO PRIVADO. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. CONTA INATIVA. PAGAMENTO DE TARIFAS. DESCABIMENTO.

I - Hipótese em que o contrato firmado não especifica o tipo de conta aberta, tendo a CEF fornecido à autora carteirinha indicativa de “Poupança da Caixa”, não havendo que se falar em pagamento de tarifas bancárias.

II - Ausência de notificação ao correntista informando sobre o lançamento dos débitos.

III - Danos morais configurados.

IV - Recurso desprovido.

V - Agravo retido prejudicado.

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 e julgar prejudicado o agravo retido nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de novembro de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação de indenização ajuizada por ADRIANA REGINA GONÇALVES MENEZELLO em face da CEF - Caixa Econômica Federal visando a declaração de inexigibilidade da cobrança dos débitos lançados em sua conta e a indenização por danos morais no valor equivalente a 30 salários mínimos.

Às fls. 92/92-v consta deferimento do pedido de tutela antecipada.

Através da sentença de fls. 104/107 o MMº. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes, tornando nulos os débitos advindos dos lançamentos efetivados pelo banco e determinando a exclusão do nome da autora dos Cadastros de Proteção ao Crédito, ao fim condenando a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00.

Apelou a CEF requerendo o julgamento de agravo retido interposto e a reforma da sentença sob o fundamento de ausência de dano indenizável.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e a condenação da CAIXA ao pagamento de indenização por danos morais.

Alega a autora, em síntese, que ao tentar obter um empréstimo pessoal junto ao banco BRADESCO foi informada que seu nome estava inscrito no SERASA por apontamento da CEF e, tendo buscado informações, apurou que o débito derivava de tarifas, taxas e demais encargos de sua conta corrente junto à CEF.

Afirma desconhecer a abertura da mencionada conta corrente e se recordar apenas de ter aberto uma conta poupança que encontra-se inativa, cujo número coincide com o indicado no SERASA.

Aduz que tratando-se de conta poupança não há motivos para pagamento de taxas, tarifas ou quaisquer despesas, e que na época, abriu a referida conta sob sugestão do gerente da CEF para acelerar o recebimento do valor referente à hipoteca imobiliária.

Narra ter recebido uma carteirinha com indicação “conta poupança” e que logo após o recebimento do dinheiro comprou uma casa, deixando a conta inativa.

A CEF, por sua vez, alega que “a autora abriu conta corrente em 26/08/2004. Portanto, antes da alegada venda do imóvel (04/09/2004). Além disso, a autora não quitou o financiamento com o dinheiro da venda da casa, mas com a utilização de recursos do FGTS, em 25/08/2004, conforme extrato da conta vinculada anexo. Demais, a autora contratou ainda a abertura de um crédito rotativo (cheque especial) em 03/09/2004.”

Afirmou ainda que é praxe de alguns empregados da agência ao abrir a conta corrente fornecer o número da conta ao cliente utilizando uma carteirinha de poupança, ante a inexistência de outro documento apropriado para a conta corrente, alegando que a autora contratou conta corrente e cheque especial e foi negligente ao abandoná-la sem solicitar o encerramento.

Ao início, assevero que as instituições financeiras se submetem aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em 09/09/2004: “Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por sua vez, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, dispendo sobre a responsabilidade pelo fato do serviço, assim estabelece:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ocorrendo alguma das hipóteses previstas no art. 14 do CDC, há responsabilidade objetiva da instituição bancária, porquanto o serviço prestado foi defeituoso e a falha acarretou dano ao consumidor direto.

Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade objetiva é aquela “fundada no risco, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.” (*Dicionário Jurídico*. 3 edição. São Paulo. Saraiva, 2005)

A respeito da responsabilidade objetiva das instituições bancárias, o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1199782/PR, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 24/08/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 12/09/2011)

Quanto à produção de provas, o artigo 6º, VIII, do CDC estabelece:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Da leitura do dispositivo legal em comento verifica-se que uma vez demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, é possível a inversão do ônus da prova.

Nesta linha de entendimento, a jurisprudência reconhece a hipossuficiência técnica do correntista/consumidor e a aplicação da inversão do ônus da prova, conforme entendimento pacificado no E. STJ, esposado no AgRg no Resp 906708/RO, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 30/05/2011.

No caso dos autos, observa-se que o contrato de fls. 48/56 não especifica o tipo de conta aberta, sendo que às fls. 23 foi juntada a carteirinha entregue à autora indicando “poupança da caixa” e, embora a autora tenha contratado com o banco um Crédito Rotativo no valor de R\$ 500,00, os extratos bancários juntados aos autos demonstram que a conta jamais foi utilizada, não havendo nenhuma movimentação financeira realizada pela autora, apenas débitos referentes a taxas e tarifas de manutenção.

Assim, não se infirmam as alegações da autora de que abriu a conta para facilitar o recebimento do valor da hipoteca imobiliária e que nunca mais utilizou a conta, assim, não

podendo ser responsabilizada pelas tarifas bancárias cobradas, que atingiram o patamar de mais de R\$ 2.000,00.

Ademais, observa-se que não consta nos autos nenhum aviso de cobrança de dívida, convindo anotar que a jurisprudência desta Corte entende que os valores decorrentes de cobranças e taxas bancárias de manutenção de conta inativa não são devidos se o correntista não foi devidamente informado do lançamento mensal de tais débitos, consoante ementa que trago à colação:

DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. OBJETIVOS: RESSARCIR A VÍTIMA E DESESTIMULAR A REINCIDÊNCIA. MONTANTE ÍNFIMO OU QUE ACARRETE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INADMISSIBILIDADE.

1. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. A inscrição indevida em cadastros de inadimplentes caracteriza a falha na prestação de serviços e, uma vez presente o nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso, gera o dever de indenizar.

2. Conforme a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal Justiça, é desnecessária a prova da ocorrência do dano, sendo este evidenciado pelas circunstâncias do próprio fato.

3. Caso haja inscrição legítima e preexistente à anotação irregular impugnada, não se caracterizará o dano moral indenizável.

4. *Firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que são devidos os valores decorrentes de cobrança de taxas bancárias de manutenção de conta inativa, sem que seja o correntista devidamente informado do lançamento mensal de tais débitos, em especial quando a abertura da conta foi apresentada como condição para obter levantamento de saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS ou financiamento, sendo que a omissão no sentido de promover o encerramento da conta ao final de tais transações não exime a instituição bancária da responsabilidade de indenizar eventuais danos causados ao correntista, mas constitui causa a ser considerada no momento de fixação do montante da indenização* (TRF da 3ª Região, AC nº 00090418720094036100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 11.01.12; AC nº 00120072820064036100, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 15.03.12; AC nº 00127486720034036102, Rel. Juiz Fed. Conv. Wilson Zauhy, j. 20.06.11; AC nº 00007511220024036106, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 18.05.09).

5. Foi comprovado que a CEF procedeu à inscrição indevida do nome da autora em cadastro de proteção ao crédito em 01.07.03, em decorrência de débito resultante de taxas bancárias incidentes sobre sua conta inativa não cancelada, bem como que, apesar de a autora haver quitado o débito em 04.08.03, a instituição não providenciou, ao menos até a data de 17.09.03, a exclusão de seu nome do referido cadastro (fls. 20/24 e 64/94). A CEF, ademais, não demonstrou que os débitos tenham origem em outras operações e não se desincumbiu do ônus da prova, que lhe cabia (STJ, Súmula nº 297).

6. A indenização por dano moral tem duplo objetivo: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. O montante da reparação não pode, assim, ser ínfimo nem exagerado, acarretando o enriquecimento sem causa da parte prejudicada.

7. O valor fixado na sentença, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mostra-se excessivo, em especial ao se considerar o fato de que a autora concorreu para a ocorrência do fato lesivo ao deixar de providenciar o encerramento de sua conta com a ré e o curto período da inscrição após a quitação. Deste modo, mostra-se razoável e adequado para ressarcir a vítima e desestimular a reincidência, sem acarretar o enriquecimento sem causa da parte prejudicada, consideradas as peculiaridades, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

8. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC 0026266-33.2003.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 15/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2012)

Nada a objetar, destarte, à sentença ao aduzir:

A autora não impugnou suas assinaturas na “ficha de abertura” e “contrato de crédito rotativo cheque azul”, fls. 45/46, mas, pela farta documentação acostada, verifico que a autora não fez qualquer uso da conta que abriu perante a CAIXA.

Esse detalhe faz plausível a sua versão inicial - de que abriu a conta mas nunca a utilizou, vez que não se concebe uma pessoa abrir uma conta bancária para não usar. A autora abriu uma conta e nunca usou. Nunca fez um depósito, nunca fez um saque.

Então, a dívida que hoje se afigura é composta somente de juros, encargos e tarifas. Nenhum dinheiro ou serviço o banco forneceu à autora.

É verdade que não pode ser atribuída à autora que se declarou “secretário, estenógrafo, datilógrafo” na Ficha de Abertura e Autógrafos do banco, fls. 47, a completa ignorância quanto aos documentos bancários assinados - tese autoral de que achou que se tratava de poupança - mas se mostra verossímil a tese de que jamais utilizou a conta. A inatividade da conta por mais de dois anos e meio sinaliza no sentido da inconsciência, não no inadimplemento.

Deixo de abordar a questão acerca dos motivos da abertura da conta - tese autoral de que foi sugerida pela ré a fim de acelerar a liberação da hipoteca e, ainda, de que pensou tratar-se de poupança (fls. 22/23), tese da ré de que, na verdade, utilizou o saldo do FGTS - pois prescindível quanto à questão central: pagamento de encargos, taxas, juros sem a utilização do serviço, sem nunca ter utilizado a conta.

Procede, pois, o pedido de reconhecimento de inexigibilidade dos valores cobrados pela ré, vez que abusiva a cobrança de encargos e serviços se a autora nunca deles fez uso.

Indevidos os valores apontados que ensejaram a inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos de crédito, configura-se o dever da CEF de ressarcimento de danos morais, convido anotar que em casos como o dos autos não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido, e decorre da própria inscrição indevida.

A jurisprudência do E. STJ já se manifestou a respeito da matéria em diversas oportunidades, consoante ementas de julgados que trago à colação:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NA SERASA. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO. RAZOABILIDADE.

I - A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.

(...)

(AgRg no Ag 979810/SP, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 11/03/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 01/04/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1 - A indevida manutenção da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos pre-

juízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação.

(...)

(AgRg no Ag 845875/RN, Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, Data do Julgamento 04/03/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2008)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E EMERGENTE. MÚTUO. PROTESTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO NO SERASA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. CC, ART. 159. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPATIBILIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO À LESÃO. SUCUMBÊNCIA.

I. A indevida inscrição em cadastro de inadimplente, bem como o protesto do título, geram direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito.

(...)

(REsp 457734/MT, Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, Data do Julgamento 22/10/2002, Data da Publicação/Fonte DJ 24/02/2003 p. 248)

Outro não tem sido o entendimento desta Turma, de que são exemplos os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. ATRASOS SUCESSIVOS. IRRELEVÂNCIA NA CONFIGURAÇÃO DO DANO. CONSIDERAÇÃO NO MOMENTO DA FIXAÇÃO DO QUANTUM. APELAÇÃO PROVIDA PARCIAL.

(...)

II - A jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes enseja, por si só, a reparação do dano moral. Ou seja, na hipótese dos autos o dano moral é *in re ipsa*.

III - O fato de o autor ter quitado outras parcelas em atraso não tem o condão de afastar a indenização no caso em tela, pois a parcela que motivou a inscrição e a respeito da qual foi notificado foi quitada antes da negativação.

(...)

(AC 1501266, Processo: 0001795-79.2005.4.03.6100/SP, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 27/03/2012, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/04/2012, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES)

CIVIL. RESPONSABILIDADE POR ATO ILÍCITO. DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DE NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTE. VALOR DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL, PORÉM, SIGNIFICATIVA.

1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, independentemente de prova do efetivo prejuízo, deve a instituição bancária ser condenada ao pagamento de compensação financeira por conta de dano moral infligido a cliente que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastros de inadimplentes.

(...)

(AC 1278962, Processo: 0046537-05.1999.4.03.6100/SP, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 01/09/2009, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/03/2012, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS)

Quanto à fixação do valor devido a título de dano moral, que tem natureza reparatória

e punitiva, deve-se levar em conta a situação específica dos autos observando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, consoante entendimento adotado pela jurisprudência do E. STJ no julgamento do RESP 418.502/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30/09/2002 “o *quantum* a ser fixado na ação por indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo calcado nos cânones da exemplariedade e solidariedade sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, devendo, por isso, levar em consideração a capacidade econômica do réu, tornando a condenação exemplar e suportável”.

Isto estabelecido, considerando o descabimento de condenação em valores apenas simbólicos, já que a indenização deve servir também a propósitos preventivos e de desincentivo à reincidência, ao mesmo tempo buscando-se evitar o enriquecimento sem justa causa da vítima, assevero que todos estes objetivos foram atendidos com a condenação no valor fixado na sentença que, destarte, também neste tópico deve ser mantida.

Por fim, anoto restar prejudicada a apreciação do agravo retido versando sobre a apreciação da tutela antecipada, em razão de sua perda de objeto, não se verificando razoabilidade ou efetividade no seu exame diante do julgamento do recurso de apelação tirado de sentença de mérito e levando-se em conta o resultado ora alcançado, consoante a jurisprudência elencada a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - MÚTUO HIPOTECÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA (SFH) - PRETENDIDA REVISÃO DAS CLAÚSULAS CONTRATUAIS CONSIDERADAS ABUSIVAS NO TOCANTE A POSIÇÃO DOS DEVEDORES - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO CELEBRADO PELO SISTEMA SACRE - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - NULIDADES AFASTADAS - RECURSO CONTRA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO - AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. (...)

8. Resta sem objeto o agravo retido posto que não haveria justa razão para apreciar o pedido de tutela antecipada em face do improvimento do recurso.

9. Matéria preliminar rejeitada e, no mérito, apelação improvida. Agravo retido prejudicado. (AC 200661050099880, JUIZ JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 28/10/2009)

Por estes fundamentos, nego provimento ao recurso e julgo prejudicado o agravo retido, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0030344-22.2012.4.03.0000

(2012.03.00.030344-6)

Agravante: DORIS RIGONATTI

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 473/475

Interessada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Partes Rés: OSWALDO RIGONATTI E ISAURA REIKO NAGAO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: AI 489079

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. BEM DE FAMÍLIA NÃO CONFIGURADO. IMÓVEL ALIENADO. IMPENHORABILIDADE AFASTADA. EXCESSO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE MÚTUO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SÚMULA 233 DO STJ. INAPLICABILIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - “Cabe ao devedor o ônus da prova do preenchimento dos requisitos necessários para enquadramento do imóvel penhorado na proteção concedida pela Lei nº 8.009/90 ao bem de família, quando a sua configuração não se acha, de pronto, plenamente caracterizada nos autos” (STJ, 4ª Turma, AG 655553, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

2 - Na hipótese, o imóvel penhorado foi alienado pela recorrente, sendo certo que a posterior anulação do negócio por fraude à execução não tem como consequência a reintegração do bem ao patrimônio do devedor.

3 - O título em que se funda a execução preenche os requisitos de certeza e liquidez, eis que se trata de contrato de crédito pessoal/empréstimo, o que afasta a aplicação da Súmula 233, do STJ.

4 - Se a agravante pretende discutir suposto excesso na execução, cumpria a ela instruir o presente recurso com cópia integral e legível do contrato sobre o qual se funda a ação executiva, ônus do qual não se desincumbiu.

5 - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.

6 - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado por Dóris Rigonatti contra a decisão reproduzida à fl. 458, pela qual o Juízo *a quo* deixou de acolher a alegação formulada pela agravante no tocante à impenhorabilidade do imóvel já arrestado e penhorado nos autos de origem, bem como os argumentos expendidos nas peças de impugnação aos valores executados pela CEF e na exceção de pré-executividade.

Sustentou a agravante, em síntese, que o imóvel objeto de constrição judicial seria impenhorável, por se tratar de bem de família.

Aduziu, ainda, que o título em que se funda a execução careceria dos requisitos de certeza e liquidez.

Por meio da decisão de fls. 473/475, este Relator, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em face desta decisão, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, a recorrente tirou o agravo de fls. 476/494, repisando os argumentos já relatados no que tange à impenhorabilidade do imóvel constricto e à ausência dos requisitos executivos ao título sobre o qual se funda a ação principal.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): 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.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO OU INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/2003. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO-APLICABILIDADE. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode, singularmente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. [...]

4. Agravo regimental desprovido. (5ª Turma, AgRg nos EDcl no RMS 25.455/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 10/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI 8.981/95. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.). OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum* não há como prosperar, porquanto incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o *decisum* recorrido assentou-se nos seguintes fundamentos: “1. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98). 2. Deveras, a decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e a *fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.”

4. Embargos de declaração rejeitados. (1ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1005315/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17/12/2008)

No mérito, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática cujos principais trechos pertinentes à matéria ora impugnada, por oportuno, passo a destacar:

A alegação de impenhorabilidade do imóvel já arrestado e penhorado nos autos da execução não prospera.

O artigo 1º da Lei nº 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário.

De fato, tal impenhorabilidade é matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não sendo alcançada, por conseguinte, pelo instituto da preclusão.

Contudo, a parte executada deve comprovar que o bem reúne os requisitos legais da impenhorabilidade.

E, na hipótese em apreço, a parte agravante não colacionou aos autos quaisquer documentos aptos a comprovar que o imóvel em litígio é o único bem de sua propriedade, tampouco no sentido de que, embora a família resida em outro imóvel, o ora em comento serve como fonte de renda para sua subsistência.

Assim, resta ausente a comprovação do fato constitutivo do direito à impenhorabilidade do imóvel em tela.

Por oportuno, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. PROVA A CARGO DO DEVEDOR. NOVAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. EXCESSO DE PENHORA. MOMENTO DA ALEGAÇÃO APÓS A AVALIAÇÃO.

1 - Infirmar as conclusões do acórdão recorrido que discute a qualidade de bem de família, nos termos da Lei 8.009/90, do imóvel objeto da controvérsia e, também, da inocorrência de novação, demanda reexame do conjunto probatório delineado nos autos, motivo por que a revisão do julgado esbarra na censura da súmula 7/STJ.

2 - Cabe ao devedor o ônus da prova do preenchimento dos requisitos necessários para enquadramento do imóvel penhorado na proteção concedida pela Lei nº 8.009/90 ao bem de família, quando a sua configuração não se acha, de pronto, plenamente caracterizada nos autos.

3 - A alegação de eventual excesso de penhora, conforme preceitua o próprio artigo 685, *caput*, do Código de Processo Civil, deverá ser feita após a avaliação. Precedentes.

4 - Agravo regimental não provido.”

(STJ, 4ª Turma, AG 655553, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23.05.2005, p. 298);

“EMBARGOS DE TERCEIROS. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. PRELIMINAR. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. NÃO COMPROVADO. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. NULIDADE DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. A impenhorabilidade de bem de família (Lei 8.009/90) é matéria de ordem pública, declarável de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não sendo alcançada pela preclusão (Precedente deste Tribunal: AC 1997.01.00.062534-9/MG). 2. Não comprovada a natureza familiar do bem penhorado. Rejeitada a preliminar. 3. A possibilidade de inovação, na apelação, fora da excepcionalidade prevista no art. , do CPC, o que não ocorreu na espécie, representa supressão de instância, uma vez que o fato de mérito alegado na apelação não foi analisado pelo juízo de primeiro grau, o que acarretaria ofensa ao princípio ao princípio do duplo grau de jurisdição. 4. A apelante aludiu, nos embargos oferecidos, tão somente que tinha direito a meação do bem penhorado, não havendo no pedido inicial expressa menção a nulidade da certidão de dívida ativa. 5. Apelação não provida.”

(TRF1, 7ª Turma Suplementar, AC 200401990472344, Rel. Juiz Federal Convocado Carlos Eduardo Castro Martins, e-DJF1 25.05.2011, p. 206);

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA. 1. O artigo 1º da Lei 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário. 2. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, é necessário que o devedor prove que o imóvel em que reside, ou auxilia na sua subsistência, é o único. Fato este não comprovado nos autos, tampouco no sentido de que, embora a família resida em outro imóvel, o ora em litígio serve como fonte de renda para sua subsistência. 3. À míngua de impugnação, mantidos os honorários advocatícios fixados na r. sentença. 4. Apelação improvida”.

(TRF3, 6ª Turma, AC 00032507520074036111, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJF3 20.10.2008).

Tampouco merece acolhida a alegação de que o título em que se funda a execução carece dos requisitos de certeza e liquidez.

Embora a cópia do contrato, colacionada pelo agravante à fl. 21, esteja incompleta e não plenamente legível, consoante asseverado pelo douto magistrado de primeira instância, a execução se fundou em contrato de crédito pessoal/ empréstimo, de maneira que o crédito é determinado e as cláusulas financeiras são expressas, sendo por isso considerado título executivo extrajudicial.

Ademais, pela natureza do contrato em tela, bem como em razão de sua forma, verifica-se a força de título executivo também da nota promissória de fl. 22.

Assim, não é o caso de se aplicar a Súmula nº 233 do Superior Tribunal de Justiça, pois o valor da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculo aritmético. O Superior Tribunal de Justiça já exarou entendimento no sentido do exposto:

“PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. OBJEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. CONTRATO. MÚTUO BANCÁRIO. TÍTUL-

LO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. 1 - Transitada em julgado a decisão definitiva da causa, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se arguidas e repelidas. Trata-se do denominado efeito preclusivo da coisa julgada. 2 - Somente comporta exceção de pré-executividade aquelas hipóteses em que a aferição da inviabilidade da execução dispensa maior dilação probatória. 3 - O contrato de mútuo bancário, ainda que os valores sejam depositados em conta corrente, é título executivo extrajudicial. Precedentes. 4 - Recurso especial provido.”

(4ª Turma, REsp 200500929787, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJE 04/08/2009);

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.”

(4ª Turma, AGA 200501117675, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13/10/2008);

“Embargos à execução. Contrato de mútuo. Julgamento *extra petita*. Comissão de permanência. TR. 1. Tratando-se de contrato de mútuo com valor certo, acompanhado de nota promissória, não incide a Súmula nº 233 desta Corte. 2. Não cuidando o Acórdão recorrido da atualização pela TR, ausente do especial a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, não há como decidir sobre o tema. 3. O Acórdão recorrido asseverou que não foram estipulados nem o anatocismo nem a comissão de permanência, com o que não há como deles cuidar. Se existe contradição entre o Acórdão recorrido e aquele dos embargos de declaração, deveria a parte interessada ter chegado ao especial com o apoio do art. 535 do Código de Processo Civil. É, sem tal suporte, invencível a afirmação constante do Acórdão recorrido de que um e outra não constam do pacto. Presente a Súmula nº 07 da Corte. 4. Não agride nenhum dispositivo legal o julgamento da apelação que exclui um dos embargantes da execução, ao fundamento de não ter assinado os títulos em execução, tudo estando na cobertura do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. 5. Recursos especiais não conhecidos”.

(3ª Turma, REsp 200200664522, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04/08/2003, p. 293);

Colaciono, ainda, precedentes desta e. Corte:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO LEGAL - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA AJUIZADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL REFERENTE A CONTRATO DE EMPRÉSTIMO SOB CONSIGNAÇÃO AZUL - TÍTULO EXECUTIVO, NOS TERMOS DO ART. 585, II, DO CPC - RECURSO PROVIDO.

1 - Agravo Legal interposto contra decisão que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso de apelação.

2 - A execução foi ajuizada tendo por base o contrato de mútuo bancário - denominado ‘Consignação Azul’, onde o crédito é determinado, as cláusulas financeiras são expressas e ainda está assinado por duas testemunhas, sendo considerado título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil.

3 - A hipótese dos autos não se confunde com os contratos de abertura de crédito, como entendeu a MMª Juíza *a quo*.

4 - Recurso provido para reformar a decisão monocrática e dar provimento à apelação da CEF e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que seja dado prosseguimento à execução”.

(AC nº 1032832, proc. nº 2004.61.05.012072-0/SP, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, j. 17/02/2009, DJ 23/03/2009, p. 358);

“EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL - TÍTULO EXECUTIVO - LIQUIDEZ - ART. 586 DO CPC - RECURSO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PROVIDO, PARA AFASTAR A EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO - SENTENÇA REFORMADA.

1. No caso, a execução está respaldada em Contrato de Empréstimo ou Financiamento, título extrajudicial com eficácia executiva, nos termos do inc. II do art. 585 do CPC.

2. 'A Súmula 233 do STJ não alcança os contratos de crédito fixo' (AGA nº 512510/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18/12/2006, pág. 362)

3. Se houve abuso praticado pela CEF na apuração dos encargos contratuais pactuados, tal questão é tema a ser resolvido em sede de embargos do devedor, garantido o Juízo, nos exatos termos do que dispõe o art. 741 c.c. o art. 745, ambos do CPC, no âmbito dos quais terá o executado ampla oportunidade de defesa, e o magistrado, elementos concretos para formar sua convicção.

4. Recurso da CEF provido, para afastar a extinção do feito, determinando a remessa dos autos à Vara de origem, dando-se prosseguimento à execução”.

(AC nº 1032868, proc. nº 2004.61.05.014122-9/SP, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 18/06/2007, DJ 24/07/2007, p. 686).

Ademais, se a agravante pretendia discutir suposto excesso na execução, cumpria a ela instruir o presente recurso com cópia integral e legível do contrato sobre o qual se funda a ação executiva, ônus do qual não se desincumbiu.

O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

Direito Constitucional



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0019636-14.2010.4.03.6100

(2010.61.00.019636-3)

Apelantes: CID BARBOSA LIMA JUNIOR (= ou > de 60 anos) E UNIÃO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator originário: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Classe do Processo: ApelReex 1734326

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2013

EMENTA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO E TORTURA DO AUTOR. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A INDENIZAÇÃO DEVER DE INDENIZAR.

1. Deve ser afastada a alegação de prescrição da ação, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos morais decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar.
2. Afastada a inviabilidade da cumulação da indenização judicialmente formulada com aquela deferida administrativamente, tendo em conta que elas têm fundamentos diversos.
3. A documentação nos autos comprova ter sido o autor submetido à prisão e tortura durante o regime por motivação política.
4. Embora não haja prova cabal das torturas, o testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que elas eram praticadas com frequência, o que se pode presumir em relação ao autor, dado o fato de que esteve preso e foi detido para ser interrogado a respeito de atividades consideradas subversivas.
5. Fácil imaginar o sofrimento emocional e físico pelos quais deve ter passado, a justificar a condenação da União a lhe pagar indenização por danos morais.
6. Mantido o valor da indenização fixado na sentença de primeiro grau.
7. Honorários de 10% do valor da condenação, que se mantém.
8. Apelações e remessa oficial 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 maioria, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Desembargador Federal Márcio Moraes, vencido o Relator Desembargador Carlos Muta, que dava provimento à apelação fazendária e à remessa oficial e julgava prejudicada a apelação do autor.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar.

Alegou o autor, em suma, que se formou em engenharia no ano de 1968, assumindo cargo público em que foi aprovado por concurso, e em 02/09/1969 foi detido sob a acusação de ser “subversivo”, sendo levado ao quartel do Exército RECMEC - Reconhecimento Mecânico, onde sofreu diversos tipos de torturas e ameaça de morte. Após dias, foi transferido para OBAN (DOI/CODI) e depois para o DOPS, local onde também sofreu agressões e ficou detido até novembro de 1969, quando o transferiram para o presídio Tiradentes. Quedou-se preso por quarenta dias, sendo que “dia sim, dia não a OBAN ou o Delegado Sérgio Fleury vinham buscar presos para serem torturados ou mortos”. Foi solto em 22/12/1969 e, não sendo aceito em seu cargo público na VASP, tendo dificuldades para iniciar novo emprego em sua área profissional, foi obrigado a “começar a fazer bicos para sobreviver”, permanecendo toda a sua carreira profissional irreversivelmente atingida por atos arbitrários da ditadura militar.

Encerrada a instrução, sobreveio sentença, rejeitando preliminares, afastando a prescrição e condenando a ré à indenização por danos morais cometidos no período do regime militar, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com incidência da taxa Selic a partir da data da citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal; fixada a verba honorária de 10% do valor da condenação.

Apelou o requerente, alegando que: (1) a indenização deve ser majorada, pois “indubitavelmente, o valor fixado não atinge o objetivo de impor uma reprimenda à apelada. Trata-se de valor módico, se comparado a todos os prejuízos advindos da perseguição, das torturas, das prisões, dos processos, todos sem fundamento, tanto que levaram à absolvição total”; (2) também deve ser majorado o valor da verba honorária, porquanto o grau de zelo de seu procurador foi máximo, o lugar da prestação do serviço de advocacia, São Paulo, é um dos mais caros do país e a natureza da causa é de extrema importância.

Apelou a União, alegando que: (1) falta interesse de agir, pois já concedida reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, conforme processo administrativo nº 2007.01.57722; (2) a prescrição de ação pessoal é de 5 anos, nos termos do DL 20.910/1932; (3) “os direitos fundamentais são imprescritíveis, mas não os de efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação”; (4) não é possível o requerente ser beneficiado duas vezes pelo mesmo motivo, nos termos do artigo 16 da Lei 10.559/02; (5) deve ser reduzido o valor da indenização, pois “não há nos autos prova alguma de tortura a justificar a fixação da indenização no montante máximo previsto pelo art. 4º da Lei nº 10.559/2002”; (6) à União não incumbe o pagamento de juros de mora e correção monetária atrelados à taxa Selic, mas aos índices oficiais de remuneração e juros moratórios aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1-F, da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009; (7) os juros de mora devem ser contados a partir do arbitramento da indenização (Resolução 134/2010 CJF).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, pelo não provimento ao recurso do autor e parcial provimento à apelação da União, apenas no que tange aos juros de mora e índice de atualização monetária.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, o autor discute no feito direito a indenização por *danos morais* ocorridos em razão de *perseguição, prisão e tortura* sofridas no período de vigência do regime militar.

A sentença condenou a UNIÃO ao pagamento da indenização, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A questão relativa ao interesse de agir, diante da concessão administrativa da reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, confunde-se com o mérito da causa e, como tal, deve ser apreciada.

Sobre a prescrição, alegada pela requerida, manifestamente infundada a pretensão, conforme jurisprudência dominante, firmada no sentido da imprescritibilidade de pretensões compensatórias de dano moral decorrentes de graves violações aos direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, como são as discutidas no presente feito, não se aplicando o DL 20.910/1932, sendo irrelevante, portanto, discutir termo inicial já que não existe prazo prescricional para a hipótese.

Confira-se:

AgRg no Ag 1.353.470, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 10/12/2010: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - ATIVIDADE POLÍTICA - PERSEGUIÇÕES OCORRIDAS DURANTE O PERÍODO MILITAR - NÃO-INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932 - IMPRESCRITIBILIDADE. INOVAÇÃO DE TESE EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a prescrição quinquenal disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões. 2. Por conseguinte, torna-se despicenda a análise em torno do momento inicial para a contagem do prazo prescricional da presente ação, tendo em vista que foi postulada a condenação da ora recorrente por danos morais decorrentes de violações dos direitos da personalidade ocorridos durante o período militar, que se revelam imprescritíveis.

No mérito, alegou o autor que foi vítima da ditadura militar a partir de 1964, tendo sido preso em 02/09/1969, quando foi violentamente interrogado e torturado, em dependências de órgãos estaduais de repressão.

Todavia, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça destaca que o pleito judicial de indenização somente é cabível no caso de pretensão deduzida antes da Lei de Anistia, quando não tenha sido concedida reparação administrativa pela Comissão de Anistia, dada a inviabilidade da cumulação de indenizações.

Neste sentido, o julgamento do RESP 1.323.405, de relatoria do Ministro ARNALDO ESTEVES, na sessão de 11/09/2012, conforme se depreende da consulta ao sistema informatizado do Superior Tribunal de Justiça (ementa pendente de publicação):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIADO POLÍTICO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIA ADMINISTRATIVA. ESGOTAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO COM A REPARAÇÃO ECONÔMICA CONCEDIDA PELA COMISSÃO DE ANISTIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. “No tocante à necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para o ingresso de demanda judicial, o entendimento das duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o não-esgotamento da via administrativa não resulta em falta de interesse de agir capaz de obstar o prosseguimento do pleito repetitivo” (AgRg no REsp 1.190.977/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 28/9/10). 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão no sentido de que “a edição da Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o disposto no artigo 8º dos Atos das Disposições Transitórias - ADCT e instituiu o Regime do Anistiado Político, importou em renúncia tácita à prescrição” (AgRg no REsp 897.884/RJ, Rel. Min. CELSO LIMONGI, Des. Conv. do TJSP, Sexta Turma, DJe 8/3/10). 3. A reparação econômica prevista na Lei 10.559/02 possui duplice caráter indenizatório, abrangendo os danos materiais e morais sofridos pelos anistiados em razão dos atos de exceção praticados pelos agentes do Estado, de natureza política. 4. Inaplicável, à espécie, a jurisprudência contida na Súmula 37/STJ, ainda que do ato de exceção tenha decorrido, além de dano material, também dano moral, ante a disciplina legal específica da matéria. 5. Embora os direitos expressos na Lei de Anistia não excluam os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, é “vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável” (art. 16). 6. Não busca o autor, no presente caso, a eventual majoração da reparação econômica fixada pela Comissão de Anistia, mas a obtenção de uma segunda indenização, cuja causa de pedir é a mesma anteriormente reconhecida pela aludida comissão. 7. Acolhido o pedido principal formulado no recurso especial da União, ficam prejudicados os pedidos alternativos, concernentes à revisão do quantum indenizatório e da taxa de juros moratórios fixados no acórdão recorrido. Fica prejudicado, ainda, o recurso especial adesivo em que o autor pleiteia a majoração da indenização e dos honorários advocatícios. 8. Recurso especial da União conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e restabelecer os efeitos da sentença de improcedência do pedido. Recurso especial adesivo prejudicado.

Como se observa, a Corte Superior assentou o entendimento do caráter duplice da indenização prevista na Lei 10.559/02, interpretando o artigo 16 da Lei 10.559/02 que dispõe sobre a declaração da condição de anistiado político e reparação econômica, de caráter indenizatório, vedando a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, porém, facultando-se a opção mais favorável que, no caso, já foi exercida com a postulação administrativa.

Na espécie, a ação foi ajuizada para indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar, além da perda do cargo público que exercia na VASP. Porém, a condição de anistiado político do autor foi reconhecida administrativamente (f. 240/6), por meio do Requerimento de Anistia 2007.01.57722, iniciado em 29/05/2007, concedendo-lhe reparação econômica, em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R\$ 4.554,000 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais), com efeitos retroativos, atingindo o total de R\$ 419.449,30 (quatrocentos

e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), nos termos do artigo 8º do ADCT e da Lei 10.559/02.

Assim sendo, em conclusão, diante do que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, resta inviável o pedido de indenização, baseado no mesmo fundamento da Lei de Anistia.

Por fim, em razão da sucumbência integral do requerente, deve este arcar com as custas e os honorários, estes calculados em 10% do valor atualizado da causa, atendendo à orientação consagrada no âmbito da Turma (AC 95.03.071924-0, Relator Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 31.08.05; AC 2003.61.00.032333-2, Relatora Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 de 17.06.08), à luz do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença, nos termos supracitados, restando prejudicado o apelo do autor.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguições, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar.

O MM. Juízo *a quo* rejeitou as preliminares, afastando a prescrição e condenando a ré à indenização por danos morais cometidos no período do regime militar, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com incidência da taxa Selic a partir da data da citação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, fixada a verba honorária de 10% do valor da condenação.

Apelação do requerente, pretendendo, em síntese, a majoração do valor da indenização, assim como do valor dos honorários advocatícios.

Apelação da União, na qual alega: (1) falta interesse de agir, pois já concedida reparação econômica de caráter indenizatório pela Comissão de Anistia, conforme processo administrativo nº 2007.01.57722; (2) a prescrição de ação pessoal é de 5 anos, nos termos do DL 20.910/1932; (3) “os direitos fundamentais são imprescritíveis, mas não os de efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação”; (4) não é possível o requerente ser beneficiado duas vezes pelo mesmo motivo, nos termos do artigo 16 da Lei 10.559/02; (5) deve ser reduzido o valor da indenização, pois “não há nos autos prova alguma de tortura a justificar a fixação da indenização no montante máximo previsto pelo art. 4º da Lei nº 10.559/2002”; (6) à União não incumbe o pagamento de juros de mora e correção monetária atrelados à taxa Selic, mas aos índices oficiais de remuneração e juros moratórios aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1-F, da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009; (7) os juros de mora devem ser contados a partir do arbitramento da indenização (Resolução 134/2010 CJF).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, pelo não provimento ao recurso do autor e parcial provimento à apelação da União, apenas no que tange aos juros de mora e índice de atualização monetária.

O feito foi levado a julgamento pelo Relator, Desembargador Federal Carlos Muta, em sessão de 6/12/2012, apresentando voto no sentido de dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação do autor, ao fundamento de que inviável o

pedido de indenização, eis que baseado no mesmo fundamento do pedido formulado e deferido administrativamente, com fulcro na Lei de Anistia.

Divergi do Relator, pelos motivos a seguir.

Inicialmente, de se registrar que, tal qual o Relator, afasto a alegação de prescrição da pretensão, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos morais decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar, conforme denotam os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana.

2. “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” (REsp 816.209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.9.2007).

3. “No que diz respeito à prescrição, já pontuou esta Corte que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões” (REsp 1.002.009/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.2.2008).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 970753/MG, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJU de 12/11/08)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. TORTURA. REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. A Segunda Turma desta Corte Superior, em recente julgamento, ratificou seu posicionamento no sentido da imprescritibilidade dos danos morais advindos de tortura no regime militar (Resp 1.002.009/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 21.2.2008), motivo pelo qual a jurisprudência neste órgão fracionário considera-se pacífica. Não-ocorrência de violação ao art. 557 do CPC. Via inadequada para fazer valer suposta divergência entre as Turmas que compõem a Primeira Seção.

(...)

5. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 970697/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 5/11/08)

Quanto ao mérito, o Relator entendeu inviável o pedido de indenização ora pleiteado.

Em seu voto, o Relator se pauta em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça

(RESP nº 1.323.405, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves, j. em 11/9/2012), no qual se firmou orientação no sentido de que o pleito judicial de indenização somente é cabível no caso de pretensão deduzida antes da Lei de Anistia, quando não tenha sido concedida reparação administrativa pela Comissão de Anistia, dada a inviabilidade da cumulação de indenizações.

Opõe, assim, que a Corte Superior, no referido julgado, assentou o entendimento do caráter dúplice da indenização prevista na Lei nº 10.559/2002, interpretando o artigo 16, o qual dispõe sobre a declaração da condição de anistiado político e reparação econômica, de caráter indenizatório, vedando a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, porém, facultando-se a opção mais favorável que, no caso, já foi exercida pelo autor com a postulação administrativa.

Entendo, porém, que não pode prevalecer tal entendimento.

Primeiramente, de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao julgado trazido à baila pelo Relator, já se manifestava no sentido de não existir vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, desde que formuladas com fundamentos diversos, como se verifica da ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANISTIA (LEI 9.140/95). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 10.559/2002. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões argüidas pela parte, julgando integralmente a lide.
2. A pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais durante o Regime Militar de exceção é imprescritível. Inaplicabilidade da prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32.
3. A Lei 10.559/2002 proíbe a acumulação de: (I) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); (II) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).
4. Não há vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se tratam de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade. Aplicação da orientação consolidada na Súmula 37/STJ.
5. Os direitos dos anistiados políticos, expressos na Lei 10.559/2002 (art. 1º, I a V), não excluem outros conferidos por outras normas legais ou constitucionais. Insere-se, aqui, o direito fundamental à reparação por danos morais (CF/88, art. 5º, V e X; CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186), que não pode ser suprimido nem cerceado por ato normativo infraconstitucional, tampouco pela interpretação da regra jurídica, sob pena de inconstitucionalidade.
6. Recurso especial desprovido.

(RESP nº 890.930, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 14/6/07, p. 267)

Como bem ressaltado em voto proferido pelo Juiz Federal Convocado Claudio Santos, na AC nº 2005.61.00.022070-9, j. em 28/7/2011, perante esta Terceira Turma, o artigo 16 da Lei nº 10.559/2002 “antes de afastar a pretensão da Autora, vem a confirmá-la, dado ser expresso

que não se excluem os direitos conferidos por outras normas. A regra, portanto, é a de que não estão excluídas outras hipóteses de indenização, sendo a exceção apenas os casos em que tenham ‘o mesmo fundamento’”.

A indenização recebida do Ministério da Justiça tem por fundamento as perseguições como membro de movimento revolucionário, o que teria lhe causado impedimentos de exercício regular da atividade remunerada que até então desempenhava junto à VASP AEROFO-TOGRAMETRIA, - tanto que foi reconhecido seu direito a reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação mensal e efeitos financeiros retroativos, correspondente ao cargo de Engenheiro, além de contagem de tempo em que o autor esteve compelido ao afastamento de suas atividades laborais.

Já a presente ação busca a reparação essencialmente por prisão ilegal, torturas e maus tratos sofridos pelo autor, cometidos pelos órgãos de repressão do Estado, e as sequelas e consequências disso decorrentes, não havendo relação alguma com a anistia constitucional e legal.

Desta forma, afastada a inviabilidade da cumulação da indenização judicialmente formulada com aquela deferida administrativamente, prossigo na análise das apelações e da remessa necessária.

O autor afirmou, na inicial, que foi vítima da ditadura militar instituída no país com o Golpe de 1964, sofrendo perseguição, prisão e tortura, sendo preso, em 2/9/1969, pela OBAN (DOI/CODI), quando estava na casa de seus pais, de forma totalmente ilegal, por vários homens que recusaram a se identificar.

No período em que foi preso, foi torturado por choques elétricos, murros em todo o corpo, telefones (tapas nos dois ouvidos, com ambas as mãos abertas) e outras atrocidades. Teve um pedaço de sua orelha e mãos queimadas por vários dias. Para que o autor não gritasse, era torturado com panos colocados dentro da boca.

Foi transferido para o DOPS, onde foi novamente interrogado e indiciado, vindo a ser transferido, no mês de novembro, para o Presídio Tiradentes, instalado em um prédio antigo e cheio de baratas e ratos, que servira de prisão de escravos, local em que permaneceu por cerca de 40 dias.

Foi solto, finalmente, em 22/12/1969, quando se apresentou na VASP, onde trabalhava exercendo o cargo de engenheiro, tomando conhecimento, então, de sua demissão, apesar de seu pai ter comunicado sua prisão.

A partir daí teve sua vida profissional irreversivelmente atingida pelos atos arbitrários da ditadura militar e seus agentes, já que não conseguia se inserir novamente no mercado de trabalho, tendo em conta a existência de uma lista negra encaminhada às empresas, informando que era subversivo.

Aduz a necessidade de concessão de indenização por danos morais, em decorrência dos fatos narrados, que lhe marcaram com dor física, dor na alma, atingiram-lhe a auto-estima, sua reputação, sua honra, causaram-lhe humilhação, preocupação com a família, comprometeram sua felicidade e futuro, cansando transtornos que irão atormentá-lo até o fim da vida.

Para respaldar a pretensão deduzida, o autor carregou aos autos, entre outros, documentos demonstrativos de seu direito:

(1) Relatório de indiciamento do autor, no qual foi requerida a prisão preventiva, constando terem sido apreendidos panfletos considerados subversivos em seu poder (f. 21/33);

(2) Documento autorizando o pai do autor a entregar ao filho, detido no DOPS em regime de incomunicabilidade, objetos de uso pessoal, tais como sabonete, pasta dental, par de meias, toalha de banho, pacotes de leite, cigarros e bolachas, bem como a retirar roupa suja usado pelo detido, para ser lavada em casa (fls. 36);

(3) Voto da Comissão de Anistia, reconhecendo devidamente provada a motivação política dos fatos afirmados pelo requerente, bem como da prisão em razão de seus ideais políticos (fls. 453).

Não há dúvida, diante dos documentos juntados aos autos, quanto às alegações do Autor em relação a ter sido submetido a prisão e tortura durante o regime por motivação política.

Embora não haja prova cabal das torturas, o testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que elas eram praticadas com frequência, o que se pode presumir em relação ao autor, dado o fato de que esteve preso e foi detido para ser interrogado a respeito de atividades consideradas subversivas.

Fácil imaginar o sofrimento emocional e físico pelos quais deve ter passado, a justificar a condenação da União a lhe pagar indenização por danos morais, pelo que, considerando as circunstâncias do caso e a jurisprudência da Turma, manter o valor arbitrado na sentença de primeiro grau (R\$ 100.000,00).

Ficam mantidos os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, por consentâneo ao entendimento da Turma.

Diante do exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES – Relator para o Acórdão

- Sobre o direito à reparação pelos danos decorrentes da perseguição, prisão e tortura durante o regime militar, veja também os seguintes julgados: AC 97.03.050741-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 92/170 e AC 0036005-74.1996.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Claudio Santos, publicada na RTRF3R 108/127.

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

0000072-45.2012.4.03.0000

(2012.03.00.000072-3)

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Interessados: UNIÃO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FLAVIO PASCOA TELES DE MENEZES, SILVÍCOLAS DA ALDEIA INDÍGENA PORTO LINDO E CACIQUE MAMAGA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - PRESIDENTE

Classe do Processo: SuExSe 2945

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2013

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEI Nº 8.437/92. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDÍGENAS GUARANI NHANDÉVA. FAZENDA REMANSO GUAÇU. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. SUSPENSÃO MANTIDA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO POSSESSÓRIA ORIGINÁRIA.

I - Os conflitos que envolvem terras de *ocupação tradicional indígena* - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional. Se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à *posse* de suas terras tradicionais.

II - A experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede da fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.

III - Os elementos existentes nos autos demonstram que, no início do ano de 2004, índios da etnia Guarani-Nhandéva ocuparam a *Fazenda Remanso Guaçu*. Decisão proferida no curso da ação subjacente determinou que os índios fossem alocados em área correspondente a 10% (dez por cento) da propriedade, em local distante da sede da fazenda.

IV - Configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, a expressão “risco à ordem pública” encontra-se no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos. Além disso, os indígenas encontram-se estabelecidos há muitos anos nas terras em disputa, formando povoação continuamente fixa, com meios próprios de subsistência, cuja remoção para outra região certamente ocasionaria a perda de alimentos plantados e de animais.

V - Seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes de que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.

VI - Outrossim, a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao *interesse público*, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual. Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio.

VII - A suspensão da decisão atende ao *interesse social*, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria nos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.

VIII - O processo de demarcação de terras na região encontra-se, como um todo, em estágio avançado, havendo até mesmo outras fazendas da mesma área que foram demarcadas. Ressalto que, após a realização de prova antropológica pela FUNAI, foi editada a Portaria nº 1.289, do Ministério da Justiça, que, entre outras medidas, declarou que a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se situada em terras de ocupação tradicional indígena. Contudo, por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 10.985, o processo administrativo que resultou na edição da Portaria mencionada foi anulado por vício formal, decorrente da inobservância do princípio do contraditório.

IX - A decisão proferida no MS nº 10.985, entretanto, apenas abordou aspectos formais do processo administrativo, nada pronunciando acerca da questão que envolve saber se a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se ou não sobre território de ocupação tradicional indígena. Vale dizer, não houve decisão judicial sobre o mérito do procedimento de demarcação das terras em que se situa a *Fazenda Remanso Guaçu*. Ao revés, a C. Corte Superior limitou-se a analisar a alegação de inobservância do contraditório no processo administrativo, consignando expressamente que poderá ser realizado novo procedimento de demarcação das terras, no qual seja suprida a falha formal constatada.

X - Idêntico é o teor da Portaria nº 496/10, do Ministro da Justiça (DOU de 17/03/10), mencionada pelo agravante (fls. 739), que anula o processo administrativo que resultou

na Portaria nº 1.289/05 “tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório”. Além disso, em 03/08/12 - quando já em curso o presente incidente - foi editada pela Presidência da FUNAI a Portaria nº 986 (DOU de 06/08/12), na qual se determinou a formação de Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudo antropológico na *Fazenda Remanso Guaçu*. Nota-se, assim, que o processo de demarcação da *Fazenda Remanso Guaçu* já se encontra em curso, o qual, após observar devidamente o princípio do contraditório - conforme determinado no MS nº 10.985 -, fornecerá elementos conclusivos para que se saiba se o território disputado constitui ou não terra de ocupação tradicional indígena.

XI - As circunstâncias indicadas demonstram a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92.

XII - Mantida a decisão que deferiu o pedido de suspensão. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, nos termos do art. 158, inc. III, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Presidente que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votaram os Srs. Desembargadores Federais Marli Ferreira (pela conclusão), Mairan Maia, Marisa Santos, Vera Jucovsky, Vesna Kolmar e Paulo Fontes, vencidos parcialmente os Srs. Desembargadores Federais Márcio Moraes, Baptista Pereira, André Nabarrete, Peixoto Junior (com redução de fundamentos), Cecília Marcondes (com redução de fundamentos), Therezinha Cazerta e Alda Basto, que davam parcial provimento ao agravo tão somente para restringir o lapso temporal de vigência da suspensão deferida, até que haja decisão colegiada a ser proferida em recurso ordinário interposto nos autos da ação subjacente.

São Paulo, 09 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto por Flávio Pascoa Teles de Menezes contra a decisão por mim proferida a fls. 694/698 que, reconsiderando o *decisum* de fls. 610/615, deferiu o pedido de suspensão de execução da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, nos autos da ação de reintegração de posse nº 2004.60.02.000047-2, determinando a reintegração de posse na Fazenda Remanso Guaçu, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeva. Transcrevo, abaixo, o *decisum* impugnado:

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público Federal, a fls. 656/675, contra a decisão proferida a fls. 610/615, que indeferiu o pedido de suspensão da sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, o qual, nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, determinou a reintegração de posse da área integral da propriedade rural “Fazenda Remanso Guaçu”, ocupada por índios Guarani, no início do ano de 2004.

Em 12/01/04 (fls. 22), Flávio Páscoa Teles de Menezes ajuizou ação de reintegração de posse em face do Cacique Mãmãgá e dos demais integrantes de seu grupo indígena, da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União, requerendo a retirada dos indígenas que teriam invadido a propriedade rural denominada “Fazenda Remanso Guaçu”, localizada em Mundo Novo/MS. Recebida a inicial, foi proferida decisão determinando a reintegração da posse (fls. 38/44). A decisão foi objeto do agravo de instrumento nº 2004.03.00.003087-1.

Em 09/02/04, em julgamento de recurso de agravo legal interposto nos autos do agravo de instrumento em questão (nº 2004.03.00.003087-1), a E. Quinta Turma deste Tribunal determinou a reintegração de grande parte da área da Fazenda Remanso Guaçu, ordenando, contudo, a permanência dos indígenas em “áreas restritas” dentro da propriedade, de forma que caberia ao Juízo de primeiro grau definir os limites daquela ocupação provisória (fls. 62/74). Como resultado desta decisão, o Juízo de primeiro grau determinou que os indígenas passassem a ocupar 10% (dez por cento) da área da Fazenda, permanecendo em local que fosse “longe das sedes e dependências das Fazendas” (fls. 75). A área reservada aos indígenas veio, posteriormente, a ser devidamente demarcada e registrada em relatório técnico (fls. 89).

Durante o curso da ação, foi editada a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça, que declarou ser “de posse permanente do grupo indígena Guarani Nandeva a Terra Indígena YVY-KATU” (fls. 473), sendo que parte do território declarado como de posse permanente correspondia a áreas de terra na qual se encontra a Fazenda Remanso Guaçu (fls. 474).

Contra o ato administrativo, Flávio Páscoa Teles de Menezes impetrou o Mandado de Segurança nº 10.985, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, o qual foi julgado procedente para determinar a parcial nulidade do procedimento que embasou a Portaria nº 1.289/05, apenas em relação à Fazenda Remanso Guaçu, por se considerar que o processo administrativo teria sido realizado sem o devido respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após diversas decisões proferidas no iter processual, de primeiro e segundo graus - ora determinando que fosse cumprida a reintegração da posse, ora suspendendo a reintegração - a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o pedido de suspensão de liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000 (fls. 291/295), o qual foi deferido pelo então I. Presidente, para que fossem mantidos “os indígenas provisoriamente na área - 10% da Fazenda Remanso Guaçu -, até que se ultime a produção da prova pericial antropológica” (fls. 295).

Posteriormente, em primeiro grau de jurisdição, foi proferida decisão indeferindo a produção de prova pericial antropológica (fls. 305/306), por se considerar que “a demarcação deve ser feita pela via administrativa” (fls. 306), após o que foi proferida a sentença que determinou a reintegração integral de posse da Fazenda (fls. 307/314).

Com vistas a suspender os efeitos da sentença, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o presente pedido de suspensão, o qual foi indeferido pelo então I. Presidente desta Corte, por entender que a inexistência da produção da prova pericial antropológica nos autos da reintegração de posse tornava impossível o acolhimento do pleito, e por entender que a suspensão de segurança não é via adequada para a discussão de eventual cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da referida prova técnica.

Contra a decisão, insurgiu-se o Ministério Público Federal, interpondo o presente agravo. No recurso, alega que “a decisão do juízo a quo precisa ser suspensa para evitar lesão à ordem, à segurança e à saúde públicas de todos os envolvidos” (fls. 658vº). Aduz que “o processo administrativo de demarcação encontra-se perto do seu fim” (fls. 660). Sustenta que “não há local adequado para a realocação dos indígenas, ainda que de forma provisória” (fls. 666vº), que “é demonstrada a superlotação nas aldeias já demarcadas no Estado, inclusive, a de Porto Lindo (Aldeia de origem), e, como consequência, os elevados índices de violência e problemas sociais de toda ordem, tais como alcoolismo” (fls. 666vº), e que como “os indígenas não poderão voltar à Aldeia de origem, devido à superlotação (...) é grande a probabilidade que se estabeleçam à beira da rodovia, à frente da propriedade rural que estão ocupando” (fls. 669). Argumenta que “o cumprimento da ordem de reintegração restabelecida na sentença, sem que o feito tenha transitado em julgado, terá o efeito de reavivar conflitos momentanea-

mente apaziguados” (fls. 669vº), que “caso haja o cumprimento da reintegração - com saída forçada dos indígenas de meros 260 ha. de uma propriedade rural com mais de 2.500 ha. - as consequências serão incomensuráveis” (fls. 670), e que o “iminente cumprimento da ordem de reintegração de posse colocará em risco inúmeros direitos dos indígenas e dos não-indígenas” (fls. 670vº). Por fim, aduz que “*o interesse público está prestes a ser vulnerado, afetando gravemente a ordem, a saúde e a segurança, em suma, a própria ordem pública*” (fls. 670vº). Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo, para que seja concedida a suspensão dos “efeitos da sentença de reintegração de posse proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS nos autos nº 2004.60.02.000047-2, de modo a ser determinada a manutenção dos indígenas na área demarcada judicialmente - 10% da Fazenda Remanso Guaçu, cerca de 260 ha. - até que se ultime o processo de demarcação ou, subsidiariamente, até o trânsito em julgado da ação possessória” (fls. 675vº).

É o breve relatório.

Tenho que a hipótese é a de reconsideração da decisão agravada, deferindo-se o pedido de suspensão da sentença.

Apesar da situação originalmente hostil verificada entre os indígenas e os interessados na reintegração durante o início da ocupação, a relação hoje existente na Fazenda Remanso Guaçu é pacífica e estável, sem que haja atualmente tensão iminente entre os interessados. Outrossim, em decorrência das decisões judiciais proferidas no curso da ação originária, observa-se que os indígenas ocupam hoje apenas 10% (dez por cento) da área total da propriedade, sendo que existiu a preocupação de que aqueles fossem assentados em local afastado da sede e das dependências da Fazenda, evitando-se conflitos e permitindo-se o desenvolvimento, sem prejuízos, da atividade produtiva realizada na localidade.

Também é de extrema importância ter em consideração que os indígenas se encontram há 8 (oito) anos na Fazenda Remanso Guaçu, tempo suficiente para que tenham se instalado na região de forma fixa e contínua, criando um vínculo físico com o local, na medida em que ali construíram suas residências, estabeleceram seus meios de subsistência, cultivaram plantações e criaram pequenos animais, habituando-se, portanto, a viver na região, na qual se ambientaram e desenvolveram sua comunidade, conforme demonstram os documentos apresentados a fls. 532/555.

Por outro lado, o processo de demarcação das terras indígenas precisa ser concluído. Embora a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça tenha sido declarada parcialmente nula em relação à Fazenda Remanso Guaçu - por vício procedimental, consistente na inobservância do contraditório em sede administrativa - os estudos técnicos elaborados no curso daquele procedimento administrativo constituem, ao menos, indício de que a Fazenda possa estar localizada, parcial ou totalmente, em áreas de posse permanente de grupo indígena.

O processo de demarcação, por sua vez, encontra-se em estágio avançado, o que também é fator que contribui para a conclusão de que é desaconselhável - e até mesmo imprudente - que os indígenas sejam desalojados da região no presente momento.

Diante destas circunstâncias, observa-se que a determinação de desocupação da área de 10% (dez por cento) da Fazenda reservada aos indígenas poderá ser causa de grave distúrbio na região, acirrando um conflito que hoje se encontra apaziguado e controlado, criando enormes riscos à integridade física e à vida de indígenas e dos demais habitantes do local, e colocando fim a uma situação de razoável estabilidade e segurança social hoje existente na região.

Como bem observado pelo então Presidente, Relator da Suspensão de Liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000, o presente caso envolve um conflito de direitos fundamentais, colocando “o direito à vida de um lado e do outro o direito de propriedade, sendo inquestionável que deve prevalecer o primeiro” (fls. 295). A mesma é a lição extraída da obra do E. Ministro Gilmar Mendes:

“Da mesma forma, *tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais*, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos. Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relati-

vos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geth vor Sachgutwert*).” (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378, grifos meus)

Em vista disto, tenho que se encontram preenchidos os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, autorizadores do deferimento da suspensão requerida.

Tenho que existe, na hipótese, risco de grave lesão à ordem - requisito que entendo como sendo o risco de ser provocada séria perturbação à forma como se encontra organizada a sociedade civil ou uma comunidade -, uma vez que o comando de desocupação poderá criar situação de instabilidade social na região, gerando ambiente de constante conflito e tensão entre indígenas e habitantes do local, com potencial risco de enfrentamentos e eventos danosos.

Também entendo configurado o risco de grave lesão à segurança, em razão do gravíssimo risco que existiria à incolumidade física e, sobretudo, à vida das pessoas que se situam na localidade - indígenas ou não indígenas -, em decorrência da provável situação de hostilidade que seria instaurada, sendo imprescindível a adoção da excepcional medida de suspensão, para que seja evitado que pessoas sejam mortas ou feridas.

Por fim, ainda que tais requisitos não fossem suficientes, entendo ser inegável o relevante interesse social que permeia as questões indígenas, que constitui problema social com antigas raízes históricas, e cuja magnitude fez com que o constituinte originário dedicasse capítulo específico da Constituição Federal a sua regulação.

Ante o exposto, *reconsidero a decisão de fls. 610/615, e defiro o pedido de suspensão* dos efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, para que os indígenas sejam mantidos na área que hoje ocupam e que foi a eles reservada no curso da ação originária - correspondente a 10% (dez por cento) da Fazenda Remanso Guaçu -, devendo a suspensão ser mantida até que haja o trânsito em julgado na ação possessória de Origem.

Sustenta o recorrente que “É de amplo conhecimento dos órgãos públicos oficiais neste caso, que durante o trâmite da demanda reintegratória (processo nº 2004.60.02.000047-2), foi interposto pelo ora Peticionário perante o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), Mandado de Segurança nº 10.985/DF, o qual foi julgado definitivamente para excluir o imóvel do Peticionário do processo de ampliação dos limites da TI Porto Lindo e para ‘anular o procedimento administrativo que embasou a Portaria nº 1.289/2005 tão-somente no que se refere à ‘Fazenda Remanso-Guaçu’.” (fls. 731), decisão que “transitou em julgado em 03/03/2010” (fls. 731). Aduz que a nulidade do processo administrativo foi “objeto de nova Portaria editada pelo Ministério da Justiça, desta feita a de nº 496, de 16 de março de 2010” (fls. 731). Argumenta que o *auto de constatação* do Juízo Federal de Naviraí, realizado em novembro de 2011, “atesta que no local não existem mais do que 50 (cinquenta) indígenas” (fls. 732), e que “não há perigo de conflitos na região” (fls. 732). Expõe que há outras áreas para alocação dos indígenas, já que existem “outras glebas abrangidas pelo processo administrativo deflagrado pela FUNAI” (fls. 733). Explica que há 8 (oito) anos litiga para reaver a sua posse, e que está evidenciada “a total ilegalidade da invasão perpetrada pelos indígenas, sendo descabida qualquer pretensão de permanência dos poucos membros da comunidade no imóvel” (fls. 736). Requer a reforma do *decisum*, cumprindo-se a medida reintegratória.

A fls. 778/783, o Ministério Público Federal manifestou-se sobre o recurso de agravo, argumentando que a decisão proferida no MS nº 10.985/DF “não afastou os veementes indícios acerca da tradicionalidade da ocupação indígena” (fls. 781vº), de forma que “não houve desconstituição dos motivos que embasam a Portaria 1.289 do Ministério da Justiça, mas tão-somente nulidade por aspectos formais muito peculiares, isto é, referentes a requerimentos

específicos formulados pelo particular e não respondidos pela FUNAI” (fls. 781vº). Alega que a “a Terra Indígena Ivy Katu, como um todo, encontra-se em adiantado estágio de demarcação administrativa” (fls. 782). Afirma haver “superlotação populacional” (fls. 782vº) nas aldeias da região e que “a comunidade que permanece na área há quase uma década - como admite o próprio agravante - deve ali permanecer, para que seja garantida a ordem e segurança públicas e, mais ainda, a dignidade humana cuja completude estará certamente ameaçada pelo cumprimento da medida reintegratória, como bem elucidou a r. decisão agravada” (fls. 782 vº).

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI também apresentou manifestação sobre o agravo a fls. 802/819, sustentando que “o inconformismo deduzido pelo particular em seu agravo interno foge, em grande parte, dos limites de cognição legalmente estabelecidos para este incidente processual” (fls. 805vº). Aduz que o MS nº 10.985/DF pautou-se em vícios meramente formais, não invalidando o laudo técnico que atestou a ocupação tradicional e que existem “robustas provas no sentido de ser a integralidade da sua área tradicionalmente ocupada” (fls. 807vº), bem como que “A Terra Indígena Ivy Katu, na qual está inserida o imóvel rural, encontra-se em adiantado estágio de demarcação administrativa” (fls. 808). Expõe que em outros 3 (três) mandados de segurança impetrados contra a Portaria nº 1.289/05, o Superior Tribunal de Justiça “jamais descaracterizou a tradicionalidade da ocupação” (fls. 808vº), e que “a FUNAI procedeu a pormenorizados estudos multidisciplinares, demonstrando a posse indígena sobre a área” (fls. 810). Argumenta que, segundo o art. 231, da CF, é prescindível a “demarcação administrativa para se fazer efetiva a proteção sobre as terras indígenas” (fls. 812vº) e que há “superlotação nas aldeias já demarcadas no Estado” (fls. 812vº). Entende que “o cumprimento da ordem de reintegração restabelecida na sentença terá o efeito de reavivar conflitos momentaneamente apaziguados” (fls. 815). Aduz que os indígenas ocupam apenas 10% da propriedade, onde “estão vivendo cerca de 170 pessoas, distribuídas em 57 famílias” (fls. 815/815vº). Por isso tudo, entende que “o interesse público está prestes a ser vulnerado, afetando gravemente a ordem, a saúde e a segurança” (fls. 816).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto contra a decisão que deferiu o pedido de suspensão da execução de sentença que determinara a reintegração de posse na *Fazenda Remanso Guaçu*, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeva.

A questão dos autos possui elevado grau de seriedade, refletindo um dos conflitos sociais mais sérios e antigos do Estado brasileiro: a questão da proteção e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas.

É cediço que os embates por terras em áreas de presença indígena são rotineiramente permeados por fortes sentimentos de injustiça - tanto por parte dos indígenas, quanto por parte dos não-indígenas -, sempre potencializados por fatores históricos e políticos, que tornam os envolvidos muito seguros de suas razões.

A primeira coisa que se nota em relação aos litígios possessórios em territórios de pro-

vável *ocupação tradicional indígena* é a absoluta inadequação dos instrumentos jurídicos do Direito Civil e do Direito Processual Civil relativos à *posse* e à *propriedade* para a resolução desta espécie de conflito. Os institutos previstos nos arts. 1.196 a 1.224 do Código Civil não foram pensados para resolver uma questão de tamanha dimensão social e histórica, mas sim para a solução de litígios cotidianos - como a invasão de uma propriedade por um estranho, ou o desapossamento de um sujeito de direito -, sendo esta a razão pela qual constituem instrumentos que não se ajustam às lides que envolvam direitos de povos indígenas.

Nas palavras do E. Min. Ayres Britto, quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, as características da *ocupação tradicional indígena* fazem “desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil”. Também o E. Min. Gilmar Mendes, citando os ensinamentos do E. Min. Victor Nunes, expôs que “a posse a que se refere a Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil”, sendo esta um “poder de fato, que se exerce sobre uma coisa”, enquanto “a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista seus usos, costumes, tradições culturais e religiosas”.

Por esta razão, os conflitos que envolvem terras de *ocupação tradicional indígena* - seja em ações possessórias, seja em procedimentos de demarcação - parecem ser sempre mais bem compreendidos e solucionados à luz do art. 231 e parágrafos, da Constituição Federal, pois, ali sim, se encontra o arcabouço normativo criado especificamente para regular as disputas que envolvem os povos indígenas, além de tratar-se de dispositivo constitucional cuja força normativa define e delimita a interpretação de qualquer outra norma infraconstitucional.

Além disso, se o Código Civil representa a norma geral para a resolução de conflitos possessórios, o art. 231, da CF e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) constituem as normas específicas que regulam o direito dos povos indígenas à *posse* de suas terras tradicionais.

Feitas estas considerações, tenho que a experiência prática vem demonstrando que, em casos como o presente - nos quais há, de um lado, os não índios, convictos de serem os proprietários da terra disputada, e de outro, os indígenas, firmemente dispostos a permanecer no território que acreditam ter ocupado tradicionalmente -, a melhor solução consiste em manter os indígenas em uma parte específica da fazenda ocupada, em local que seja distante da sede fazenda, do gado, e das áreas onde são realizadas as atividades econômicas - para que os não-índios não sejam prejudicados -, ali permanecendo até que seja finalizado o processo administrativo de demarcação. Deve, ainda, consistir em área com espaço suficiente para preservar a dignidade e o modo habitual de vida dos índios, e em local com acesso às áreas externas da Fazenda, no qual seja possível o contato com agentes da FUNAI e do MPF.

Em hipóteses semelhantes, assim já decidiu este E. Tribunal:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - FUNAI - AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO - LIMINAR - ACEITAÇÃO TÁCITA DA DECISÃO AGRAVADA - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - MATÉRIA PRELIMINAR DEDUZIDA EM CONTRAMINUTA REJEITADA - TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNIDADE INDÍGENA - ARTIGO 231 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - POSSE REGULADA PELAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS - INAPLICABILIDADE DA POSSE REGULADA PELO CÓDIGO CIVIL - LAUDO ANTROPOLÓGICO CONCLUÍDO - PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA FUNAI E RISCO DE GRAVE LESÃO AO DIREITO COLETIVO DE SOBREVIVÊNCIA ÉTNICA E CULTURAL DOS INDÍGENAS - AGRAVO REGIMENTAL

PREJUDICADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

(...)

5. *A posse indígena não é regulada pelo Código Civil, mas sim pelas disposições contidas na Constituição Federal.*

6. A Constituição Federal, em seu artigo 231 e parágrafos, objetivou garantir aos indígenas a posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas, com a finalidade de preservar suas populações, como aliás, já asseguravam, desde 1934, as constituições anteriores.

7. *A Lei nº 6001 de 19.12.73, (Estatuto do Índio) que foi recepcionada pela atual Constituição Federal, reconhece o direito dos índios ou à comunidade indígena a posse permanente da terras por eles habitadas, independentemente de demarcação, cabendo ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e consenso histórico.*

8. Demonstrada, nos autos, a plausibilidade do direito invocado pela agravante, vez que, no âmbito do Procedimento Administrativo de Demarcação de Terra Indígena Guyaroká, já foi publicado no Diário Oficial da União, o Resumo do Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação, o qual, não obstante, depender ainda de impugnações, concluiu que área ocupada é de posse permanente dos indígenas.

9. *Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não produzem efeitos jurídicos, consoante parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.*

10. *Os documentos acostados aos autos revelam as condições desumanas de sobrevivência dos silvícolas, a ocorrência de freqüentes suicídios, crianças morrendo de desnutrição, e os constantes conflitos travados com os fazendeiros da região, demonstrando que a controvérsia não se limita apenas a um debate jurídico, mas também abarca uma questão de relevância social indiscutível, vez que se trata da dignidade da vida humana.*

11. *Restando evidenciada a ocorrência de risco de grave lesão ao direito coletivo de sobrevivência étnica e cultural dos indígenas, esta deve prevalecer sobre o direito individual de propriedade.*

12. Liminar concedida em Primeiro Grau revogada para que os tutelados da agravante permaneçam na área ocupada até o julgamento final da lide, evitando, assim, o surgimento de novas desavenças entre os envolvidos.

13. Agravo de instrumento provido. Agravo Regimental prejudicado.

(AG nº 0066491-28.2004.4.03.0000, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, v.u., j. 25/07/05, DJ 13/09/05, grifos meus)

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LITÍGIO ENTRE PROPRIETÁRIO RURAL E INDÍGENAS. INSUFICIÊNCIA DO DIREITO CIVIL. TUTELA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS. PONDERAÇÃO ENTRE OS BENS JURÍDICOS CONFRONTADOS. MANUTENÇÃO DO STATUS QUO ATUAL. EXPRESSÕES INJURIOSAS À JUSTIÇA. RISCAMENTO.

1. *Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal.*

2. *No confronto entre dois bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, cumpre ao Poder Judiciário proteger o mais valioso.*

3. *Não são convenientes e comprometem a segurança jurídica as constantes alterações do estado de coisas, promovidas em caráter provisório pelo Poder Judiciário.*

(...)

5. Agravo provido.

(AI nº 0071885-16.2004.4.03.0000, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, v.u., j. 07/02/06, DJ 17/02/06, grifos meus)

Neste último precedente, expôs com brilhantismo o E. Desembargador Federal Nelson dos Santos:

Não sendo despida de razoabilidade a pretensão dos índios, não pode este Tribunal decidir, nesta fase, senão pelo critério da ponderação entre os bens jurídicos em confronto. *De um lado, está o patrimônio; de outro, a dignidade da pessoa humana. Deveras, é importante a tese do agravante, desenvolvida no sentido de que, para o índio, a terra é sinônimo de sobrevivência. Sua cultura e suas tradições não prescindem desse contato direto com o território que reputam seu. Parece, pois, inquestionável que, entre consagrar o direito ao patrimônio do autor, mantendo os índios na margem da rodovia ou em local indeterminado; e permitir que eles ocupem pequena parte da fazenda, embora restringindo o pleno exercício da atividade econômica do autor, não há dúvida de que se deve, em caráter provisório, adotar a segunda alternativa. (...) In casu, o dano ao patrimônio do autor poderá ser indenizado, aqui não se podendo descurar, evidentemente, da responsabilidade do Poder Público. Já o dano dos réus pode ser irreparável.* (grifos meus)

Mais do que isso, em juízo de delibação, penso também ser esta a solução que melhor atende ao espírito do art. 231, da Constituição Federal, em casos nos quais exista prova de que o território disputado constitui terra de *ocupação tradicional indígena*, mesmo que ainda não concluído o processo administrativo de demarcação. Isto porque, como se extrai da ementa do V. Acórdão prolatado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, por maioria, j. 19/03/09, DJ 01/07/10), a natureza do processo de demarcação de terras indígenas é apenas *declaratório*, e não *constitutivo*, *in verbis*:

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).* (grifos meus)

A regra de que o direito dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupavam deve ser protegido *independentemente de processo de demarcação* acha-se contemplada no art. 25 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), ora transcrito:

Art. 25. *O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.* (grifos meus)

Assim, o direito dos indígenas sobre as terras que ocupavam tradicionalmente consiste em um *direito originário*, que não cede a nenhum ato posterior de *posse* ou de *propriedade* de terceiros, e que independe do processo de demarcação para ser tutelado. Neste sentido, esclarece com brilhantismo Dalmo de Abreu Dallari:

O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não depende da demarcação, pois resulta direta e imediatamente da Constituição e tem por fundamento a ocupação tradicional, único requisito para o reconhecimento desse direito. Assim, a demarcação não gera o direito nem é indispensável para que ele seja reconhecido, mas, como a prática tem demonstrado sobejamente, a falta de demarcação torna incertos os limites da ocupação indígena, ou, o que acontece com frequência, facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena. (Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul, org. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo : Palas Athena, 2000, p. 32)

No mesmo sentido, a lição de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. rev. e atual., Malheiros : São Paulo, 2012, p. 863/864). Sobre o tema, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça: “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.*” (REsp nº 1.097.980, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, v.u., j. 03/03/09, DJ 01/04/09, grifos meus); ainda, em *ação de natureza possessória*, decidiu aquela E. Corte Superior: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem a característica de perenidade possessória, mesmo que não demarcadas. *Precedente do STJ.*” (REsp nº 1.164.272, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 26/08/10, DJ 28/02/11, grifos meus).

Assim, o direito dos indígenas à *posse permanente* de suas terras há de ser tutelado *mesmo antes da conclusão do processo de demarcação*, desde que exista prova robusta capaz de demonstrar que se trata de território *tradicionalmente ocupado*. Vale dizer, havendo prova firme no sentido de que existiu *ocupação tradicional*, o direito *originário* dos indígenas deverá ser resguardado, mesmo em ação possessória, pois seu direito à *posse permanente* é anterior a qualquer posse irregular posterior, *não se sustentando, assim, o argumento de que o direito do indígena não poderá ser protegido por ser incabível em sede de ação possessória a discussão sobre a propriedade das terras*. E o motivo para isto é que, nestes casos, não se trava propriamente uma discussão sobre a *propriedade* das terras disputadas, mas sim sobre a existência ou não do direito dos indígenas à *posse permanente das terras que tradicionalmente ocupavam* - direito previsto no art. 231, § 2º, da CF, que se relaciona ao *direito de posse*, não se confundindo com o *direito de propriedade* do Direito Civil (arts. 1228 a 1368-A, CC) - e que, diante da prova robusta, deve ser resguardado de imediato, mesmo antes da conclusão do processo de demarcação, cuja finalidade, como já consignado, é apenas a de *declarar* um direito já preexistente.

O que há nestes casos, como dito, não é um conflito entre a *posse* do não-indígena e a *propriedade* do indígena, mas sim entre o *direito à posse permanente* do indígena e uma *posse irregular* posterior. *Posse permanente* cuja proteção é garantida de imediato, antes da demarcação, *por se destinar à própria sobrevivência do indígena*, e de seus costumes tradicionais. Daí porque declarou o E. Ministro Celso de Mello que o art. 231, § 1º, da CF destina-se “a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural”, e que “Emerge claramente do texto constitucional que a *questão da terra* representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, *sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e*

consciência como integrante de um povo” (grifos meus), recordando, ainda, que, segundo José Afonso da Silva, para o indígena a terra “*tem um valor de sobrevivência física e cultural*”. (RE nº 183.188, Primeira Turma, v.u., j. 10/12/96, DJ 14/02/97).

Cabe destacar que a própria Constituição Federal diz que *não produzem nenhum efeito* “os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a *posse das terras*” tradicionalmente ocupadas:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 2º - *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.

(...)

§ 6º - *São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo*, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (grifos meus)

Isto posto, passo à análise do caso concreto.

Os elementos existentes nos autos demonstram que, no início do ano de 2004, índios da etnia Guarani-Nhandeva ocuparam a *Fazenda Remanso Guaçu*. Decisão proferida no curso da ação subjacente determinou que os índios fossem alocados em área correspondente a 10% (dez por cento) da propriedade, em local distante da sede da fazenda.

O pedido de suspensão ora apresentado veio acompanhado de robusta prova documental, apta a comprovar que os indígenas, estabelecidos há mais de 8 (oito) anos no terreno, constituíram ali uma comunidade fixa, estabelecendo forte vínculo físico com as terras em que estão assentados, nas quais têm se dedicado à plantação de alimentos, como milho, arroz, feijão, mandioca e frutas - *já contando com “14,5 alqueires de área plantada” (fls. 532)* - e à criação de animais, como porcos e galinhas. Relata-se, ainda, a criação de um cemitério, “no qual jazem aproximadamente 14 indígenas da Comunidade” (fls. 533). Além disso, “em torno de 80 crianças do Acampamento freqüentam escola municipal” (fls. 533). Há registros fotográficos da área (fls. 534/549).

Diante destas circunstâncias, entendo presentes os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, autorizando a suspensão da decisão atacada, dada a existência de risco de grave lesão à ordem, à segurança pública e ao interesse social.

Primeiramente, configuram-se os riscos de grave lesão à ordem e à segurança pública - e aqui, para não fazer uma invocação vazia do termo, faço alusão à expressão “risco à ordem pública” no sentido de distúrbio à organização normal da sociedade civil e à paz pública - diante do notório risco de enfrentamentos entre indígenas e não-indígenas, ou ainda, entre indígenas e a força policial que, caso ocorressem, colocariam em perigo a vida, a saúde e a incolumidade física dos envolvidos.

Além disso, no caso presente, os indígenas encontram-se estabelecidos há muitos anos

nas terras em disputa, formando povoação continuamente fixa, com meios próprios de subsistência, cuja remoção para outra região certamente ocasionaria a perda de alimentos plantados e de animais.

Penso que seria altamente imprudente determinar a retirada dos indígenas no presente momento, antes que a demarcação do território em disputa venha a ser concluída, tendo em vista que o momento inicial de maior tensão e hostilidade entre as partes já foi superado.

Por outro lado, também entendo que a suspensão da decisão atende, objetivamente, ao *interesse público*, tendo em vista que a causa indígena constitui um sério e relevante problema social atual.

Como amplamente noticiado, as aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul estão superlotadas - fato também demonstrado no documento de fls. 478/486 apresentado pela FUNAI -, condição que cria para os indígenas um estado de confinamento, impedindo o desenvolvimento de sua forma de vida tradicional, expondo-os a graves problemas, como o alcoolismo, a violência e o suicídio. Dados do Ministério da Saúde confirmam o cenário de elevado suicídio entre os indígenas, conforme se observa:

A cada seis dias, um jovem Guarani Caiová se suicida. Desde 1980, cerca de 1500 tiraram a própria vida. A maioria deles enforcou-se num pé de árvore. Entre as várias causas elencadas pelos pesquisadores está o fato de que, neste período da vida, os jovens precisam formar sua família e as perspectivas de futuro são ou trabalhar na cana de açúcar ou virar mendigos. O futuro, portanto, é um não ser aquilo que se é. Algo que, talvez para muitos deles, seja pior do que a morte.

Um relatório do Ministério da Saúde mostrou, neste ano, o que chamou de “dados alarmantes, se destacando tanto no cenário nacional quanto internacional”. *Desde 2000, foram 555 suicídios, 98% deles por enforcamento, 70% cometidos por homens, a maioria deles na faixa dos 15 aos 29 anos. No Brasil, o índice de suicídios em 2007 foi de 4,7 por 100 mil habitantes. Entre os indígenas, no mesmo ano, foi de 65,68 por 100 mil. Em 2008, o índice de suicídios entre os Guaranis Caiovás chegou a 87,97 por 100 mil, segundo dados oficiais.* Os pesquisadores acreditam que os números devem ser ainda maiores, já que parte dos suicídios é escondida pelos grupos familiares por questões culturais. (Artigo *Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui*, de 22/10/12; extraído do site revistaepoca.globo.com; grifos meus)

Há estudos e artigos que demonstram que o confinamento dos indígenas tem sério impacto sobre sua forma de vida:

O processo de perda territorial e conseqüente confinamento em espaços extremamente exíguos de um contingente populacional muito superior ao padrão historicamente conhecido pelos Kaiowá e Guarani impôs profundas limitações a sua economia, decorrente da inviabilização da itinerância, do “oguatá”, e do rápido esgotamento dos recursos naturais, importantes para a qualidade de vida numa aldeia kaiowá e guarani. (...) O confinamento na reserva resulta assim num processo que limita drasticamente as possibilidades de reprodução do sistema social indígena - o “ava reko”. (...) Em função desse quadro de violência extrema em que se encontram os Guarani e Kaiowá em praticamente todas as terras indígenas, nas quais também cresce o comércio de álcool, drogas e a prostituição, muitas famílias têm migrado para outros espaços, especialmente para as cidades. Esse fenômeno de migração para as periferias das cidades da região tem se acentuado nos últimos anos. Hoje é possível

identificar vários grupos familiares que vão se estabelecendo de maneira precária nas periferias urbanas. Essas migrações decorrem das difíceis condições de vida nas reservas kaiowá e guarani, nas quais falta espaço para produzir seus alimentos e das dificuldades em encontrar trabalho fora das reservas, a não ser nas usinas de cana de açúcar e álcool. Nelas trabalham, conforme o Ministério Público do Trabalho, mais de 13 mil indígenas. (Guarani Retã - 2008; autores: Marta Azevedo, Antonio Brand, Egon Heck, Levi Marques Pereira, Bartomeu Melià; grifos meus)

Nestas últimas décadas testemunhamos o genocídio dos Guaranis Caiová. Em geral, a situação dos indígenas brasileiros é vergonhosa. A dos 43 mil Guaranis Caiová, o segundo grupo mais numeroso do país, é considerada a pior de todas. Confinados em reservas como a de Dourados, onde cerca de 14 mil, divididos em 43 grupos familiares, ocupam 3,5 mil hectares, eles encontram-se numa situação de colapso. Sem poder viver segundo a sua cultura, totalmente encurralados, imersos numa natureza degradada, corroídos pelo alcoolismo dos adultos e pela subnutrição das crianças, os índices de homicídio da reserva são maiores do que em zonas em estado de guerra.

(Artigo Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui, de 22/10/12; extraído do site revista-epoca.globo.com; grifos meus)

O confinamento e a superpopulação no interior das reservas reduziu o espaço disponível, provocando o esgotamento de recursos naturais importantes para a qualidade de vida numa aldeia kaiowá e guarani e comprometeu a agricultura indígena. (...) Povos que foram importante mão-de-obra e contribuíram na implantação de grande parte dos empreendimentos agro-pecuários e públicos, como ferrovia e estradas, em Mato Grosso do Sul, hoje não conseguem mais prover a sua subsistência e a de suas crianças.

(As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul e as resistências do Bem Viver por uma Terra Sem Males - 2011, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário - CIMI; grifos meus)

De fato, a vida nos tekoha retomados melhora consideravelmente: as antigas práticas culturais são revividas e são poucos e isolados os casos de suicídio.

(Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul, org. CIMI - Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 13)

Assim, a suspensão da decisão atende ao *interesse social*, por permitir que os indígenas possam permanecer em local com maior espaço, adequado às suas necessidades, onde encontrarão melhores condições de vida, impedindo que sejam mantidos em situação de penúria dos aldeamentos superlotados, respeitando-se a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal. Além disso, a preservação das condições básicas de vida - o piso existencial - de qualquer grupo étnico ou social que se encontre dentro de suas fronteiras (art. 3º, IV, da CF e art. 2º da Lei nº 6.001/73), inegavelmente se insere entre os objetivos do Estado Brasileiro.

Por outro lado, recorro que o processo de demarcação de terras na região encontra-se, como um todo, em estágio avançado, havendo até mesmo outras fazendas da mesma área que foram demarcadas. Ressalto que, após a realização de prova antropológica pela FUNAI, foi editada a Portaria nº 1.289, do Ministério da Justiça, que, entre outras medidas, declarou que a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se situada em terras de ocupação tradicional indígena. Contudo, por força de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 10.985,

o processo administrativo que resultou na edição da Portaria mencionada foi anulado por vício formal, decorrente da inobservância do princípio do contraditório.

Observo, entretanto, que a decisão proferida no MS nº 10.985 apenas abordou aspectos formais do processo administrativo, nada pronunciando acerca da questão que envolve saber se a *Fazenda Remanso Guaçu* encontra-se ou não sobre território de ocupação tradicional indígena. Vale dizer, não houve decisão judicial sobre o mérito do procedimento de demarcação das terras em que se situa a *Fazenda Remanso Guaçu*. Ao revés, a C. Corte Superior limitou-se a analisar a alegação de inobservância do contraditório no processo administrativo, consignando expressamente que poderá ser realizado novo procedimento de demarcação das terras, no qual seja suprida a falha formal constatada. Transcrevo a ementa do julgamento ora referido:

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. PORTARIA 1.289/2005, DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, QUE DECLAROU A POSSE PERMANENTE DA TERRA INDÍGENA YVY-KATU PELO GRUPO GUARANI NHANDÉVA. TERRITÓRIO DEMARCADO A ENGLOBAR PROPRIEDADE DO IMPETRANTE. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A Primeira Seção do STJ concluiu pela ausência de nulidade no processo administrativo de edição da Portaria 1.289/2005, do Ministro de Estado da Justiça, que declarou a posse permanente da Terra Indígena Yvy-Katu pelo grupo Guarani Nhandeva. Precedentes: MS 10.269/DF, Primeira Seção, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki e MS 10.994/DF, Primeira Seção, Relatora Ministra Denise Arruda.

2. Entretanto, na hipótese dos autos, embora o impetrante tenha apresentado reiterados requerimentos no sentido de ser cientificado para acompanhar o processo administrativo que serviu de base ao enquadramento das terras como de ocupação indígena, não recebeu resposta do Poder Público, o que constitui violação do direito de informação e resposta assegurado a todos os cidadãos.

3. Mandado de Segurança concedido.

(MS nº 10.985, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 26/08/2009, DJ 04/11/2009)

No dispositivo do voto do E. Min. Mauro Campbell Marques - ao qual aderiu o E. Min. Relator Herman Benjamin, em reconsideração de voto -, constou:

Do exposto, concedo a segurança para anular o procedimento administrativo que embasou a Portaria nº 1.289/2005 tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, *devendo outro ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.* (grifos meus)

Também declarou o E. Min. Mauro Campbell Marques, na fundamentação de seu voto:

Primeiramente, cumpre ressaltar que o mandado de segurança não visa atacar o reconhecimento de que são terras indígenas, mas objetiva investir sobre o procedimento adotado pelo Poder Público, que teria deixado à margem o impetrante. (grifos meus)

Idêntico é o teor da Portaria nº 496/10, do Ministro da Justiça (DOU de 17/03/10), mencionada pelo agravante (fls. 739), que anula o processo administrativo que resultou na Portaria nº 1.289/05 “tão-somente no que se refere à Fazenda Remanso Guaçu, *devendo outro*

ser formalizado com respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Do ora transcrito, verifica-se que o MS nº 10.985 não analisa - e muito menos encerra - a questão relativa à existência ou não de ocupação tradicional indígena no terreno em disputa, de modo que deverá ser feito o procedimento de demarcação, desta vez com o cumprimento do contraditório.

Além disso, destaco que em 03/08/12 - quando já em curso o presente incidente - foi editada pela Presidência da FUNAI a Portaria nº 986 (DOU de 06/08/12), na qual se determinou a formação de Grupo Técnico com a finalidade de realizar estudo antropológico na *Fazenda Remanso Guaçu*.

Nota-se, assim, que o processo de demarcação da *Fazenda Remanso Guaçu* já se encontra em curso, o qual, após observar devidamente o princípio do contraditório - conforme determinado no MS nº 10.985 -, fornecerá elementos conclusivos para que se saiba se o território disputado constitui ou não terra de ocupação tradicional indígena.

Diante destas circunstâncias, entendo configurada a existência de risco à segurança pública, à saúde e à vida, de modo a atender ao exigido pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92, mantendo-se a decisão que deferiu o pedido de suspensão.

Destaco, por oportuno, que a questão que envolve saber se existiu ou não *ocupação tradicional indígena* é matéria de mérito da ação principal constituindo, portanto, questão a ser resolvida nas vias ordinárias.

Entretanto, a título de argumento *obter dictum*, penso ser necessário ressaltar que os elementos existentes nos autos revelam a concreta possibilidade de que a área disputada esteja situada em local de *ocupação tradicional indígena*.

Para chegar-se a tal ilação, faz-se necessário lançar mão do relevante precedente do C. Supremo Tribunal Federal, à demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol* (Petição nº 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, por maioria, j. 19/03/09, DJ 01/07/10), fixou as balizas para a interpretação do que seriam as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” a que faz menção o art. 231, e §1º, da Constituição Federal.

No célebre julgado, o C. STF - acolhendo a tese apresentada pelo E. Min. Menezes Direito em seu voto-vista - estabeleceu que a existência da *ocupação tradicional indígena* revela-se pelo “*fato indígena*”, caracterizado por *presença indígena* em uma região determinada, associada à existência de um vínculo de natureza cultural, religiosa e psicológica que liga o índio à sua terra - fator que o E. Ministro Ayres Britto denominou “marco da *tradicionalidade* da ocupação”. Como descrito pelo E. Min. Gilmar Mendes, em seu voto-vista, “A expressão ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os ‘usos, costumes e tradições’ indígenas).”

Ainda, estabeleceu a E. Corte Suprema que a demarcação de terras deve se dar de acordo com o que o E. Min. Ayres Britto nomeou “marco *temporal* da ocupação” que pode ser resumido nas seguintes premissas: a) a existência da *ocupação tradicional indígena* (“fato indígena”) deve ser verificada de acordo com a situação de fato que existia na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988); b) a *ocupação tradicional indígena* (“fato indígena”) *não deixará de existir* se a ocupação tradicional não foi mantida em decorrência de um ato de violência, ameaça, ou outra forma de hostilidade, que impediu a permanência dos indígenas nas terras que habitavam.

Decidindo o caso concreto da demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, assim consignou o E. Min. Ayres Britto: “I - toda a área referida pela Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, é constituída de terras indígenas, como conceituado pelo § 1º do art. 231 da Constituição Federal. (...) Mais: cuida-se de terras indígenas ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988 conforme demonstração convincentemente feita pelo laudo e parecer antropológicos de fls. 423/548. *Todas elas em nada descaracterizadas pelo fato das posses ilegítimas que se deram com maior vigor no século XX, mediante a expulsão dos índios das margens dos rios e igarapés e das terras ao pé das montanhas. Posses ilegítimas, protagonizadas pelos ‘civilizados [que] ambicionavam para seus gados as pastagens’ (Serviço de Proteção ao Índio).*” (grifei).

Como se vê, no precedente da demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, fez-se a distinção de duas situações: a) aquela na qual o grupo indígena *quer* permanecer em determinada área, mas dela é removido por um ato hostil de invasores. Tal situação é incapaz de descaracterizar a existência da *ocupação tradicional indígena*; b) aquela na qual o grupo indígena *espontaneamente* abandona a terra que ocupava, por não mais querer ocupar o território, hipótese na qual deixa de existir a figura da ocupação tradicional. Esta parece-me ser a razão pela qual o E. Min. Ayres Britto, defendendo o modelo de demarcação contínua, assim declarou: “Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. *Retração que deve ser contemporaneamente espontânea*, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, *é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa*. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional.” Já a hipótese de abandono da terra indígena é bem aclarada pelo E. Min. Menezes Direito, quando expõe que “Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal.”

Releva considerar, ainda, que a existência da *ocupação tradicional indígena*, do “fato indígena” não é descaracterizada se, posteriormente ao ato de hostilidade, ameaça ou fraude que ocasiona a remoção do grupo indígena, vier a se estabelecer uma situação pacífica entre os índios e os invasores. Vale dizer, não deixa de configurar-se o “fato indígena” por obter o tomador a *posse pacífica* das terras invadidas.

Parece-me, também, que a descaracterização do “fato indígena” com base na existência de uma relação pacífica entre indígena e eventual invasor contém algo que se aproxima da figura da *usucapião*, que tem por ideia permitir àquele que tem a *posse pacífica* de uma coisa, adquirir-lhe a propriedade. Contudo, as terras indígenas não são passíveis de *usucapião* ou *prescrição aquisitiva*, na forma do art. 231, § 4º, da Constituição Federal (“§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”). A esse respeito, assim se manifestou o E. Min. Menezes Direito:

No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas. *Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do art. 231 da Constituição de 1988,*

que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva no que se refere à posse das terras indígenas como assentado em precedente deste Supremo Tribunal Federal, de que Relator o Ministro Celso de Mello (RE nº 183.188/MS, DJ de 14/2/1997). Ademais, não há direitos adquiridos diante da Constituição, como também já definiu esta Suprema Corte no julgamento do RE nº 94.414, Relator o Ministro Moreira Alves (DJ de 19/4/1985).” (grifos meus)

Semelhante é o teor da manifestação do E. Min. Ayres Britto, ao declarar:

Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios. (grifos meus)

Assim, se não é possível obter a titularidade de terra indígena com base em *posse pacífica* da coisa, também não poderia ser descaracterizado o “fato indígena” por terem os indígenas passado a adotar, em algum momento, uma postura pacífica - o que, penso, não poderia ser interpretado como uma *renúncia* do indígena à terra que ocupava.

A mesma conclusão pode ser extraída do art. 231, § 6º, da CF, ao dispor que “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo”, tendo em vista que, na maioria dos casos, aqueles que obtiveram títulos de propriedade em relação a terras de ocupação indígena também conseguiram obter a posse tranquila da área.

Afigura-me, ainda, que impedir a constituição do “fato indígena” em razão de um contexto pacífico, poderia levar a uma situação na qual os grupos indígenas que permaneceram belicosos, ou que se socorreram da justiça privada, teriam direito à demarcação, ao passo que os grupos indígenas que preferiram soluções pacíficas ficariam sem direito. Outrossim, poderia ser criada a exigência de que os grupos indígenas tivessem de permanecer por décadas em situação de constante conflito - inúmeras vezes contra o braço armado de pistoleiros e contra a máquina do Estado -, para que pudessem ter reconhecido seu direito à demarcação.

Ocorre que, em muitas das vezes, a estabilidade entre indígenas e não-indígenas decorreu de uma “paz forçada”, de um contexto histórico extremamente adverso ao índio, no qual somaram-se fatores como a ausência de meios eficientes para que os indígenas tivessem seus direitos reconhecidos, a força armada de invasores, a inércia dos órgãos oficiais de proteção aos índios, e mesmo a conviência do Estado, que agiu de forma a promover a remoção dos indígenas para conceder títulos de propriedade a colonos. O E. Ministro Ayres Britto chega a mencionar o termo “arma limpa”, para descrever o “processo de dizimação sem derramamento de sangue” que caracterizou a “espremedura topográfica” das populações indígenas durante a história. A respeito, trago elementos que ilustram a forma como ocorreu o processo histórico de colonização e ocupação das terras indígenas no Mato Grosso do Sul, promovido com o impulso do Estado e do SPI:

Desde o início do século XX, com mais afinco a partir do Estado Novo (1937-45) de Getúlio Vargas, iniciou-se a ocupação pelos brancos da terra dos Guaranis Caiová. Os indígenas, que sempre viveram lá, começaram a ser confinados em reservas pelo governo federal, para liberar suas terras para os colonos que chegavam, no que se chamou de “A Grande

Marcha para o Oeste". A visão era a mesma que até hoje persiste no senso comum: "terra desocupada" ou "não há ninguém lá, só índio".

Era de gente que se tratava, mas o que se fez na época foi confiná-los como gado, num espaço de terra pequeno demais para que pudessem viver ao seu modo - ou, na palavra que é deles, Teko Porã ("o Bem Viver"). Com a chegada dos colonos, os indígenas passaram a ter três destinos: ou as reservas ou trabalhar nas fazendas como mão de obra semiescrava ou se aprofundar na mata. Quem se rebelou foi massacrado.

(Artigo Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui, de 22/10/12; extraído do site revista-epoca.globo.com; grifos meus)

Dados recentes apontam que os Kaiowá e Nandeva ocupam menos de 1% de seu território tradicional. Estão aldeados em 27 pequenas reservas, um total aproximado de 33.431 índios, estima-se ainda que existem 4.000 índios desaldeados, vivendo às margens de rodovias e periferias das cidades.

(...)

Expedientes de toda ordem eram utilizados para a obtenção ou apropriação das terras situadas dentro do grande território Kaiowá, realizada com a anuência do Governo que tinha interesse no povoamento e desenvolvimento desses vazios territoriais e populacionais. Além do descalabro muitas vezes ocorrido quanto à titulação de determinadas áreas, o método na maioria das vezes utilizado pelos fazendeiros para expropriarem os índios de suas terras tradicionais foi praticamente o mesmo em toda a região. Primeiro eram feitas advertências. Depois, ameaças e por fim, ocorria a expulsão. Os índios eram deixados nas margens de rodovias, próximo às reservas já demarcadas. Imediatamente, os fazendeiros queimavam as casas da aldeia e passavam o arado na terra para eliminar os vestígios da ocupação tradicional indígena. Em toda a região, a forma utilizada pelos fazendeiros para expulsar os índios foi a mesma. Muitos desses procedimentos estão documentados em ofícios e memorandos do SPI e da FUNAI e descrevem a resistência dos índios em abandonar seus tekohas. (Silva, 2002)." (PACHECO, Rosely A. Stefanos. Mobilização e retomada de territórios Guarani no sul do Mato Grosso do Sul. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Anais do XXII Simpósio Nacional de História. João Pessoa: ANPUH, 2003, grifos meus)

Em 1943 é criado o Território Federal de Ponta Porã, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, que libera as terras da região para a colonização. (...) No mesmo ano, em 1943, instala-se em pleno território indígena, a Colônia Agrícola Nacional de Dourados, CAND, retirando cerca de 300 mil hectares do domínio indígena. Segundo Lenharo (1986b: 47), as colônias eram "a menina dos olhos da política de colonização do Estado Novo".

(...)

No mesmo período, era criado o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), que iniciou suas atividades junto aos Kaiowá e Guarani cinco anos depois, ou seja, em 1915, com a demarcação de 8 reservas. No documento do funcionário Antonio Estigarribia, da inspetoria de Mato Grosso, datado de 1923, fica explicitado que cada uma dessas terras teria a extensão de 3.600 hectares (...) Analisando a demarcação dessas parcelas de terra para usufruto dos índios, percebe-se que a política do SPI estava, perfeitamente, integrada aos projetos de ocupação geopolítica da região. Para Pacheco (2004: 40), "com a demarcação das reservas criava-se a idéia de que as únicas terras indígenas eram essas, para onde os índios dispersos deveriam se dirigir ou levados compulsoriamente".

(...)

Ao demarcar essas porções de terra, mais do que garantir terras para os Kaiowá e Guarani, o governo estava preocupado em liberar terras para a colonização. Através da definição desses "pedaços de terra" como de posse dos índios, o Governo liberava, arbitrariamente, o restante do território indígena como "espaços livres para a empresa privada" (1992: 125). É o que deixa claro o administrador da CAND, em ofício dirigido ao chefe da I.R. 5o, do SPI, datado de

agosto de 1952: “Acredito que V. S. deve saber, que tanto o Serviço dos Índios, como a CAND, são dependências do Ministério da Agricultura, e nenhum diretor pode tomar qualquer medida drástica, sem autorização ministerial” (*Ofício do administrador da CAND, de agosto de 1952*). (...)

Vê-se que os índios são tratados como intrusos em suas próprias terras (ver Pacheco, 2004). O relatório do servidor Joaquim Fausto Prado, de 19 de julho de 1948 (p. 110), referindo-se aos índios na área da Cia. Matte Larangeira, dá conta que “os índios que ocupam essas terras negam-se a deixá-las e os invasores usam de todos os expedientes possíveis para expulsá-los ou para servirem-se deles como mão-de-obra em condições de servidão”, como atesta o Ofício, nº 2, de 12 de outubro de 1949, de Dayen Pereira dos Santos, funcionário do Posto Indígena Benjamin Constant, ao chefe da I.R. 5º. *Refere-se ele à expulsão de uma comunidade de 80 pessoas.*

“Agora estes índios foram de lá expulsos com toda a violência, por um grupo de civilizados, todos armados a armas cumpridas (fuzis e mosquetões), alegando eles que ditas terras estão reservadas para uma colônia agrícola (não sei se isto é exato).”

(...)

O SPI executou, com destreza, seu papel de desocupar territórios indígenas para que estes não impedissem o desenvolvimento regional. Deste modo, a política de confinamento dos índios buscou e alcançou, efetivamente, diversos objetivos importantes sob a ótica do desenvolvimento regional: impedir o indesejável confronto entre colonos e índios, que geraria instabilidade nos empreendimentos econômicos, a liberação das demais terras para a colonização e, ainda, a disponibilização de uma abundante mão-de-obra, necessária para a implantação de obras públicas como as rodovias e dos empreendimentos agropecuários. (...) Os novos ocupantes das terras indígenas sempre puderam contar com o apoio do órgão de proteção aos índios na sua liberação. O SPI firmou entendimento de que os índios fora das reservas eram “índios desaldeados”, atribuindo-se a si a tarefa de aldeá-los, ou seja, transferi-los para dentro das reservas demarcadas. Contribuiu, dessa forma, para sedimentar argumentos que contestam o conceito de ocupação tradicional, explicitado no texto constitucional de 1988.” (BRAND, Antonio; FERREIRA, Eva Maria Luiz; ALMEIDA, Fernando Augusto Azambuja de. O processo de demarcação das reservas indígenas Kaiowá e Guarani, no Mato Grosso do Sul, pelo SPI, e os conflitos de terra, entre as décadas de 1910-1940. In: *SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História*. São Leopoldo: Unisinos, 2007, grifos meus)

“O ponto crítico deste processo, foi a criação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados, em 1943. (...) Houve muitos confrontos entre índios e colonos. A invasão das terras guarani kaiowá foi extremamente violenta. As aldeias foram destruídas, os índios expulsos e suas casas queimadas. Muitos foram os índios e índias mortos em confrontos com colonos e mesmo com policiais militares. As comunidades guarani kaiowá foram dispersas, indo para as reservas, para fundos de fazendas ou refugiar-se no interior das matas.

(...)

Do início ao final do século XX, os Guarani Kaiowá foram, portanto, submetidos a dois processos simultâneos. Por um lado, desde a criação das reservas pelo SPI, eles foram pouco a pouco sendo confinados em pequenas áreas de terra. Por outro lado, eles foram dispersos, sendo absorvidos como trabalhadores nas fazendas, ou refugiando-se nas matas. Os dois processos acabam resultando em confinamento, pois a partir do momento em que já não há matas para refugiarem-se, as comunidades passam a amontoar-se nas reservas e nas poucas aldeias ainda existentes.

Na década de 1980, quase a totalidade do território guarani kaiowá está titulada em nome de terceiros. As terras são restritas, o gado toma o lugar do homem. Explode uma das mais graves consequências deste processo: os suicídios.”

(Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul, org. CIMI - Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 11/12)

Os informantes destacam duas causas básicas para explicar o abandono dos diversos tekoha “a pressão dos novos colonizadores, ou seja, a implantação das fazendas e da Colônia Agrícola Nacional de Dourados; e o excesso de doenças, tais como sarampo, catapora, tuberculose, malária e outras, incluindo a prática do feitiço.

(...)

As inúmeras doenças, contra as quais, em sua grande maioria, tradicionalmente, não tinham qualquer possibilidade de defesa, já são consequência direta da interferência dos novos colonizadores.

Enfraquecem a comunidade indígena e impõe a saída daquele espaço em busca do remédio necessário. *A única alternativa de encontrá-lo está na sede das Missões e dos Postos do SPI.” (BRAND, Antônio O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani: os difíceis caminhos da Palavra. 1997. 382f. Tese (Doutorado em História) - PUC/RS, Porto Alegre, grifos meus)*

Muitas vezes os indígenas expulsos optaram por evitar o conflito com os colonizadores, mesmo que sua vontade não fosse a de abandonar as terras que tradicionalmente ocupavam, fato que não pode ser interpretado em seu desfavor:

A estratégia dos índios era, inicialmente, procurar as aldeias mais próximas para aí se alojar. Mas “quando o fazendeiro aperta então procura a onde, pra pode fixa, acha lugar melhor” (21:9), Neste caso, a solução possível, acaba sendo o engajamento como mão-de-obra nas fazendas da região. (...) Quero destacar, em todo esse processo de esparramo e atropelo das aldeias, a reação dos Kaiowá/Guarani. Confirma-se, ao que parece, sua “índole dócil e pacífica” frente à violência dos novos colonizadores. Apesar dos registros em contrário, que devem ser atribuídos muito mais à violência inerente ao próprio processo de disputa da terra pelo colonizador, os Kaiowá/Guarani têm evitado a violência física e os confrontos armados. A violência física não fazia parte da sua estratégia frente ao avanço dos “nossos contrários”. (BRAND, Antônio O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani: os difíceis caminhos da Palavra. 1997. 382f. Tese (Doutorado em História) - PUC/RS, Porto Alegre, grifos meus).

Os Guarani Kaiowá, nos diversos momentos de sua história, estrategicamente, evitaram o confronto. As comunidades sempre preferiram refugiar-se em tekoha de parentes, fugir para as matas, ou aceitar certas imposições. Quando os tekoha foram destruídos e as matas todas derrubadas, uma situação limite configurou-se aos Guarani Kaiowá.

(Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul, org. CIMI - Mato Grosso do Sul, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região, São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 11/12, grifos meus)

Por estas razões, parece-me que o E. Min. Ayres Britto, ao mencionar que a ocupação tradicional não se perde devido a um “renitente esbulho”, não fez alusão ao termo *esbulho* como pensado no Direito Civil, no sentido de um esbulho perpetrado constantemente, dia a dia. Observe-se que o E. Ministro - em passagem já transcrita acima - declara que o indígena só deixa de efetivar a *ocupação tradicional* diante de uma “retração contemporaneamente

espontânea” (ou seja, espontânea na época em que se deu a retração). Aparenta, assim, que a imagem pretendida com o termo “renitente esbulho” foi a de um “esbulho histórico”, a trazer à mente aquela situação típica, na qual o índio é removido do local em que tem seu *habitat*, sendo forçado a permanecer fora do seu território contra sua vontade, algumas vezes mantendo-se em conflito, outras permanecendo pacificamente nas matas ou aldeias para as quais foi expulso, outras vezes até vindo a trabalhar para os invasores, para manter contato com sua terra.

Além disso, a interpretação de que a tradicionalidade da ocupação descaracterizar-se-ia diante de um contexto pacífico, conduziria a uma redução excessivamente drástica do âmbito de proteção do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, em contrariedade ao princípio da *máxima efetividade da Constituição*. Historicamente, o processo de invasão e expulsão dos povos indígenas se consumou, em sua maior parte, no final do século XIX, e no início e meados do século XX. Assim, exigir um estado contínuo de conflito desde aquela época histórica implicaria esvaziar em grande parte o conteúdo do art. 231, § 6º, CF, pois restringiria a caracterização da *ocupação tradicional* ao reduzido número de casos nos quais a expulsão dos indígenas se deu pouco antes ou após a promulgação da Constituição Federal, o que poderia legitimar a titularidade de terras obtidas à força, mesmo em locais onde o traço de *tradicionalidade* que liga o índio à terra não se perdeu. Recordo, mais uma vez, que o E. Ministro Ayres Britto, em sua relevantíssima “confirmação de voto”, manifestou-se no sentido de que a intenção do constituinte originário “foi resgatar mesmo uma *dívida histórica* e assentar um compromisso fraternal, essa terceira geração de direitos do indivíduo” (grifos meus), e também a de superar “de uma vez por todas, a visão do colonizador sobre os índios”.

Cabe recordar, também, que a proteção dos direitos dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam é bastante antiga em nosso Direito. Constitucionalmente, desde a Constituição Federal de 1934 (art. 129) é resguardado o direito do indígena sobre seus territórios. Legislativamente, a proteção vem desde o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, ainda no período do Brasil Colônia. Assim, seja qual for o momento histórico no qual se deu a expulsão dos indígenas de seu território - antes ou depois da Constituição Federal de 1988 -, o que terá se verificado é a *invasão de propriedade da União*, impedindo que daí seja gerado qualquer direito em favor daquele que promoveu a invasão. A respeito, explica o E. Min. Eros Grau, em seu voto proferido na Petição nº 3.388/RR: “A suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol há disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configura evidente tolice, rematada insensatez. *O que se dá, aí, é invasão de propriedade pública, a União estando vinculada pelo dever de proteger essas terras.* (...) Permito-me insistir em dois pontos. Primeiro: as terras que os índios tradicionalmente ocupam são bens da União e devem ser demarcadas como são. Segundo: disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios é algo impossível; pois quando dizemos disputa aludimos a uma oposição entre direitos e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum.” (grifos meus). No mesmo sentido, o E. Min. Celso de Mello: “Cumpra ter presente, por isso mesmo, a *correta* advertência feita por DALMO DE ABREU DALLARI (*‘O que são Direitos das Pessoas’*, p. 54/55, 1984, Brasiliense): (*‘(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.’ (grifei)*” (RE nº 183.188, Primeira Turma, v.u., j. 10/12/96, DJ 14/02/97).

Citando o mesmo trecho do E. Prof. Dalmo de Abreu Dallari, igualmente se pronunciou o E. Min. Ricardo Lewandowski.

Outrossim, a conclusão de que a expulsão violenta dos indígenas não descaracteriza a existência de *ocupação tradicional*, nem se confunde com o *abandono espontâneo* das terras, também é extraída do art. 21 da Lei nº 6.001/73, que declara que as terras espontaneamente abandonadas pelos indígenas retornam à *posse e domínio da União* - e não, portanto, à posse e domínio de particulares -, *in verbis*:

Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.

Em artigo sobre o tema, o E. Min. Gilmar Mendes esclarece a interpretação do dispositivo:

26. Nessas condições, não há como deixar de reconhecer que, em caso de *desdestinação* ou *desafetação* das terras do domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura sua reversão ao domínio pleno da União. Esta é a única solução compatível com o nosso sistema constitucional, que, desconhece forma de extinção do domínio público por *desdestinação* ou *desafetação*.

27. Daí ter o legislador federal estabelecido no art. 21, do Estatuto do Índio, que: “Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.”

(...)

29. A norma referida contém, todavia, uma ressalva de fundamental importância. Verifica-se a *desdestinação* ou a *desafetação* apenas das terras espontaneamente abandonadas pelos silvícolas. Subsiste íntegro, portanto, o caráter indígena das áreas onde se tenha verificado a *desocupação forçada, violenta e criminosa*. Em qualquer hipótese, não se pode colocar em dúvida o domínio inquestionável da União. (Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, nº 86, p. 123/124, abr./jun., 1988, grifos meus)

Assim, afigura-me que o mais relevante para o modelo do “fato indígena” trazido pelo C. Supremo Tribunal Federal não é exatamente saber se o ato hostil ou violento que removeu o grupo indígena foi posteriormente seguido de uma situação pacífica, mas sim saber se o indígena, retirado para outras regiões, *manteve ou não* seu contato cultural, religioso e psicológico com a terra que ocupava. Valer dizer, é necessário saber se o caráter de *tradicionalidade* da ocupação foi mantido ou não.

Observo que a exigência de que seja mantido o caráter *tradicional* da ocupação é exatamente o que afasta o argumento de que grandes cidades, ou Copacabana, poderiam ser reputadas terras indígenas. Isto porque se o grupo indígena perde seu vínculo cultural e psicológico com a terra que ocupava, deixa de existir ocupação *tradicional* indígena.

Parece-me que o E. Superior Tribunal de Justiça também adota a orientação de que a *ocupação tradicional* não se perde por uma convivência pacífica entre indígenas e não-indígenas, buscando-se saber, nestes casos, se vínculo de *tradicionalidade* que liga o indígena à terra foi mantido após o ato hostil que culminou em sua expulsão. Neste sentido, trago o seguinte precedente da E. Primeira Seção daquela Corte Superior, no qual os indígenas passaram a trabalhar pacificamente para os não-indígenas, após o desapossamento:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT.

1. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas.

2. Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por este tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade.

3. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF.

4. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ.

5. Mandado de segurança denegado (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009).

(MS nº 14.746, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, v.u., j. 10/03/10, DJ 18/03/10, grifos meus)

Extraí-se do voto da E. Ministra Relatora:

Logo, uma vez constatada a posse imemorial na área, não se há de invocar em defesa da propriedade o seu título translativo, sendo ainda inservível a cadeia sucessória do domínio, documentos que somente servem para demonstrar a boa-fé dos atuais titulares, sem eliminar o fato de que os índios foram crescentemente usurpados das terras de ocupação tradicional, sendo forçados a tornarem-se empregados nas fazendas para não deixar romper o vínculo social, histórico e afetivo com os lugares que tinham como referência de suas vidas.

Revela-se pertinente para a compreensão do art. 231, § 1º, da CF/88 e para exame da questão, a leitura de trecho do voto exarado pelo relator Min. Carlos Ayres Britto na Pet 3.388/RR, Pleno, DJ 19/03/2009, quando o STF discutiu a demarcação continuada da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Vejamos:

(...)

Restou definido que a data da promulgação da Constituição (05/10/1988) constitui o parâmetro que deve ser levado em conta para aferir-se a ocupação de terras pelos indígenas. Deve ser demonstrado que os índios, àquela data, já estavam localizados na área a ser demarcada - MARCO TEMPORAL.

Ficou, ainda, definido que a ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende como mera posse da terra, no conceito de direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade; se os índios têm a noção de que a discutida região forma um só ser com a comunidade: é a cosmovisão mencionada pelo Min. Britto - MARCO TRADICIONALISTA DA OCUPAÇÃO.

No caso dos autos, como bem frisou o parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, ficou demonstrado por meio de laudo elaborado pela FUNAI que a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos 40 por pressão de fazendeiros (fl. 25).

Aferiu-se, ainda, que a comunidade indígena permaneceu na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra. (grifei)

Parece-me, assim, que a verificação do “fato indígena” exige, em resumo: a) *presença* do grupo indígena no território reclamado, que não se perde por ato de violência, ameaça, ou

por posse pacífica do invasor; b) manutenção da característica de *tradicionalidade*, ou seja, do vínculo cultural, religioso e psicológico que liga o indígena à terra; c) verificação de que a *presença indígena* - a qual, reitero, não se perde por expulsão forçada do indígena ou posse pacífica do invasor - e a *tradicionalidade* existiam à época da promulgação da Constituição.

Feitas estas considerações, penso haver elementos concretos indicativos da razoável possibilidade de que a terra ora em conflito (*Fazenda Remanso Guaçu*) esteja em território de *ocupação tradicional indígena*.

Como anteriormente descrito, a área em disputa já foi objeto de estudo antropológico aprofundado, que concluiu tratar-se de território de ocupação tradicional indígena. Ocorre, porém, que o processo administrativo foi invalidado por ausência de contraditório - e tão somente por isso. Assim, ainda que seja necessário refazer o referido procedimento, para que seja validada a demarcação da área - o que, aliás, já está em andamento - há, no mínimo, fortíssimo elemento de prova indicando inquestionavelmente de que as terras disputadas atendem ao disposto no art. 231, § 1º, da Constituição Federal.

Além disso, procede a alegação da FUNAI de que, em outros mandados de segurança impetrados por detentores de terra daquela região contra a Portaria nº 1.289/05, o processo de demarcação foi declarado válido, a exemplo do MS nº 10.994, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, v.u., j. 08/03/06, DJ 27/03/06.

Existindo, portanto, elementos nos autos que indicam que a área em disputa constitui território de *ocupação tradicional indígena* e presentes os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92 - tendo em vista o risco de reavivar animosidades hoje contidas, colocando em perigo a segurança, a ordem pública, e o interesse social -, deve ser mantida a decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAIS:

Cuida-se de agravo interposto por Flávio Páscoa Teles de Medeiros contra decisão proferida pelo eminente Presidente do Tribunal que, atendendo a pedido deduzido, na forma do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, deferiu a suspensão da execução de sentença exarada nos autos da Ação Possessória nº 2004.60.02.000047-2 - que determinara a reintegração de posse na Fazenda Remanso Guaçu, ocupada por indígenas da etnia Guarani-Nhandeava - até o trânsito em julgado verificado na ação subjacente.

Submetido o agravo a julgamento na sessão de 09/01 p.p., o Órgão Especial, por maioria, negou-lhe provimento, restando vencido nosso posicionamento, vazado no sentido de lhe dar parcial provimento para restringir, temporalmente, a eficácia da suspensão concedida, conforme voto que a seguir passo a declarar.

De logo, cumpre consignar que na via da suspensão não nos impende examinar, propriamente, a juridicidade da sentença cuja execução almeja-se paralisar, motivo por que a existência de direito dos indígenas à permanência nas terras objeto da disputa judicial constitui discussão

a ser solvida na esfera judicial adequada, de competência do juízo de primeiro grau e do órgão fracionário do Tribunal que receber o recurso.

De fato, é de se preservar a sede própria ao deslinde da controvérsia, que é a ordinária, relegando-se ao pedido de neutralização a verificação de potencialidade lesiva aos bens jurídicos protegidos neste excepcional âmbito, no qual se tolera, apenas, singelo juízo de delibação acerca da questão de fundo colocada, e ainda assim para se verificar se não se está diante de absurdidade jurídica.

Postas essas balizas, diante do laborioso voto proferido pelo Presidente do Tribunal, não temos dúvida em acompanhar Sua Excelência quanto à necessidade, por ora verificada, de sustar a operatividade da decisão exarada em Primeiro Grau de Jurisdição.

Com efeito, considerando a delicadeza da questão indígena vivenciada no Estado de Mato Grosso do Sul, bem contextualizada no voto do ilustrado Presidente, não podemos descartar eventuais conseqüências funestas da pronta execução da sentença, de molde a atingirem-se a ordem e a segurança públicas. Dentro desses possíveis e nefastos corolários da instrumentalização da decisão judicial, avulta a possibilidade de ocorrência de conflitos entre indígenas e os particulares, de modo a desequilibrar uma situação que, até este momento, vem-se revelando bastante apaziguada, com os índios ocupando restrita parcela das terras em questão. E, de outra parte, cingindo-nos àquele mínimo juízo de delibação típico dos pedidos de neutralização, certo é que o ilustre Presidente trouxe à cogitação do Órgão Especial alguns dados que insinuam a viabilidade jurídica de - em tese - avistar-se assistir razão aos indígenas. Realmente, há subsídios que autorizam antever a possibilidade de estarmos diante de terras de tradicional ocupação indígena, se bem que - forçoso repetir - o desfecho dessa temática está atrelado à seara jurisdicional natural.

A bem da verdade, o que motivou-nos a discrepar, ainda quando parcialmente, do entendimento defendido pelo ilustre Relator, é a fixação da eficácia da medida de suspensão tal qual procedida por Sua Excelência.

Na inicial do pedido de sustação, a FUNAI requereu a vigência da medida até a conclusão do processo de demarcação ou, subsidiariamente, até o trânsito em julgado da ação originária. A seu turno, o eminente Presidente encampou a segunda opção.

Com a devida vênia, temos francas reservas quanto a esse modo de pensar. Assim porque assinalar o trânsito em julgado como marco final da vigência suspensiva importaria, em nosso crer, infirmar a jurisdição de vários órgãos judicantes que, certamente, serão conclamados a atuar na ação ordinária, inclusive as Superiores Instâncias. Aniquilaria, ilustrativamente, a possibilidade de oferta de medidas cautelares e a eventual acolhida de providências intrínsecas ao poder geral de cautela do magistrado, cuja adoção, a futuro, possa ser recomendada, tudo num cenário de total esvaziamento da esfera jurisdicional, mormente dos Tribunais Superiores.

Não descuramos que o condicionamento da duração do decreto de suspensão ao trânsito em julgado escora-se em texto legal, constante do artigo 4º, 9º, da Lei nº 8.437/92, lá inserido por obra da Medida Provisória nº 2180-35/ 2001. De fora parte o aparente despropósito da lei de regência nesse particular, fato é que, a nosso entender, a norma contempla uma mera possibilidade, que pode ser flexibilizada ou abrandada mediante simples decreto de parcial acolhida do pedido de suspensão, de molde que outro termo *ad quem* para a suspensão dos efeitos da medida judicial seja estatuído.

Nesse diapasão, “conquanto o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 disponha expressamente

que a ‘suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, nada obsta a que o Presidente delimite tempo inferior àquele estabelecido na legislação. Tal dispositivo, portanto, só é de ser aplicado no silêncio da decisão quanto à duração de seus efeitos”. (STJ, Corte Especial, SL nº 162, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 04/10/2006, DJU 11/12/2006 *apud Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Ed. Saraiva, 42ª ed.)

Dessa sorte, pensamos ser de cautela vincular a vigência da suspensão à superveniência de decisão deste Tribunal nos autos da ação subjacente, dentro da seara recursal ordinária própria. Convenha-se em que essa sugestão salvaguardaria a atuação das Cortes Superiores, e não deixaria ao limbo o requerente da medida de paralisação - no caso, a FUNAI - pois, a depender do que será deliberado por esta Corte em grau recursal, ser-lhe-á admissível buscar nova neutralização perante as Superiores Instâncias (STJ/STF).

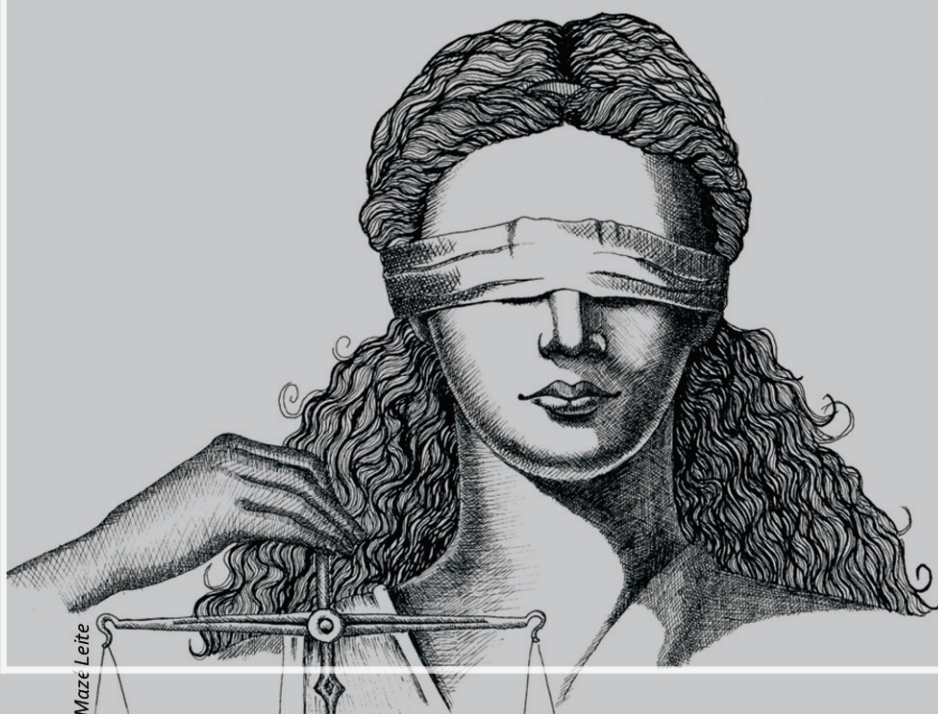
Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo, para restringir o lapso temporal de vigência da suspensão deferida, até que haja decisão desta Corte a ser proferida em recurso interposto na ação subjacente.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

- Sobre conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 39/133; SL 2005.03.00.064067-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 73/69; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7; AI 2000.03.00.055798-3/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 98/227; AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 101/141; SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 105/285; SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 112/252 e AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 115/167.

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0002648-28.2004.4.03.6002
(2004.60.02.002648-5)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: NEDILE REGINATTO
Réus Absolvidos: FERNANDO PORTILHO LOPES E ANA ZENI REGINATTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA TÂNIA MARANGONI
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS
Classe do Processo: ACr 51564
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRATO DE DEPÓSITO, GUARDA E CONSERVAÇÃO DE PRODUTOS VINCULADOS A EMPRÉSTIMOS DO GOVERNO FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESVIO DE GRANDE QUANTIDADE DE GRÃOS. MAIOR CULPABILIDADE. CAUSA DE AUMENTO. ART. 168, § 1º, INC. III, DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. A materialidade delitiva evidenciada pelos autos de vistorias realizadas pela CONAB. Comprovada a perda, deterioração e desvio de produtos agropecuários depositados em armazéns da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA.

2. A versão do co-réu Nedile, negando a ocorrência do desvio, justificando que as perdas foram ocasionadas pelas condições precárias de armazenamento dos produtos, não encontra respaldo na prova produzida pois, se a deterioração tivesse sido a causa do desaparecimento dos produtos deveriam existir ao menos restos dos grãos apodrecidos ou embolorados, o que não ocorreu.

3. As precárias condições de armazenamento não podem justificar a perda de toneladas dos produtos (arroz e milho), não se podendo imputar à fiscalização e tampouco ao órgão de acusação o ônus de provar o destino desses produtos, dado que desapareceram do armazém quando estavam sob custódia do co-réu NEDILE, sócio proprietário e administrador da empresa.

4. Com relação ao arroz com casca ensacado sequer se pode falar em deterioração visto que todo o produto desapareceu do armazém, denotando que os produtos foram, efetivamente, desviados pelo depositário.

5. Embora o co-réu FERNANDO tenha assinado o contrato como fiel depositário, as provas testemunhais produzidas nos autos corroboram a tese da defesa no sentido de que FERNANDO era motorista do armazém e empregado do co-réu NEDILE, não tendo poderes de administração para zelar pelo armazenamento e conservação dos produtos que transportava. O co-réu NEDILE era sócio e responsável pela administração da empresa. Autoria comprovada.

6. Pena-base fixada acima do mínimo legal, apesar do acusado ser tecnicamente primário e não possuir antecedentes criminais. Consideradas as graves consequências do desaparecimento de grande quantidade de grãos: mais de duas toneladas de arroz

e mais de meia tonelada de milho, vinculados a políticas públicas na área alimentar no país, denotando maior culpabilidade do agente. Pena-base fixada em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 18 dias-multa.

7. Inexistência de agravantes ou atenuantes. Aplicada a causa de aumento do inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal: o apelado recebeu os produtos em depósito em razão de sua atividade profissional, devido ao ramo específico de sua empresa. Pena aumentada em 1/3, resultando em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 24 dias-multa.

8. Delito cometido em continuidade delitiva averiguada com as diversas vistorias tendo persistido no mesmo “modus operandi”. Aplicação do art. 71 do Código Penal, com aplicação da majorante à razão de 1/6, resultando a pena definitiva de 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão e 28 dias-multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, vigente à época dos fatos. Regime inicial aberto.

9. Pena inferior a 4 anos. Delito não foi cometido com utilização de violência ou grave ameaça, réu não é reincidente e as circunstâncias previstas no art. 44, inc. III, do Código Penal, indicam que a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos será suficiente a título de reprimenda. Substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos: uma pena de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária equivalente a 20 (vinte) salários mínimos, que reverterá em prol de entidade beneficente a ser indicada pelo juízo da execução penal. Manutenção da pena de multa arbitrada.

10. Recurso ministerial provido para reformar a sentença e condenar o co-réu NEDILE REGINATTO pela prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, c.c. art. 71, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação ministerial para reformar a sentença e condenar o co-réu NEDILE às penas de 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, no regime inicial aberto, e 28 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de janeiro de 2013.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI (Relatora): Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal em face da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal de Dourados - MS, que absolveu os réus NEDILE REGINATTO, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, ANA ZENI REGINATTO e FERNANDO PORTILHO LOPES, pelo artigo 386, V, do mesmo Diploma penal, todos acusados da prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Consta da denúncia (fls. 02/05) que NEDILE REGINATTO e ANA ZENI REGINATTO na qualidade de sócios e dirigentes da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA. celebraram com o Banco do Brasil S/A, em 30/01/1995, contrato de depósito para guarda e conservação de produtos vinculados a “Empréstimos do Governo Federal - EGF”, assumindo o empregado FERNANDO PORTILHO LOPES o encargo de fiel depositário dos produtos. Em vistorias realizadas em 30/04/98 a CONAB constatou o desvio de “559.381 Kg de milho em grãos da safra 93/94” e, em desvio e perdas em armazenamento de “2.047.686 Kg de arroz em casca das safras de 92/95”, conforme notificações referentes aos anos de 1996 a 1998.

A denúncia foi recebida em 27/01/2005 (fl. 42).

Os réus foram interrogados (fls. 245/248 e 278/279) e apresentaram defesa prévia (fls. 235 e 285/286).

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público foram ouvidas às fls. 376/377, 424/425 e as de defesa às fls. 440, 482 e 487.

Em alegações finais o Ministério Público Federal pugnou pela condenação de NEDILE REGINATTO e pela absolvição dos demais réus, nos termos do artigo 386, VIII do Código de Processo Penal (fls. 485/491).

Os réus apresentaram suas alegações finais às fls. 509/511 (Nedile e Ana) e 525/528 (Fernando), pleiteando a absolvição.

A sentença absolutória foi proferida em 18/04/2012 (fls. 545/549).

Apela o Ministério Público Federal pugnando pela condenação do acusado NEDILE REGINATTO, pelas razões que seguem:

1. A materialidade delitiva restou comprovada pela documentação trazida nos autos pelo Banco Central do Brasil, em especial, os “Termos de Notificação e Vistoria”.

2. A autoria em relação ao réu NEDILE REGINATTO restou patente pelo contrato social da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., o qual atesta que o acusado é responsável por todos os atos de gestão da empresa; pelos depoimentos prestados em sede policial e em Juízo, no qual tentou se justificar, alegando que não se apropriou dos produtos e que entrou em contato com a CONAB para informar que eles se deterioraram devido às condições de armazenamento, à céu aberto.

3. As condições de armazenamento não eram propícias para a conservação e guarda de cereais. Foram constatados desvios/perdas de 2.047.686 Kg de arroz em 6 vistorias, sendo 5 delas apurada a perda parcial dos grãos armazenados em quantia menor do que foi depositado originalmente. Em vistoria realizada pela CONAB em 04/02/97, verificou-se o desaparecimento total (100%) de 525.088 Kg da safra de arroz (94/95), vinculada as CDAs 55.4375.0006-0 e 55.4375.0001-0, e, do milho, do total de 1.974.139 Kg constatou-se o desaparecimento de 559.381 Kg, já descontada a margem de segurança tolerada pela CONAB (10%), sem explicação plausível, evidenciando-se que o acusado agiu com dolo, apropriando-se e, posteriormente, desviando/alienando os grãos, incorrendo na conduta prevista no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

4. Pede ainda que na fixação da pena sejam sopesadas circunstâncias como maus antecedentes e a conduta social do acusado, que se apropriou da *res publica*, causando lesão a interesse de toda coletividade, o que merece um grau maior de reprovabilidade.

Com as contra-razões vieram os autos a esta Egrégia Corte, onde a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença, para condenar NEDILE REGINATTO como incurso no artigo 168, *caput*, do Código Penal (fls. 570/574).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI (Relatora): Recorre o Ministério Público contra a sentença que absolveu o acusado NEDILE REGINATTO da acusação do crime previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, do Código Penal, por entender o D. Magistrado “a quo” que o acervo dos autos não era suficiente para demonstrar o crime de apropriação indébita.

A materialidade delitiva está evidenciada no conjunto probatório, especialmente nos autos das vistorias realizadas pela CONAB que comprovam a perda e o desvio de produtos agropecuários depositados em armazéns da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., da qual o co-réu NEDILE REGINATTO era sócio e responsável pela administração. As perdas e deteriorações dos produtos (arroz e milho) foram descritas na sentença de primeiro grau nos seguintes termos:

Nos termos de vistorias realizadas à época pelos fiscais, consta, inicialmente, somente a *divergência quantitativa* entre o produto depositado e o aferido na oportunidade do ato de fiscalização, consoante termo nº 012119, 03/12/1997 (fl. 09 e 68, do IPL); enquanto, nos seguintes (nº 009282 e 009284, 30/10/1996, fls. 57/58, do IPL), foi aferida, além da *falta de higienização do local*, também a perda *em armazenamento (diferença de 4,93%)*. Já a partir das demais fiscalizações, conclui-se pela existência de *produto derramado e perda de percentual de 25,13% de grãos de arroz*, além da já verificada irregularidade na falta de higienização, nos termos de nº 011994, 17/09/1997 (fl. 61, do IPL), e no de nº 011874, a *perda de 25,24%*, em 24/07/1997 (fl. 72, do IPL).

Nos termos de nº 009318/009319 (04/02/1997, fls. 64/65 IPL) e nº 008245 (28/04/1998, fl. 116 IPL) constam a perda mais significativa de cereais, além da irregularidade da falta de higienização e produto derramado, já citados, a averiguação de *insetos vivos no local* (graneleiro). Aferiu-se no primeiro a *perda de 100%* das CDAs (6-0, 2-8, 1-0, safras 92/95 arroz) e o *percentual de 46,42%* das CDAs terminadas em 3-6 (safras 92/95 de arroz) e *17,06%* da CDA 4-4 (safras 92/95 de arroz); enquanto na segunda vistoria a *perda física de milho (559.381)* correspondente a 28,33% (descontando-se 10% desvio técnico). - fl. 546

O Juízo de Primeiro Grau, no entanto, absolveu da acusação de apropriação indébita o sócio administrador da empresa ao fundamento de que não evidenciado o elemento subjetivo do tipo (*animus rem sibi habendi*), conforme se verifica dos trechos da sentença a seguir destacados:

Como se infere do relato supra, ficou atestado, além das condições de ambientação desfavoráveis para a guarda e conservação (falta de higienização, presença de insetos, produto derramando), o desvio ou perda dos produtos agrícolas, objeto do contrato de depósito formulado com a pessoa jurídica Alvorada Armazém Gerais Ltda., representada pelo então sócio

dirigente e réu NEDILE REGINATTO.

Atestada, inclusive, a regular fiscalização da CONAB, mediante a notificação oportuna do contratante responsável, o réu NEDILE REGINATTO, na qualidade de representante legal, para regularizar a guarda dos produtos aos termos do contrato de depósito, seja conservando os grãos em ambiente adequado, com reposição dos produtos desviados ou perdidos, bem como, com a consequente indenização da diferença a menor aferida nas vistorias.

Logo, cabia ao contratado, na qualidade de sócio e representante da empresa ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., Sr. Nedile Reginatto, cumprir as obrigações contraídas no contrato de guarda e conservação dos produtos, zelando pela integralidade e quantidade dos bens confiados em razão do instrumento civil do depósito.

No entanto, o tipo penal exige, como dito, a caracterização de todas as elementares insculpidas no dispositivo legal, *in casu*, a subsunção exata da conduta dos acusados à descrição normativa do art. 168, § 1º, III do CP.

Desta sorte, não ficou demonstrado, com os termos de vistoria relatados, se este desvio e perda dos grãos de milho e casca de arroz (desvio de “559.381 kg de milho em grãos da safra 93/94” e desvio e perda em armazenamento de “2.047.686 kg de arroz em casca das safras de 92/95”) se deu a título de dolo ou culpa e se esta quantidade foi efetivamente apropriada pelo contratante ou se tão somente deteriorado em razão do tempo ou má conservação. Frise-se, não há qualquer alusão à causa dessa diferença quantitativa dos produtos agrícolas pelos fiscais, ou destinação dada pelo depositário, mas tão somente, menção da perda e desvio, bem como, das condições desfavoráveis (falta de higienização e presença de inseto) do armazenamento do produto.

(...)

O desvio ou perda decorrente da mera deterioração ou má conservação, apesar de estar inserida no âmbito das responsabilidades do Depositário, não se traduz no resultado material do crime de apropriação indébita, ou seja, a inversão em definitivo da posse dos bens, seja em proveito próprio ou alheio, e o elemento subjetivo do tipo *animus rem sibi habendi*.

Mesmo que haja responsabilidade convencional pela conservação dos produtos guardados pelo réu NEDILE REGINATTO, na qualidade de representante da ALVORADA ARMAZÉNS GERAIS LTDA., as consequências deste ato, seja conduta dolosa ou culposa, não ultrapassou a esfera civil, visando atestar a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal do art. 168, § 1º, III do CP.

O Direito Penal, como sabido, é subsidiário, só atua quando os demais ramos são inoperantes ou ineficientes para a pacificação social, ou ainda, quando bens fundamentais são ameaçados ou ofendidos, especialmente em razão do seu princípio gestor, a fragmentariedade da norma criminal.

Outrossim, impera no ordenamento criminal a responsabilidade subjetiva e não é aceita, sequer, resquícios da culpabilidade do autor, porque a pessoa que infringe as leis penais responde pelo fato praticado, em razão de ação ou omissão, nunca pelo que foi ou é (personalidade e conduta social).

Como discorrido, há nos autos prova extensa e robusta da perda e desvio dos produtos agrícolas (desvio de “559.381 kg de milho em grãos da safra 93/94” e desvio e perda em armazenamento de “2.047.686 kg de arroz em casca das safras de 92/95”) vinculados a EGF e sob a posse direta do acusado NEDILE REGINATTO, em razão do contrato de depósito para guarda e conservação (fl. 10 IPL).

Ao revés, o acervo judicial não torna inconteste a prática pelo acusado Nedile de todas as elementares do art. 168, § 1º, III do CP, porque não atesta que a posse desses produtos, desviados e perdidos, foi invertida para a esfera de disponibilidade do representante da contratada, seja em proveito próprio ou alheio, requisito indispensável para a caracterização criminosa da conduta e a existência material do delito.

Registre-se que o tipo penal do art. 168, § 1º, III do CP é material, exige além da mera conduta o resultado previsto na norma, a “apropriação” da coisa alheia móvel que o possuidor

ou detentor de forma dolosa e consciente da reprovabilidade social de sua conduta, outrora, recebeu legitimamente.

Logo, se não restaram demonstrados pelas provas produzidas em juízo todos os requisitos do tipo legal do crime de apropriação indébita, consubstanciados na posse ou detenção, qualidade de móvel do bem depositado e o *animus rem sibi habendi* na conduta do réu, não há comprovação da ocorrência do art. 168, § 1º, III do CP. - fls. 546 verso/547 verso.

Ao contrário do entendimento adotado pelo Juízo de Primeiro Grau, no entanto, estão configurados todos os elementos do tipo descrito no artigo 168 do Código Penal dado que não se trata apenas de deterioração dos produtos armazenados, mas sim de *desaparecimento (desvio)* de 525.088 kg (quinhentos e vinte e cinco mil e oitenta e oito quilogramas) de arroz com casca ensacado da safra de 94/95, vinculados às CDAs 55.4375.006-0 e 55.4375.0001-0 (fls. 64 a 66 dos autos do inquérito policial em apenso).

Com relação ao milho, verifica-se também o *desvio (desaparecimento)* de quantidade correspondente a 28,33% (já descontado o desvio técnico de 10% admitido pela CONAB), o que corresponde a 559.381 kg (quinhentos e cinquenta e nove mil trezentos e oitenta e um gramas) de milho.

No interrogatório judicial o co-réu NEDILE REGINATTO negou a ocorrência do desvio, justificando que as perdas foram ocasionadas pelas condições precárias de armazenamento dos produtos. Segue a transcrição do depoimento:

que o interrogando era proprietário, junto com sua esposa Ana Zeni, da empresa Alvorada Armazéns Gerais Ltda. Que recebia nesse armazém depósito de produtos vinculados a EGF e AGF do governo federal. Que não fez os desvios dos produtos indicados na denúncia. O que ocorreu foi que na época houve uma sobrecarga nos armazéns e a Conab autorizou o armazenamento a céu aberto do arroz. O armazém do depoente fez armazenamento a céu aberto do arroz, cobrindo com lona preta, tipo essas usadas em barracos de sem-terra. A chuva e o vento acabavam por levantar essas lonas molhando o arroz. Inclusive o armazém teve que trocar essas lonas por várias vezes. O arroz ficou depositado nesse sistema por uns dois ou três anos. Que houve muita perda em razão desse tipo de armazenagem. Nesse período, a Conab foi retirando produto de arroz que era vendido ou transferido e ao final acabou se detectando essa quebra. Que nessas retiradas da Conab, se verificava que parte do arroz, que ficava na parte de baixo e nas laterais da lona, estava podre, e esses carregamentos eram feitos só com o arroz bom, o que estava estragado já era descartado ali. Por diversas vezes o depoente comunicou a Conab, por escrito, protocolando carta no Banco do Brasil local, informando sobre essas perdas e pedindo providências, mas eles só ficavam enrolando, retiravam poucas quantidades de arroz. Toda essa perda que teve foi deterioração do produto. Não desviou nada. Que em relação ao milho, foi depositado em armazém que não tem aeração e termometria, e por isso o armazém tinha que constantemente tirar o produto de um silo e passar para o outro, mas mesmo assim deu perda nessa armazenagem que ficou por cerca de cinco anos. Que ao final, quando foi retirado esse produto, teve uma parte que estava deteriorada. Por mais de uma vez, cerca de três ou quatro, comunicou por escrito a Conab para retirar o milho que estava se deteriorando. Que eles não atenderam de imediato mas quando atenderam constataram a perda do milho. Que nos contratos que fez com a Conab havia cláusula estipulando o percentual máximo de perda admissível na armazenagem conhecida como quebra técnica. Que o réu Fernando trabalhava no escritório do armazém, com procuração para mexer com coisas de banco, e até assinou alguns contratos desse com a Conab. Era o depoente quem administrava a empresa Alvorada Armazéns Gerais Ltda. Que sua esposa Ana Zeni Reginatto apenas era sócia da empresa, mas nem no armazém ela ia, não participava da administração,

mas chegou também a assinar alguns contratos desses com a Conab. Teve uma época em que o interrogando e a ré Ana Zeni estavam respondendo alguma coisa na justiça, e aí o co-réu Fernando por sugestão do Banco do Brasil assinou alguns desses contratos. Não conhece as provas do processo. Nada tem contra as testemunhas. Que responde a processo crime em Rio Brilhante. Às perguntas do ministério público: que os quantitativos indicados na denúncia como desvio de produto foram as perdas de armazenagem por deterioração do produto. Que o tipo de problema que tinha com a justiça na época das assinaturas dos contratos era com bancos. As perguntas da defesa: que a Conab não tinha prazo fixado no contrato para a retirada dos produtos. (fls. 245/246)

As precárias condições de armazenamento não podem justificar a perda de mais de uma tonelada de produtos (arroz e milho), não se podendo imputar à fiscalização e tampouco ao órgão de acusação o ônus de provar o destino desses produtos, dado que desapareceram do armazém quando estavam sob custódia do co-réu NEDILE, sócio proprietário e administrador da empresa.

Com relação ao arroz com casca ensacado, conforme acima consignado, sequer se pode falar em deterioração visto que todo o produto desapareceu do armazém, o que corrobora a acusação do Ministério Público Federal no sentido de que esses produtos foram, efetivamente, desviados pelo depositário.

Deve ser consignado, ainda, que se a deterioração tivesse sido a causa do desaparecimento dos produtos - conforme sustentado pelo co-réu NEDILE - deveriam existir ao menos restos dos grãos apodrecidos ou embolorados, o que não ocorreu, conforme apontado pelo Ministério Público Federal nas razões recursais.

A autoria do crime também está comprovada. Embora o co-réu FERNANDO tenha assinado o contrato como fiel depositário, as provas testemunhais produzidas nos autos corroboram a tese da defesa no sentido de que FERNANDO era motorista do armazém e empregado do co-réu NEDILE, não tendo poderes de administração para zelar pelo armazenamento e conservação dos produtos que transportava, pelo que era de rigor sua absolvição, conforme postulado pelo Ministério Público Federal em suas razões finais.

A absolvição da co-ré ANA ZENI REGINATTO também se impunha diante da comprovação de que, embora sócia da empresa de armazenagem com seu marido NEDILE, não participava das atividades da empresa sequer indiretamente, não podendo, pois, ser responsabilizada pelo desaparecimento dos produtos.

Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de apropriação indébita, passo à dosimetria da pena.

Na primeira fase de dosimetria da pena, atenta às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico pelas informações criminais constantes dos autos que o acusado é tecnicamente primário e não possui antecedentes criminais a desfavorecê-lo.

Por outro lado, consoante se verifica dos Termos de Notificação/Vistoria, o desaparecimento de grande quantidade de grãos em poder do apelado, mais de duas toneladas de arroz e mais de meia tonelada de milho, há que se considerar as graves conseqüências que resultaram tanto para a coletividade como para o ente público que deixou de executar as políticas públicas para o abastecimento alimentar no país, denotando maior culpabilidade do agente, o que obriga a exasperação da pena base, para patamar acima do mínimo legal, de modo que fixo a pena-base em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase da dosimetria da pena.

Na terceira fase, considerando que o apelado recebeu os produtos em depósito em razão de sua atividade profissional, devido ao ramo específico de sua empresa, deve ser aplicada a causa de aumento do inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal. Nestes termos doutrina *Guilherme de Souza Nucci*:

Ofício, emprego ou profissão: a apropriação, quando cometida por pessoas que, por conta das suas atividades profissionais de um modo geral, terminam recebendo coisas, através de posse ou detenção, para devolução futura, é mais grave. Por isso, merece o autor pena mais severa. Não vemos necessidade, nesta hipótese, de haver relação de confiança entre o autor e a vítima, pois o tipo penal não a exige - diferentemente do que ocorre no caso de furto qualificado (art. 155, § 4º, II)

(in “Código de Processo Penal Comentado”, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 561)

Com isso, aplicado o aumento de 1/3, a pena resulta em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Ainda, verifico estarem presentes as condições estabelecidas no artigo 71 do Código Penal, vez que o delito foi cometido em continuidade delitiva averiguada com as diversas vistorias (30/10/96, 04/02/97, 24/07/97, 17/09/97, 03/12/1997 e 30/04/98) tendo persistido no mesmo “modus operandi”, razão pela qual aplico a majorante relativa à continuidade delitiva à razão de 1/6, resultando a pena, em definitivo, de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, presentes os requisitos legais.

Por fim, observo que a pena corporal fixada é inferior a 4 (quatro) anos e o delito não foi cometido com utilização de violência ou grave ameaça, bem como o réu não é reincidente e as circunstâncias previstas no art. 44, inc. III, do Código Penal, indicam que a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos será suficiente a título de reprimenda.

Assim sendo, substituo a pena privativa de liberdade acima fixada por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, uma pena de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo, e prestação pecuniária equivalente a 20 (vinte) salários mínimos, que reverterá em prol de entidade beneficente a ser indicada pelo juízo da execução penal, além de manter a pena de multa já arbitrada anteriormente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença e, assim, condenar o réu NEDILE REGINATTO pela prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, inc. III, c.c. art. 71, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, substituída a pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes acima consignados.

É COMO VOTO.

Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI - Relatora

- Sobre a configuração do crime de apropriação indébita no caso de desvio de grãos vinculados a empréstimos do governo federal, veja também o seguinte julgado: ACr 2002.03.99.011977-0/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicada na RTRF3R 90/682.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL

0002649-80.2009.4.03.6117

(2009.61.17.002649-1)

Recorrente: VALDINEI JOSÉ TAVARES

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: VALDINEI JOSÉ TAVARES

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP

Classe do Processo: ACr 48748

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

DECISÃO

Recurso especial interposto pelo Valdinei José Tavares, com fulcro no artigo 105, inciso III, letras “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento à apelação.

Alega-se, em síntese:

- a) quem explora máquinas caça-níquel não comete crime de contrabando ou descaminho;
- b) *in casu*, o delito de contrabando deve ser absorvido pelo “crime fim (jogos de azar)”;
- c) caso não aplicado o princípio da consunção, deve incidir o princípio da insignificância, porque não há como se auferir o quanto de tributo deixou de ser recolhido, inclusive de acordo com o entendimento jurisprudencial;
- d) o réu deve ser absolvido, porque “não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito” nem mesmo há prova de que soubesse que as máquinas eram produto de “introdução clandestina ou da importação fraudulenta”.

Contrarrrazões às fls. 242/245, nas quais se sustenta que o recurso não deve ser conhecido e, quanto ao mérito, não merece provimento.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido tem a seguinte redação:

PENAL. CONTRABANDO. MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL. AUTORIA E MATERIALIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

- I - No caso, Valdinei José Tavares foi denunciado pelo Ministério Público Federal porque, no dia 26 de janeiro de 2009, ele foi surpreendido mantendo em depósito, em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, três máquinas do tipo caça-níquel com componentes de origem estrangeira, que devia saber ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem, ante a ilegalidade patente da atividade.
- II - A materialidade sequer foi impugnada no recurso mas não custa consignar que se encontra comprovada nos autos.

III - A autoria também é inconteste. O réu confessou que recebia percentual sobre o lucro auferido pelas máquinas do tipo caça-níquel encontradas em seu estabelecimento.

IV - O princípio da insignificância é inaplicável ao delito de contrabando.

V - A pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano, e restou substituída por uma pena de prestação pecuniária.

VI - Apelo improvido.

Inadmissível o recurso quanto à alegação de que o réu deveria ser absolvido em razão da inexistência de provas do dolo, já que desconhecia que as máquinas eram produto de “introdução clandestina ou da importação fraudulenta” e porque “não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito”. Evidente que, sob este aspecto, qualquer decisão contrária ao julgado debatido demandaria revolvimento de prova, o que não se coaduna com a sistemática desse recurso excepcional, a teor da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta-se que a exploração de máquinas caça-níqueis não configura o crime de contrabando ou descaminho. Caso seja mantida a imputação pelo crime, pleiteia a aplicação do princípio da insignificância, sob o argumento de que “não há como se auferir o quanto de tributo deixou de ser recolhido”. Contudo, não se verifica a plausibilidade do recurso quanto a esses aspectos. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os componentes e equipamentos mencionados são de importação proibida e quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando não demonstrado nos autos o montante do tributo devido:

*HABEAS CORPUS. CONTRABANDO, CORRUPÇÃO ATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À EXPLORAÇÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e também do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar se reveste de caráter de excepcionalidade, sendo determinada apenas quando satisfeitos os requisitos do art. 312 do CPP, evidentemente, por meio de decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). 2. Na espécie, a prisão preventiva está suficientemente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal. 3. No que se refere à garantia da ordem pública, destacou o magistrado de primeiro grau a condição do paciente de líder de organização criminosa que, em municípios do Rio de Janeiro, se dedica à *exploração de máquinas caça-níqueis, cujos componentes eletrônicos são de importação proibida*. (grifo nosso) 4. Registro de que, a despeito das diversas prisões em flagrante e de apreensões de máquinas caça-níqueis, as atividades da quadrilha tidas como capitaneadas pelo ora paciente continuaram a se expandir, envolvendo a utilização de material contrabandeado para a exploração do jogo; o aliciamento de policiais, por meio da prática de corrupção; e a extorsão daqueles que não pagavam a “retribuição” ajustada pela utilização das máquinas. Concreto liame entre os fatos e os fundamentos adotados pelo juiz para justificar a custódia preventiva, concernente à reiteração dos delitos. 5. Remarcou o decreto de prisão preventiva, quanto à conveniência da instrução criminal, o alto grau de penetração do grupo no Poder Público, de modo a facilitar a manipulação de provas. Há notícia, nesse ponto, de que, por informações repassadas por agentes policiais integrantes do grupo, o paciente teve ciência, em noite anterior, de que seria deflagrada operação pela Polícia Federal. 6. Por fim, as arguições que procuram por em cheque a materialidade e autoria do crime de contrabando a exigir nitidamente exame probatório, insuscetível de ser operado na via eleita. 7. Ordem denegada. (HC 201000967205 - HC- HABEAS CORPUS - 174312 - Sexta Turma OG FERNANDES - DJE DATA: 22.11.2010)*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONTRABANDO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO EM LEI TRABALHISTA. APREENSÃO DE BEM EM BUSCA PESSOAL. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.

I - A teor do art. 6º, inc. II e III, do CPP a autoridade policial, ao tomar conhecimento de um fato delituoso, está autorizada a apreender objetos a ele relacionados.

II - A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. (HC 73.271/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/09/1996). Denúncias genéricas que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (HC 86.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/2007). A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora de desrespeito estatal ao postulado do devido processo legal.

III - *Na hipótese, a denúncia descreve a atuação de organização criminosa, estruturada com o fim de exploração de jogos de azar, que teria praticado de forma reiterada os crimes de contrabando (de equipamentos relativos às máquinas caça-níqueis), de frustração de direitos trabalhistas dos funcionários das lojas administradas pela organização, e de lavagem de dinheiro.* (GRIFO NOSSO)

IV - Desta forma, constata-se que a exordial acusatória apresenta uma narrativa congruente dos fatos (HC 88.359/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 09/03/2007), de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa (HC 88.310/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 06/11/2006), descrevendo conduta que, ao menos em tese, configura crime (HC 86.622/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/09/2006), ou seja, não é inepta a denúncia que atende aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal (HC 87.293/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 03/03/2006). Ordem denegada.

(HC 101668/PE - *HABEAS CORPUS* 2008/0051713-4 - 5 Turma FELIX FISCHER - Julg. 19.08.08 - DJe 20.10.2008)

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. ZONA FRANCA DE MANAUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO VALOR DO TRIBUTO SUPRIMIDO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Não é inepta a denúncia que narra a prática de conduta que se subsume ao delito previsto no art. 334 do Código Penal c.c. com o art. 39 do Decreto-Lei nº 288/67, em conformidade com o art. 41 do Código de Processo Penal, revelando-se suficiente ao exercício do direito de defesa. 2. Não há como reconhecer a aplicação do princípio da insignificância sob a alegação de o valor do tributo suprimido ser inferior a dez mil reais se não fica demonstrado nos autos o real montante devido. 3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 200801834847 - HC - *HABEAS CORPUS* - 113847- Sexta Turma - PAULO GALLOTTI - DJ 03.11.08)

Argumenta-se, ainda, que o delito de contrabando deve ser absorvido pelo “crime fim (jogos de azar)”. A decisão recorrida tratou da questão nos seguintes termos:

Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Sustenta a defesa, em razões de apelação, que o delito de contrabando constitui o meio para a consumação da contravenção do jogo de azar, de modo que esta absorveria aquele, devendo ser aplicado o princípio da consunção.

Falece razão à defesa.

O agente que mantém máquinas caça níqueis que contenham peças de origem estrangeira, em seu estabelecimento comercial, comete a contravenção de jogos de azar e o crime de contrabando, infrações penais autônomas, que tutelam bens jurídicos diversos, quais sejam, a primeira, a economia popular e o segundo, a ordem pública e o comércio exterior.

Não há, assim, que se falar em aplicação do princípio da consunção pois não se trata de lesão ao mesmo bem jurídico. Não há a absorção da infração menos grave pela mais danosa.

Por outro lado, o crime de contrabando é mais danoso que a contravenção de jogo de azar, de maneira que aquele não poderia ser absorvido por esta.

Constata-se que o acórdão recorrido afastou a consunção, porque os delitos em tela lesam bens jurídicos distintos e por não ser possível a absorção da infração menos grave pela mais danosa. A decisão não destoia do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. “HABEAS CORPUS”. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO. CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA) E CRIME-FIM (CONTRABANDO). A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO ULTIMO DELITO NÃO ABARCA A DO PRIMEIRO. A FINALIDADE DA CATEGORIA JURIDICA (CONSUNÇÃO) E MINIMIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFÍCIOS SILOGÍSTICOS, A IMPUNIDADE DO DELINQUENTE. RECURSO IMPROVIDO. I - O RECORRENTE, EMPRESÁRIO, CORROMPEU ATIVAMENTE SERVIDOR DA CACEX PARA CONTRABANDEAR BENS. AMBOS FORAM DENUNCIADOS: O RECORRENTE, POR CORRUPÇÃO ATIVA QUALIFICADA E POR CONTRABANDO OU DESCAMINHO. O JUIZ RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DO CRIME-FIM (CONTRABANDO) E REJEITOU A DO CRIME-MEIO (CORRUPÇÃO). A SENTENÇA FOI MANTIDA. O RECORRENTE, EM SEU RECURSO ORDINÁRIO, ALEGA QUE DELITO-FIM “CONSUMIU” O DELITO-MEIO. II - INEXISTÊNCIA DE CONSUNÇÃO, POIS O CRIME-FIM É APENADO MAIS LEVEMENTE DO QUE O CRIME-MEIO. APLICA-SE O PRINCÍPIO DO “MAJOR ABSORBET MINOREM”. CASO NÃO TIVESSE OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME-MEIO, O RECORRENTE POR ELE NÃO PODERIA SER CONDENADO, UMA VEZ INCURSO NAS PENAS DO CRIME-MEIO. AI, NESSE CASO, ADMITIR-SE-IA A CONSUNÇÃO. A FINALIDADE DESSA CATEGORIA JURIDICA É SUAVIZAR OS RIGORES DO CONCURSO MATERIAL, E NÃO POSSIBILITAR, ATRAVES DE ARTIFÍCIOS SILOGÍSTICOS, A IMPUNIDADE. III - RECURSO IMPROVIDO.

(RHC 199500711788 - RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - 5182 - Sexta Turma ADHEMAR MACIEL - DJ DATA: 24/06/1996 PG: 22813 RSTJ VOL: 00089 PG: 00406)

Ante o exposto NÃO ADMITO o recurso especial.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

APELAÇÃO CRIMINAL
0005123-26.2009.4.03.6181
(2009.61.81.005123-4)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, LUIZ GONZAGA MURAT JUNIOR E ROMANO ANCELMO FONTANA FILHO

Assistente: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Apelados: OS MESMOS

Excluído: ALEXANDRE PONZIO DE AZEVEDO (desmembramento)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ACr 45484

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2013

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS - USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA - *INSIDER TRADING* - ART. 27-D DA LEI Nº 6.385/76 - JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO NO BRASIL - REPRIMENDAS QUE DEVEM SER MAJORADAS - PENA DE MULTA - FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - ARTIGO 72 DO CP - INAPLICABILIDADE - FIXAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO (ART. 387, VI, CPP) - APLICAÇÃO - APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA - APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA .

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito de uso indevido de informação privilegiada tendo em vista que artigo 109, VI, da CF, deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais, bem como extensivamente, em razão do interesse jurídico da União. Por conseguinte, muito embora o termo “mercado de capitais” não estivesse previsto nos dispositivos constitucionais (arts. 21, VIII, e 192), o interesse direto da União reside na higidez do Sistema Financeiro Nacional, mormente no cunho fiscalizatório da União a fim de assegurar a confiança e segurança jurídica no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários.

2. Autoria delitiva comprovada ante o conjunto probatório carreado, apto à demonstração de infringência ao dever de lealdade consubstanciada na utilização de informações privilegiadas ainda não divulgadas ao mercado acionário nas operações referentes à oferta pública de ações, em razão dos cargos ocupados pelos acusados. Materialidade indubitosa ante a prova documental coligida.

3. Não há falar em ausência de dolo, pois os acusados eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior.

4. O bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários

se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais.

5. Reprimendas que devem ser majoradas, diante da exasperação da pena-base.

6. Nos termos do artigo 49 do CP, a multa deverá ser revertida ao fundo penitenciário, *in casu*, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), consoante artigo 2º, V, da Lei Complementar federal 79/94, uma vez que não há previsão expressa na Lei nº 6.385/76 especificando o destino da mencionada pena pecuniária.

7. Alinho-me ao entendimento explanado por Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal, pág. 248), no sentido da inaplicabilidade da apontada norma legal (art. 72 do CP) ao crime continuado, pois nessa hipótese “não há concurso de crimes mas crime único e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa”.

8. O artigo 387, IV, do CPP deve ser aplicado, *in casu*, sem haver cogitar-se em ferimento a quaisquer preceitos constitucionais ou legais, porquanto trata-se de norma de direito processual (e não material), aplicável, pois, de imediato, nos termos do previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal. O dispositivo legal em comento possui caráter reparatório, pois visa a compensar os danos causados pelos acusados. Não se trata de nenhuma novidade, pois o artigo 91 do CP já disciplinava a reparação civil. Na verdade, o art. 387, IV, do CPP, com redação modificada pela Lei nº 11.719/08, surgiu tão-somente para assegurar maior eficácia ao que determinava o artigo 91 do CP.

9. O dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90, art. 6º, VI e VII) quanto na Lei de Ação Civil Pública (L. 7.347/85, art. 1º, IV). Ainda, compete ressaltar, a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989 que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

10. Muito embora o interesse tutelado no caso vertente não se refira aos interesses dos consumidores, nada impede a utilização das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que quaisquer espécies de interesses coletivos serão abarcadas pela sobredita legislação.

11. A par disso, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Ação Civil Pública constituem um microsistema jurídico que tutela interesses coletivos ou difusos. Dessa forma, torna-se plenamente cabível a reparação de danos morais coletivos na ação cível pública prevista na Lei nº 7.913/89.

12. Segundo o autor Leonardo Roscoe Bessa (Dano moral coletivo, *in Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006), a disciplina do dano moral coletivo não está restrita apenas ao modelo teórico da responsabilidade civil privada de órbita individual. No entanto, prossegue o autor que “em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal”.

13. Assim, no caso vertente, em que estão em discussão danos aos interesses do conjunto de investidores do mercado de valores mobiliários, a tutela efetiva do referido direito coletivo se sobressai no aspecto preventivo da lesão, em homenagem aos princípios da prevenção e precaução. Desse modo, o dano moral coletivo se aproxima do direito penal, sobretudo pelo seu aspecto preventivo, ou seja, de prevenir nova lesão

a direitos transindividuais.

14. O dano moral coletivo reveste-se também de caráter punitivo pela qual sempre esteve presente também nas relações privadas individuais, *v.g.*, *astreintes* e cláusula penal compensatória. Assim, o caráter dúplice do dano moral individual consiste na indenização e na punição que também se aplicam ao dano moral coletivo.

15. Enfim, o dano moral coletivo constitui-se de uma função punitiva em decorrência de violação de direitos metaindividuais, sendo devidos, portanto, no caso em tela, prescindindo-se de uma afetação do estado anímico (dor psíquica) individual ou coletiva que possa ocorrer.

16. *In casu*, além do *insider* ter praticado a conduta delitiva prevista no art. 27-D da Lei nº 6.385/76, ele violou, da mesma forma, as disposições contidas nos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404/76, bem como no art. 1º, I e II, da Lei nº 7.913/89.

17. Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração”, um dos parâmetros a ser utilizado, será o montante que desestimule o infrator para a prática de conduta delitiva. Ademais, utilizarei os parâmetros previstos na Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a previsão de multas administrativas no artigo 11, bem como especificou a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.

18. Há de se ressaltar que o *quantum* fixado para cada um dos réus foi a título de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, sendo que nada impede o ajuizamento de eventual ação de natureza coletiva no juízo cível.

19. A despeito das previsões contidas nos artigos 13 da Lei nº 7.347/85 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.913/89, os valores serão destinados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, conforme especificado na sentença, deverão ser utilizados na promoção de eventos educativos, bem como na edição de material informativo acerca da conscientização dos investidores sobre os malefícios da prática do delito de *insider trading*.

20. Preliminar rejeitada. Improvimento do recurso defensivo. Parcial provimento da apelação ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, afastar a preliminar acerca da incompetência absoluta da Justiça Federal, e negar provimento à apelação defensiva, e, dar parcial provimento à apelação ministerial, a fim de majorar as penas impostas aos coacusados *Luiz Gonzaga Murat Filho* para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e *Romano Ancelmo Fontana Filho* para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime aberto, bem como determinar que o valor da pena de multa seja destinado ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Reconheceu, por fim, em relação a cada um dos réus, o dever de indenizar os prejuízos sofridos à título de dano moral coletivo, no valor mínimo de R\$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais, e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e, de R\$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais, e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, nos termos da fundamentação supra, mantendo-se, no mais, a r. sentença “a quo”.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Tratam-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelos acusados Luiz Gonzaga Murat Filho e Romano Ancelmo Fontana Filho, em face da r. sentença de fls. 1092/1128, proferida pelo MMº Juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, que condenou os corréus:

a) Luiz Gonzaga Murat Filho, como incurso nas penas do artigo 27-D da Lei nº 6.385/1976, por duas vezes, c/c art. 71 do Código Penal, a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a pena de multa no valor de R\$ 349.711,53 (trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinquenta e três centavos), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas reprimendas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a outra proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena;

b) Romano Ancelmo Fontana Filho, como incurso nas penas do artigo 27-D da Lei nº 6.385/1976, por quatro vezes, c/c art. 71 do Código Penal, a 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a pena de multa no valor de R\$ 374.940,52 (trezentos e setenta e quatro mil, novecentos e quarenta reais e cinquenta e dois centavos), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas reprimendas restritivas de direitos, consistentes em uma prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a outra proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Segundo a denúncia, nos dias 7 de abril e 29 de junho de 2006, na cidade de São Paulo, o acusado Luiz Murat, agindo na qualidade de Diretor de Finanças e Relações com Investidores da empresa “Sadia S/A”, utilizou, *por duas vezes*, informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da empresa “Perdigão S/A”, de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra, em nome da empresa *offshore Brackhill Investments Inc*, de 5.100 (cinco mil e cem) ADR’s e de 30.600 (trinta mil e seiscentos) ADR’s de emissão da “Perdigão S/A” em Nova Iorque (por meio da Bolsa de Valores), no valor unitário médio de US\$ 69,20 (sessenta e nove dólares norte-americanos e vinte centavos), totalizando US\$ 352.907,00 (trezentos e cinquenta e dois mil e novecentos e sete dólares norte americanos) e US\$ 586.801,00 (quinhentos e oitenta e seis mil e oitocentos e um dólares norte-americanos), respectivamente.

Consta, ainda, na inicial acusatória que, nos dias 5, 7, 12 e 21 de julho de 2006, na cidade de São Paulo, o acusado Romano Ancelmo, agindo na qualidade de membro do Conselho de Administração da empresa “Sadia S/A”, utilizou, por quatro vezes, informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da empresa “Perdigão S/A” e *na divulgação pública da revogação da oferta pública de aquisição de ações da “Perdigão S/A” pela “Sadia S/A”*, de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra e venda, em nome próprio, de 10.000 (dez mil) ADR’s, de 5.000 (cinco mil) ADR’s, de 3.000 (três mil) ADR’s, respectivamente, e 18.000 (dezoito mil) ADR’s de emissão da “Perdigão S/A” em Nova Iorque (por meio da Bolsa de Valores), por intermédio da conta de nº 34961ZPA do Banco HSBC da Suíça, no valor unitário de US\$ 19,30 (dezenove dólares norte-americanos e trinta centavos), US\$ 19,00 (dezenove dólares norte-americanos), US\$ 18,70 (dezoito dólares

norte-americanos e setenta centavos), respectivamente, e US\$ 26,84 (*vinte e seis dólares norte-americanos e oitenta e quatro centavos*), totalizando US\$ 193.000,00 (cento e noventa e três mil dólares norte americanos), US\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil dólares norte-americanos), US\$ 56.100,90 (cinquenta e seis mil e cem dólares norte-americanos e noventa centavos), respectivamente, e, US\$ 483.215,40 (*quatrocentos e oitenta e três mil e duzentos e quinze dólares norte-americanos e quarenta centavos*).

Por fim, narra a exordial acusatória que, no dia 20 de junho de 2006, no interior do Banco ABN AMRO Real S/A, na cidade de São Paulo, o acusado Alexandre Ponzio de Azevedo, agindo na qualidade de Superintendente Executivo de empréstimos estruturados e gestão de portfólio de crédito do Banco ABN, utilizou informação relevante ainda não divulgada ao mercado, consubstanciada na oferta pública de aquisição das ações da “Perdigão S/A” pela “Sadia S/A”, de que teve conhecimento em razão de suas funções e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar, para si, vantagem indevida, mediante a compra, em nome próprio, de 14.000 (quatorze mil) ADR’s de emissão da “Perdigão S/A” em Nova Iorque, por intermédio da corretora norte-americana *Charles Schwab & Co.*, totalizando US\$ 269.919,95 (duzentos e sessenta e nove mil e novecentos e dezenove dólares norte-americanos e noventa e cinco centavos).

O feito foi desmembrado em relação ao corréu Alexandre em razão da aceitação dele da proposta de suspensão condicional do processo (fls. 282/286).

Em razões de fls. 1136/1153, o *Parquet* federal aduz, em síntese, a majoração da pena-base, cominando ao coacusado Luiz Murat a pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao coacusado Romano Ancelmo a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Requer, ainda, a fixação do *quantum debeatur* em decorrência do dano moral coletivo causado pelo delito em apreço, nos termos do artigo 387, IV, do CPP, sendo que o montante será destinado à Comissão de Valores Mobiliários. Sustenta que as penas de multa fixadas na r. sentença sejam remetidas ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), nos termos do art. 49 do CP. Por fim, aduz que as penas pecuniárias fixadas na r. sentença sejam aplicadas distinta e integralmente, nos termos do art. 72 do CP.

A Comissão de Valores Mobiliários, ao aderir ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, interpôs o recurso de apelação (fls. 1167/1186).

Em razões de fls. 1324/1423, o acusado Romano Ancelmo aduz, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal. No mérito, alega a atipicidade dos fatos pela ausência de risco ou lesão ao bem jurídico quanto ao suposto delito de *insider trading*, bem como pela ausência da elementar do tipo “informação relevante” e pela ausência de dolo na venda das ADR’s. Alega que foram realizadas inúmeras reuniões sigilosas, sendo que o apelante teria participado “de pouquíssimas reuniões”. Afirma que não há provas de sua participação nas atividades corriqueiras da empresa. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal, bem como a diminuição para 1/6 (um sexto) do *quantum* da continuidade delitiva.

Por sua vez, o acusado Luiz Murat interpôs o recurso de apelação (fls. 1426/1554), aduzindo, em preliminar, a atipicidade dos fatos imputados ao corréu sob o argumento da ausência de bem jurídico ofendido para a configuração do tipo previsto no artigo 27-D da Lei 6.385/76. No mérito, sustenta que a acusação não apresentou provas acerca “de informação relevante apta e capaz de caracterizar o crime de uso de informação privilegiada” referentes ao fato praticado no dia 07 de abril de 2006, “para determinar, nos termos argüidos em preliminar, a consequente remessa dos autos ao Ministério Público Federal a fim de possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95”. O apelante

sustenta que as condutas foram atípicas no segundo fato diante da ausência de informação relevante apta a caracterizar o crime de uso de informação privilegiada no mercado de capitais. Subsidiariamente, requer que a pena base seja fixada no mínimo legal, bem como a alteração da pena de multa, tendo em vista o prejuízo experimentado pelo apelante.

Contrarrazões apresentada pelo acusado Romano Ancelmo às fls. 1190/1214 e 1302/1306 e pelo acusado Luiz Murat às fls. 1217/1248 e 1270/1301, pelo desprovimento do recurso ministerial.

Contrarrazões ministeriais às fls. 1558/1565, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 1569/1592, opinou pelo provimento do recurso da acusação e desprovimento do recurso da defesa.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Por primeiro, a defesa de Romano Ancelmo suscitou a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o delito previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, incluída pela Lei nº 10.303/2001.

O apelante sustenta que, considerando a redação do inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal, a Justiça Federal não é competente para julgar o delito de uso indevido de informação privilegiada em razão da falta de previsão expressa na Lei de Mercado de Capitais (Lei 6.385/76), ao contrário do que estipula a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional que contém preceito disciplinando que o processamento e o julgamento dos crimes elencados nesta lei são de competência da Justiça Federal (Lei nº 7.492/86, art. 26).

Entretanto, tal argumento não merece prosperar, pois o artigo 109, VI, da CF, deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais e extensivamente, em razão do interesse jurídico da União, conforme bem observado pelo magistrado de primeiro grau. Ou seja, nas palavras do eminente ministro do STF Sepúlveda Pertence, o artigo 109, VI, da CF deve ser interpretado de maneira extensiva, nos seguintes termos:

Referido inciso, na verdade, antes amplia do que restringe a competência da Justiça Federal: possibilita ele, com efeito, que a partir das peculiaridades de determinadas condutas lesivas ao sistema financeiro e à ordem econômico-financeira, possa a legislação ordinária subtrair da Justiça estadual a competência para julgar causas que se recomenda sejam apreciadas pela Justiça Federal, mesmo que não abrangidas pelo art. 109, IV, da Constituição (RE 502.915-8/SP, DJ 27/4/07).

Por conseguinte, o apelante aduz que não restou demonstrado o interesse direto e imediato da União a fim de fixar a competência da Justiça Federal no processamento e julgamento do crime de *insider trading*.

Deveras, o interesse da União não repousa tão-somente em bens da União (art. 20 CF) conforme aventado pela defesa, mas também em coisas imateriais, intangíveis que é a credibi-

lidade, a higidez, a lisura entre os investidores no Mercado de Capitais. Pois, no caso vertente, os acusados ao utilizaram informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tiveram conhecimento e da qual deveriam manter em segredo, propiciando para si, vantagem indevida, ocasionou o desequilíbrio de informações entre os demais acionistas ou investidores no mercado de valores mobiliários, bem como propiciou o uso de práticas “não equitativas” no Mercado de Capitais (Instrução CVM nº 8, de 08.10.79). Neste sentido, confira-se excerto do voto proferido pelo eminente Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, no CC 200700810965, DJE 22/06/2009:

observa-se que a criação de situações capazes de gerar melhores resultados a determinado investidor ocasiona um abalo ao sistema financeiro, na medida em que põe em risco a higidez, a confiabilidade e o equilíbrio desse sistema. Assim, tem-se a incidência da hipótese prevista no artigo 109, inciso IV, da Carta da República.

Ademais, conforme bem ressaltado pela Ilma. Procuradora Regional da República, o mercado de capitais está inserido no Sistema Financeiro Nacional de acordo com as disposições contidas nos arts. 3º, III, IV e VI, 4º, VIII, 11, § 4º, da Lei 6.385/76, bem como nos arts. 21, VIII, e 192 da Constituição Federal. Assim, muito embora o termo “mercado de capitais” não estivesse previsto nos dispositivos constitucionais acima mencionados, o interesse da União reside na higidez do Sistema Financeiro Nacional, mormente no cunho fiscalizatório da União a fim de assegurar a confiança e segurança jurídica no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários. Confira-se:

Não é preciso grande divagação hermenêutica para se verificar que uma interpretação racional e teleológica dos artigos supracitados leva a conclusão de que o Constituinte emprega o termo Sistema Financeiro em seu aspecto amplo, que contempla o mercado de capitais.

O interesse da União na higidez do mercado de capitais insere-se na competência definida no art. 21 da Constituição Federal, pois não é possível para a União fiscalizar as operações financeiras excepcionando o Mercado de Capitais. Essa é a razão de o Legislador ter inserido no Sistema Financeiro Nacional a CVM - Comissão de Valores Mobiliários.

(...)

Como se depreende do acima exposto, o crime previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/76 afeta diretamente o interesse da União de exercer sua competência constitucional de fiscalizar as operações financeiras, no sentido de manter a higidez, a estabilidade e o equilíbrio do Sistema Financeiro, resguardando assim o interesse supra individual da ordem econômica e financeira (fls. 1574 vº e 1575 vº).

Por fim, trago à colação precedente julgado pelo C. STJ determinando que a Justiça Federal é competente para julgar os delitos previstos na Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 6.385/76):

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITALIS. INTERESSE DA UNIÃO NA HIGIDEZ, CONFIABILIDADE E EQUILÍBRIO DO SISTEMA FINANCEIRO. LEI 6.385/76, ALTERADA PELA LEI 10.303/01. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO E INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O fato de tratar-se do sistema financeiro ou da ordem econômico-financeira, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, embora a União

tenha interesse na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro. 2. *A Lei 6.385/76 não prevê a competência da Justiça Federal, porém é indiscutível que, caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União.* 3. O art. 109, VI, da Constituição Federal não tem prevalência sobre o disposto no seu inciso IV, podendo ser aplicado à espécie, desde que caracterizada a relevância da questão e a lesão ao interesse da União, o que enseja a competência da Justiça Federal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, um dos suscitados. (CC 200700810965, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 22/06/2009 LEXSTJ VOL.:00241 PG:00283.) - *destaquei*

Por outro lado, a alegação do acusado Luiz Murat de que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado no Brasil é questão que se confunde com o mérito e com ele será examinado.

Vencidas tais questões, passo ao exame e julgamento do mérito.

No mais, a materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do Termo de Acusação oferecida em face do acusado Romano Ancelmo (fls. 3/15 do apenso ref. a Peças Informativas 1.34.001.004607/2007-08) e do acusado Luiz Murat (fls. 02/17 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32), do Inquérito Administrativo CVM-SP nº 2007-117 (fls. 25/249 e 253/275 do apenso ref. a Peças Informativas 1.34.001.004607/2007-08), do Procedimento Administrativo Sancionador nº SP2007/0118 (fls. 23/316 e 460/484 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32) e do Procedimento Administrativo Sancionador CVM nº SP2007/0119 (fls. 27/228, 231/429, 432/635, 640/844 e 847/937 do apenso ref. a Peças Informativas nº 1.34.001.004606/2007-55 e fls. 489/492 do apenso ref. a Procedimento Investigatório Criminal nº 1.34.001.003927/2007-32).

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

A princípio, cumpre salientar que as condutas dos réus se inserem no tipo penal previsto no artigo 27-D, da Lei nº 6.385/76, *verbis*:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Conforme bem ressaltado pelo MM. Juiz *a quo*, o tipo penal em epígrafe contém diversos elementos normativos cuja complementação emana do Direito Societário, ou seja, o delito em apreço é uma norma penal em branco que traz em seu bojo expressões que necessitam de complementação por uma lei ou ato infralegal. *Ab initio*, um das elementares do tipo que depende de complemento é a expressão “de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo”, ou seja, refere-se ao sujeito ativo do delito de *insider trading*.

Assim, o tipo penal do artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 estabelece que o sujeito ativo do crime de *insider trading* tem o dever de manter em sigilo, a informação relevante ainda não divulgada ao mercado da qual teve conhecimento.

A Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, que dispõe acerca da divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, regulamentou a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 6.385/76), estabelecendo no artigo 8º um rol de funções ou cargos exercidos por agentes que têm o dever de manter em sigilo as informações relativas a ato ou fato relevante, notadamente os diretores e membros do conselho de administração.

In casu, ao serem ouvidos em juízo, os acusados disseram que exerceram cargos que tinham a obrigação de manter sigilo a respeito de informações de ato ou fato relevante, na época dos fatos. O corréu Luiz Murat (fls. 547/548) disse que exerceu a função de Diretor Financeiro e de Diretor de Relações com Investidores da empresa Sadia S/A, ao passo que Romano Ancelmo afirmou que era membro do Conselho de Administração da Sadia S/A (fl. 588).

Em seguida, analisando detidamente outros elementos do tipo, os acusados confirmaram em juízo que negociaram (ordem de compra e venda) os valores mobiliários (ADRs) da empresa Perdigão no exterior. Interrogado em juízo, o acusado José Murat asseverou que transmitiu a ordem de compra de ADR's por meio de seu telefone celular para sua empresa *offshore* Brackhill na Bolsa de Valores de Nova Iorque. Da mesma forma, o coacusado Romano Ancelmo confirmou perante a autoridade judiciária que efetuou a compra e venda das ADR's, por intermédio do Banco HSBC, na Bolsa de Valores de Nova Iorque.

Nesta esteira, tanto a defesa de Luiz Murat quanto de Romano Ancelmo levantaram a tese de que o fato é atípico, pois inexistiu “informação relevante” no caso em apreço.

A elementar “informação relevante” constitui-se em elemento normativo jurídico que depende de complementação de lei ou ato infra-legal (arts. 155, § 1º e art. 157, § 4º, da Lei nº 6.404/76; art. 2º da Instrução CVM nº 358/2002).

No caso vertente, a informação relevante objeto de discussão consiste na realização de oferta pública de aquisição de ações da Perdigão pela Sadia, pois o valor das ações da empresa Perdigão pode sofrer variação de preços no mercado e também ter influência na decisão do investidor de comprar, vender ou manter aqueles títulos, conforme bem observado pelo magistrado de primeiro grau.

Ademais, convém ressaltar que o momento exato de uma informação se tornar relevante é a partir da expectativa gerada na realização de um negócio jurídico de grande vulto, *in casu*, a potencialidade de realização de oferta pública de aquisição das ações da Perdigão pela Sadia, conforme observado pelo MM. Juiz *a quo*. Confira-se:

Do mesmo modo, no âmbito da verificação de prática de insider trading, a mera expectativa de realização de um negócio jurídico de vulto deve ser já considerada um fato relevante. Deve-se exigir uma postura rígida por parte dos dirigentes da companhia. A vedação ao insider trading traduz um dever de lealdade, especialmente dos administradores, em relação à companhia. A partir do momento em que se tem notícia de algum ato ou fato que, ainda que sujeito a diversos condicionantes, possa vir a ser considerado relevante, deve o administrador ou equiparado se abster de negociar os valores mobiliários que possam ter seus preços afetados.

Admitir-se o argumento de que a existência de diversos condicionantes à efetiva ocorrência do ato afastaria a configuração de uma informação relevante seria um incentivo à prática do insider trading logo no início do processo. Ademais, há que se ter em mente que, especialmente nos grandes processos societários, existem invariavelmente várias etapas a serem cumpridas, as quais são de conhecimento dos administradores desde o início.

A aceitar a tese, a configuração da informação como relevante ou não ficaria na dependência do poder potestativo do administrador, que, incluindo uma condição suspensiva qualquer no

negócio jurídico, poderia descaracterizar sua qualidade de informação relevante. (fls. 1111 e verso)

A defesa do coacusado *Luiz Murat* alegou, em razões de apelação, que não há provas de informação relevante apta a caracterizar o delito de *insider trading* referente ao fato praticado no dia 7 de abril de 2006. Contudo, entendo que restou devidamente comprovado nos autos que o apelante incorreu na prática do delito de uso indevido de informação privilegiada pelo vasto conjunto probatório desenvolvido tanto na fase pré-processual quanto na fase de instrução judicial, sobretudo pelo depoimento prestado em juízo pelo próprio réu (fls. 546/585).

Antes de tecer considerações a respeito do fato praticado no dia 07 de abril de 2006, é importante ressaltar que, em juízo, o coacusado Luiz disse que liderou o processo ou projeto relativo à Oferta Pública, pois afirmou que coordenava às áreas que cuidavam do estudo administrativo, societário, jurídico e financeiro, ou seja, ele disse que tinha papel importante neste processo (fls. 546/585).

Pois bem. No *dia 7 de abril de 2006*, a empresa Sadia foi contatada pelo Banco ABN AMRO Real S/A acerca da possibilidade de oferta hostil das ações da Perdigão. Iniciaram-se assim os estudos relativos à oferta em que estiveram envolvidos os profissionais da empresa: Walter Fontana Filho (Presidente do Conselho de Administração da Sadia S/A), Eduardo Fontana D'Ávila (Vice-Presidente do Conselho de Administração da Sadia), o acusado Luiz Murat e Delmir Dal Cim, conforme missiva enviada à CVM pelo próprio acusado, datada em 31/07/2006 (fls. 44/45 do apenso procedimento investigatório criminal sob nº 1.34.001.003927/2007-32). Os dois primeiros profissionais citados acima tomaram conhecimento do Projeto nesta mesma data, consoante documentos de fls. 391/392 do referido apenso procedimento investigatório criminal encaminhado pelo próprio coacusado ao escritório de advocacia TOZZINI, FREIRE, TEIXEIRA E SILVA. O acusado também tomou conhecimento deste projeto no dia 7 de abril quando este foi indagado pelo magistrado de primeiro grau. Ainda nesta reunião, dita como “encontro informal” pelo próprio acusado, estiveram presentes: Fábio Barbosa (Presidente do Banco ABN Amro S/A) e João Roberto Gonçalves Teixeira (vice-Presidente do Banco).

A reunião que foi realizada na sede do Banco ABN na *data referida* foi o primeiro acontecimento relevante que originou o projeto relativo à oferta pública de ações da Perdigão. Assim, verifico que, não se tratou de um mero “encontro informal”, pois estavam presentes profissionais ocupantes de funções de alta relevância das duas empresas que acreditavam “na efetiva viabilidade do projeto”, conforme bem ressaltado pelo magistrado de primeiro grau (fl. 1113 vº).

Assim vejamos. Em juízo, Walter Fontana disse que esta reunião possibilitou a realização de uma oferta hostil em decorrência da Perdigão de estar entrando no “novo mercado”, sendo que foram feitas análises referentes “a situação, preços” juntamente com os executivos do Banco ABN (fls. 348/349). Além disso, João Teixeira disse que o Banco apresentou a ideia de realizar a oferta pública de aquisição das ações da Perdigão nesta primeira reunião ocorrida no dia 7 de abril (fls. 369; fl. 108 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). De igual forma, Fábio Barbosa disse que participou da reunião a fim de dar credibilidade ao processo de oferta pública de ação (fl. 389).

A alegação defensiva tanto do apelante *Luiz Murat* quanto de Romano *Ancelmo* de que a informação só se tornou relevante a partir da publicação do “Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da Perdigão S/A”, datada em 17.07.2006, não merece prosperar. Pois, conforme bem ressaltado pelo MM. Juiz *a quo*, as dificuldades jurídicas (existência

de *poison pills* no Estatuto da PERDIGÃO S/A), societárias e econômicas (aprovação do financiamento pela matriz holandesa do Banco ABN) foram circunstâncias de somenos importância.

No desenrolar do processo, houve a preocupação dos participantes daquela reunião de que não fosse divulgado ao mercado o projeto de oferta pública de aquisição das ações da Perdigão, ou seja, o processo foi tratado por absoluto sigilo pelos próprios profissionais, conforme podemos observar pelo depoimento de Fabio Barbosa que disse no bojo do procedimento investigatório criminal: “Para fins de confidencialidade, internamente, as empresas foram denominadas de ‘blue’ (Sadia) e ‘red’ (Perdigão)” (fl. 328 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). Tendo, inclusive, o próprio acusado Luiz Murat se preocupado em não divulgar o teor da negociação aos seus subalternos.

Isto porque, com a mera divulgação ao mercado da possibilidade de ser realizada a oferta pública de aquisição não solicitada de ações da empresa Perdigão conduziria a uma variação na cotação dos valores mobiliários da sobredita empresa. Isto, por sinal, influenciaria na decisão do investidor de comprar, e, posteriormente vender as ações da empresa Perdigão, sendo que tal hipótese foi confirmada pelo depoimento da testemunha João Teixeira. Confira-se:

nós tínhamos uma obsessão com a questão do vazamento de informações porque, claro, que na medida que essa informação vazasse para o mercado a tendência era o preço da ação da Perdigão subir como consequência qualquer oferta que a Sadia viesse a fazer teria um prêmio sobre o preço do mercado pequeno (fl. 376).

Assim, ao término da reunião, o acusado de posse desta informação privilegiada em razão do cargo que ocupava na época na empresa Sadia, transmitiu ordem de compra de lotes de ADR’S da empresa Perdigão em Nova Iorque, por intermédio de corretora Merry Linch. Ao contrário do que disse em juízo, a compra das ADR’s da Perdigão não foi motivada por causa da gripe aviária, bem como pelo ingresso da Perdigão no “novo mercado”, ou seja, alteração jurídica das ações da referida empresa. Isto porque, os valores das ações estavam com cotação em alta entre os períodos de janeiro de 2003 a junho de 2006 (fl. 10 do referido apenso do procedimento investigatório criminal). E a divulgação do ingresso da Perdigão no novo mercado ocorreu em 17 de fevereiro de 2006 (fl. 11 do referido apenso do procedimento investigatório criminal).

Por outro lado, no *dia 29 de junho de 2006*, o acusado adquiriu novamente ADR’s da Perdigão na Bolsa de Nova Iorque, por intermédio de sua empresa *offshore Brachill Investments Inc.* Nesta segunda aquisição de lotes de ADR’s da Perdigão, o réu alegou em seu interrogatório judicial que antes de comprar pela segunda vez as ADR, os fatos anteriores eram mera especulação.

Ocorre que, o processo da oferta pública de aquisição não solicitada de ações da Perdigão já estava em “estágio muito bem avançado”, conforme decisão proferida pelo Rel. Marcos Barbosa Pinto no procedimento administrativo realizado na CVM (fl. 474 do referido apenso do procedimento investigatório criminal).

Além disso, o acusado Luiz Murat participou de uma reunião pela qual estava presente o advogado Dr. Mauro Guizeline. O referido advogado teria alertado o acusado a respeito da proibição de negociar valores mobiliários diante do acesso deste à informação privilegiada de fato relevante ainda não divulgado ao mercado.

Ademais, não poderia deixar de apresentar, a ponderação colocada pela Ilma. Procura-

dora Regional da República a respeito do projeto no período que antecedeu na divulgação do “Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da Perdigão S/A”:

Uma transação daquele porte, por óbvio, traz em si enorme complexidade. Todavia, em junho de 2006, faltando pouco mais de um mês para oferta ser feita, não é verossímil afirmar que o projeto era duvidoso e que, ausente o Laudo do Bradesco ou a concordância da família, tratar-se-ia de uma circunstância meramente especulativa e que não poderia, *de per si*, influenciar um investidor.

A esta altura dos acontecimentos a opção da empresa por fazer a oferta hostil era firme, concreta e efetiva, mesmo que ainda dependesse de algumas diligências e da aprovação dos acionistas e do Conselho de Administração (momento que teria de ocorrer a publicidade da intenção). (fl. 1585 verso)

Em juízo (fls. 586/602), o coacusado *Romano Ancelmo* (fls. 586/602) disse que soube do projeto de oferta pública de ações da Perdigão na segunda quinzena de abril de 2006. Quem lhe comunicou a respeito deste projeto foi o Walter Fontana. Ainda, em seu depoimento, Romano confirmou a informação prestada pelo corréu Luiz Murat de que teria tomado conhecimento do projeto no dia 14 de abril de 2006, conforme documentos de fls. 391 e 392 do referido apenso do procedimento investigatório criminal.

A partir daí, consoante o testemunho de Walter Fontana, no bojo do procedimento investigatório criminal (fls. 346/347), a participação do coacusado Romano tornou-se mais evidente no projeto, tendo em vista a condição dele de acionista e membro do Conselho de Administração o que facilitou o acesso dele às informações relevantes no processo de oferta pública de aquisição de ações não solicitadas da Perdigão.

Em seu depoimento perante o juiz singular, o coacusado Romano afirmou que participou de uma reunião em que estava presente o Dr. Mauro Guizeline, advogado do escritório Tozzini. Romano disse que foi alertado pelo sobredito advogado de que não poderia negociar ações e ADR's da Perdigão. Entretanto, Romano alegou que só não poderia negociar na hipótese de irreversibilidade do negócio, pois na época que ele comprou as ADR só havia meros estudos e projetos de viabilidade de aquisição da Perdigão pela Sadia. Assim, o acusado entendeu que só deixaria de negociar valores mobiliários quando o projeto se tornasse irreversível, ou seja, a partir do dia 13 de julho.

Entretanto, conforme bem observado pela Ilma. Procuradora Regional da República, o coacusado Romano foi descrito pela própria defesa como profissional qualificado, ocupante de cargo de alta relevância e com experiência no mercado, sendo que ele esteve envolvido nas tentativas anteriores de fusão da empresa Sadia com a Perdigão.

Assim, concluo que o corréu Romano tinha plena ciência de que não poderia negociar ADR's no mercado norte-americano em razão de sua vetusta experiência no mercado e de ter sido orientado pelo Dr. Mauro Guizeline a respeito da proibição de negociar ADR's da Perdigão, conforme restou devidamente comprovado pelo depoimento do coacusado no procedimento administrativo instaurado na CVM (fls. 116/117 do referido apenso procedimento investigatório criminal). Sendo certo que, as condutas praticadas pelo réu Romano nos dias 05, 07 e 12 de julho de 2006 se subsumem perfeitamente ao tipo previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 em razão do acesso facilitado dele à informação privilegiada.

Por outro lado, a alegação defensiva acerca da irreversibilidade do negócio não se sustenta tendo em vista que o processo de fusão envolvendo duas grandes empresas do setor alimentício

no Brasil foi demasiadamente complexo, ou seja, de acordo com depoimento dos réus houve tentativas anteriores de fusão que não obtiveram êxito.

É importante salientar que no período em que Romano negociou as ADR's, o projeto de oferta pública de aquisição de ações estava em estágio muito avançado, sendo que o mercado de ações não interpretaria como irrelevante ou duvidoso o projeto daquela envergadura se dependesse apenas de elaboração do laudo financeiro pelo Banco Bradesco e a adesão dos demais acionistas no Conselho.

E, por fim, permito-me reproduzir a observação feita pela Ilma. Procuradora Regional da República a respeito da natureza do mercado de capitais. Confira-se:

O mercado de ações possui natureza especulativa. Busca-se comprar por um preço baixo ações que, pretende-se, serão valorizadas no futuro. A análise dos investidores não se dá apenas sobre fatos certos, mas em grande medida, apostando-se em previsões. (fl. 1585 verso)

Com relação à venda de ADR's pelo coacusado Romano no *dia 21 de julho de 2006*, a autoria do fato restou evidenciada pelo próprio depoimento do acusado. Desse modo, o juiz analisou a questão debatida, concluindo que a venda das ADR's ocorreram antes da publicação da revogação definitiva da oferta pública de aquisição, nos seguintes termos:

O acusado ROMANO afirma que não sabe se vendeu os ADRs antes ou depois da publicação da revogação da OPA. Essa afirmativa é, por óbvio, inacreditável. Esse momento, sem dúvida nenhuma, devia ser um motivo de preocupação para o acusado, que já havia comprado ações municiado por informações privilegiadas. Parece-me claro que, se tivesse boa intenção, ele se preocuparia em garantir que a venda somente ocorresse após a publicação da revogação. Para comprovar que a venda ocorreu antes da revogação da oferta pública de aquisição de ações, basta se notar que ROMANO obteve o preço unitário de venda de US\$ 26,84, ao passo que LUIZ obteve apenas US\$ 23,00, já que deu a ordem apenas após ter sido tornada pública a retirada da proposta de aquisição da PERDIGÃO S.A.. Por essa razão, inclusive, LUIZ não foi denunciado pela venda, mas apenas ROMANO. (fls. 1119/1120)

Nesta esteira, ao contrário do aduzido pela defesa, houve lesão ao bem jurídico tutelado no Brasil ainda que os apelantes tenham negociado valores mobiliários (ADR's) da empresa Perdigão perante o mercado norte-americano.

A princípio, cumpre enfatizar o magistério do eminente autor João Carlos Castellar a respeito da objetividade jurídica do tipo penal previsto no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76. Confira-se:

que o bem jurídico objeto da tutela penal no delito de uso indevido de informação privilegiada estará na proteção da confiança que deve imperar no mercado de valores mobiliários, pois é este bem que estimula os investidores a aplicarem seus recursos neste mercado, e, concomitantemente, na proteção do patrimônio dos investidores que negociarem com o insider desconhecendo determinada informação relevante, pois estes correm o risco de sofrerem diminuição do seu patrimônio em virtude da desvantagem com quem operam. (*Insider Trading e os Novos Crimes Corporativos*, Ed. Lumen Juris, p. 108)

Desse modo, entendo que o bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais.

No caso em tela, os apelantes alegam que somente houve ofensa ao mercado de capitais norte-americano. No entanto, conforme bem observado pelo juiz singular, o bem jurídico tutelado deste crime repousa na confiança dos investidores de aplicarem seus recursos no mercado de capitais, *in verbis*:

O argumento não me convence. Como expus, o bem jurídico protegido é a confiança que os investidores depositam no mercado de capitais. A prática de negociação de valores mobiliários a partir da utilização de informações privilegiadas obtidas em companhias brasileiras, com ações negociadas na bolsa de valores brasileira, evidentemente afeta o mercado de capitais brasileiro.

Aceitar o contrário seria admitir que o investidor brasileiro fizesse o seguinte (e refinado) raciocínio: apesar de eu ter conhecimento dessa prática desleal, não há porque perder a confiança no mercado de capitais. A prática de negociação de valores mobiliários a partir da utilização de informações privilegiadas obtidas em companhias brasileiras, com ações negociadas na bolsa de valores brasileira, evidentemente afeta o mercado de capitais brasileiro.

É evidente que assim não se passa na realidade. O investidor brasileiro que toma conhecimento dessas práticas envolvendo companhias brasileiras, a partir de ordem emanadas do território brasileiro, não importa em que local a negociação ocorra, fica naturalmente mais arredio, mais desconfiado, menos propenso a investir seu dinheiro no mercado de capitais brasileiro. Com isso, perde força uma das mais democráticas formas de financiamento do setor produtivo brasileiro: o mercado de capitais.

O bem jurídico estará ofendido, enfim, pela simples razão de que, com essa prática maléfica, os investidores perdem a confiança no mercado de capitais. (fls. 1105 verso e 1106)

Ademais, o mercado de capitais é globalizado, ou seja, há influência de um mercado sobre o outro, conforme bem observado no parecer ministerial. Por isso, independe para o investidor se a aplicação financeira daquela pessoa que detinha a informação privilegiada ocorreu aqui no Brasil ou não, pois o que é crucial para o investidor é a presença da credibilidade para que ocorra o bom funcionamento do mercado de capitais.

Por fim, há correlação instantânea de preços entre os valores mobiliários negociados da empresa Perdigão tanto no mercado de capitais brasileiros quanto no mercado norte-americano, segundo demonstração feita pela CVM por meio de gráficos (fls. 4/5 do referido procedimento investigatório criminal).

Não há falar em ausência de dolo, pois os apelantes eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior.

Não deve ser acolhida a tese defensiva de Luiz Murat, quanto à possível aplicação ao caso vertente do instituto da suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89),

pois, verifico que houve a tipicidade da conduta praticada pelo réu no dia 7 de abril de 2006, de acordo com as provas acima produzidas.

No mais, ante todo o exposto nos autos, restaram comprovadas a autoria e materialidade do crime descrito na denúncia, sendo a condenação dos acusados, medida de inteiro rigor.

Passo, então, à dosimetria das suas penas, à luz do artigo 68 do estatuto repressivo.

Observadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que os réus são primários e ostentam bons antecedentes (folhas de antecedentes e certidões de fls. 26/27, 30/35, 37/39 e 69 do apenso).

Não obstante, o grau de sua *culpabilidade* é elevado, tendo em vista a posição dos réus Luiz Murat e Romano Ancelmo como ocupantes de funções de alta relevância na empresa Sadia, conhecedores, portanto, do dever de lealdade à companhia (art. 155 da Lei nº 6.404/76), a revelar maior consciência da ilicitude de sua conduta comissiva, principalmente pelo conhecimento e experiência que tiveram nos trabalhos que antecederam na divulgação do “Edital de Oferta Pública para Aquisições de Ações de Emissões da PERDIGÃO S/A”. Tais fatores demonstram uma maior reprovabilidade na conduta dos agentes, merecendo, assim, uma punição mais efetiva por parte do Estado, mormente porque a conduta ilícita praticada pelos réus tem como consequência, geralmente, a causação de prejuízos não apenas à própria empresa, mas também a todos que operam no mercado de valores mobiliários.

Com relação às consequências do crime, agiu com costumeiro acerto o MM. Juiz *a quo*, pois a infração prevista no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, possui natureza de crime formal, e se consuma com a mera utilização de informação privilegiada em razão do cargo que o agente ocupa na empresa, mediante a negociação de valores mobiliários, sendo prescindível a “efetiva obtenção da vantagem indevida”.

Por conseguinte, devem ser reconhecidas negativamente as circunstâncias do crime, notadamente o *modus operandi* efetuado pelo corréu Luiz Murat de ludibriar as autoridades brasileiras negociando valores mobiliários no exterior por intermédio de empresa *offshore*.

No tocante ao *quantum* da pena-base fixado pelo juiz singular, entendo que razão assiste ao *Parquet* federal, merecendo ser exasperada a reprimenda, tendo em vista que a sanção penal independe da sanção administrativa diante do princípio da independência das instâncias, os réus renunciaram aos cargos que exerciam na empresa e de que não há provas de que os acusados foram criticados pela mídia especializada e pelos seus pares no meio empresarial.

Dessa forma, elevo a pena-base para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão para o corréu Luiz Murat, e de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão para o corréu Romano Ancelmo.

Não há agravantes e nem atenuantes a serem consideradas.

E, por fim, entendo que o magistrado agiu corretamente ao reconhecer a majorante prevista no artigo 71 do Código Penal, aplicada no patamar de 1/6 (um sexto), resultando, em relação ao acusado *Luiz Gonzaga Murat Filho*, 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e em relação ao corréu *Romano Ancelmo Fontana Filho*, aplicada no patamar de ¼ (um quarto), o que resultou na pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão.

Com relação à pena pecuniária aplicada ao corréu Luiz Murat, entendo que a decisão de primeiro grau também não merece qualquer reparo, tendo em vista que houve vantagem financeira nas operações engendradas pelo acusado.

Com efeito, a multa foi fixada acima do mínimo legal, tendo o juiz singular corretamente fundamentado o *quantum debeatur*, que está assim explicitado (fl. 542):

Quanto à pena de multa, o artigo 27-D da Lei nº 6.385/76 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será “de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três), será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.

(...)

No caso concreto, segundo a CVM, caso houvesse vendido todos seus títulos, pela cotação de fechamento do dia, em 21 de julho de 2006, o acusado LUIZ teria obtido lucro de US\$ 176.656,00 (cento e setenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e seis dólares), conforme se verifica da tabela elaborada pela CVM à fl. 08 do apenso procedimento investigatório criminal nº 1.34.001.003927/2007-32.

Já a defesa de LUIZ sustenta que, na realidade, ele teria suportado um prejuízo estimado de US\$ 931,00 (novecentos e trinta e um dólares). A resultado próximo a este (US\$ 918,00), porém, somente se chegaria se comparados unicamente o valor pago pelos primeiros 15.300 ADRs adquiridos (US\$ 352.907,00) ao custo unitário de US\$ 23,06 [Em realidade, foram 5.100 ADRs adquiridos ao custo unitário de US\$ 69,20, mas, em 20 de abril de 2006, a PERDIGÃO S. A. realizou um “split” (desmembramento) de suas ações na proporção de um para três, de forma que o número total de ADRs passou a ser de 15.300 e o respectivo custo unitário passou a ser de US\$ 23,06.], e o valor recebido pela venda (US\$ 351.976,00), ao valor unitário de US\$ 23,00. Não obstante, a meu ver, o cálculo deve levar em conta as duas operações consideradas de forma conjunta, a partir da obtenção do seu custo médio, da mesma forma que se calcula o ganho de capital no mercado acionário para fins de imposto de renda (média ponderada dos custos unitários) [Sobre esse cálculo, vide FERRERO, Gilberto. *Imposto de Renda nas Bolsas de Valores para Pessoas Físicas*. São Paulo: Saint Paulo Editora, 2008. PP. 26-29.] Isso porque somente assim se pode apurar se houve efetivo ganho ou não.

Recapitulando os fatos, o réu LUIZ adquiriu, somadas as duas operações, 45.900 ADRs, ao custo médio de US\$ 20,47. Vendeu, no dia 21 de julho, apenas 15.300, pelo valor unitário de US\$ 23,00, mantendo os demais 30.600 ADRs em sua titularidade.

A circunstância de LUIZ não ter vendido todas as ações adquiridas naquele momento não descaracteriza a existência de efetivo lucro (embora ainda não integralmente realizado). Caso assim não se entenda, bastaria ao “insider” simplesmente, após adquirir as ações com base na informação privilegiada, mantê-las em carteira por longo período para descaracterizar a ocorrência de lucro, evitando, assim, a aplicação da multa penal.

Portanto, deve ser levado em consideração o total dos valores mobiliários envolvidos, ainda que não vendidos naquele momento. Porém, discordo do cálculo efetuado pela CVM para indicar o lucro auferido. Isso porque se levou em consideração a cotação de fechamento dos títulos no dia 21 de julho de 2006, quando foi realizada a venda parcial. Parece-me mais razoável utilizar o valor da efetiva venda parcial realizada, porquanto mais baixa. Ora, se o acusado quisesse vender todos os seus títulos, muito provavelmente teria obtido o valor unitário de US\$ 23,00 - e não o valor unitário de US\$ 24,98, correspondente à cotação de fechamento daquele dia. Assim sendo, reputo que o lucro auferido pelo acusado (realizado ou não), consideradas as duas operações de compra, a operação de venda parcial e a manutenção do restante em carteira, corresponde à diferença entre aquilo que pagou pelos ADRs (US\$ 939.708,00) e aquilo que obteria se tivesse vendido todos os títulos pelo valor que efetivamente obteve com a venda parcial (45.900 x US\$ 23,00 = US\$ 1.055.700,00). Tal valor corresponde a US\$ 115.992,00. Convertido em reais, pela taxa de câmbio vigente no dia da efetivação da venda (21.07.2006), conforme verificado no site do Banco Central do Brasil (<http://www4.bcb.gov.br/pec/conver->

sao/conversao.asp), tal valor correspondia a R\$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos). Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a pena de multa resta fixada definitivamente em R\$ 349.711,53 (*trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinquenta e três centavos*). (fls. 1123 verso/1124 e verso)

Entretanto, nos termos do artigo 49 do CP, a multa deverá ser revertida ao fundo penitenciário, *in casu*, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), consoante artigo 2º, V, da Lei Complementar federal 79/94, uma vez que não há previsão expressa na Lei nº 6.385/76 especificando o destino da mencionada pena pecuniária.

Por outro lado, verifico que sua Excelência procedeu com total acerto ao aplicar a regra do artigo 71 do Código Penal na fixação das penas pecuniárias.

Em relação à matéria, alinho-me ao entendimento explanado por Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal, pág. 248), no sentido da inaplicabilidade da apontada norma legal (art. 72 do CP) ao crime continuado, pois nessa hipótese “não há concurso de crimes mas crime único e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa”.

Nesse mesmo sentido trago à colação os seguintes julgados:

CRIME CONTINUADO. PENA DE MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL.

A pena de multa, aplicada ao crime continuado, escapa à norma contida no artigo 72 do Código Penal. Recurso especial não conhecido. (Resp 68.186-DF - DJU de 18.12.95, p.44.597)

Deferida a unificação de pena, deve ser aplicada à sanção pecuniária o disposto no artigo 71 do Código Penal, pois a incidência do artigo 72 do mesmo Diploma constituiria flagrante contradição e injustiça. (RJTACRIM 45/441)

DO DANO MORAL COLETIVO

No tocante ao pleito ministerial, quanto à fixação de valor mínimo para reparação do dano moral coletivo, tenho que merecem prosperar as alegações aduzidas pelo *Parquet* Federal.

Antes, porém, de tecermos considerações a respeito da disciplina do dano moral coletivo, é importante destacar o dispositivo legal previsto no CPP que disciplina a reparação do dano quando o crime causar prejuízo à vítima. Assim, dispõe o art. 387, *verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

Considero que referida alteração legislativa deve ser aplicada, *in casu*, sem haver cogitar-se em ferimento a quaisquer preceitos constitucionais ou legais, porquanto trata-se de norma de direito processual (e não material), aplicável, pois, de imediato, nos termos do previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Ademais, o dispositivo legal em comento possui caráter reparatório, pois visa a compensar os danos causados pelos acusados. Conforme bem observado pela douta Procuradora Regional da República, não se trata de nenhuma novidade, pois o artigo 91 do CP já disciplinava a reparação civil. Na verdade, o art. 387, IV, do CPP, com redação modificada pela Lei nº 11.719/08, surgiu tão-somente para assegurar maior eficácia ao que determinava o artigo 91 do CP.

Feitas estas considerações, volvemos à questão referente ao dano moral coletivo no crime de uso indevido de informação privilegiada.

A princípio, cumpre enfatizar que o dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei de Ação Civil Pública, a saber:

- Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou *reparação de danos patrimoniais e morais*, individuais, coletivos e difusos (...) - destaquei.

- Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública):

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de *responsabilidade por danos morais* e patrimoniais causados:

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

Ainda, compete ressaltar, a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989 que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Muito embora o interesse tutelado no caso vertente não se refira aos interesses dos consumidores, nada impede a utilização das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que quaisquer espécies de interesses coletivos serão abarcadas pela sobredita legislação.

A par disso, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Ação Civil Pública constituem um microssistema jurídico que tutela interesses coletivos ou difusos. Dessa forma, torna-se plenamente cabível a reparação de danos morais coletivos na ação cível pública prevista na Lei nº 7.913/89.

Pois bem. Segundo o autor Leonardo Roscoe Bessa (Dano moral coletivo, *in Revista de Direito do Consumidor* nº 59/2006), o artigo 1º da Lei nº 7.347/85 que dispôs a respeito da responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de direitos relativos a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, teve o propósito de conferir uma proteção diferenciada.

De acordo com o autor acima mencionado, a disciplina do dano moral coletivo não está restrita apenas ao modelo teórico da responsabilidade civil privada de órbita individual. No entanto, prossegue o autor que “em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos con-

flitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal”.

Assim, no caso vertente, em que estão em discussão danos aos interesses do conjunto de investidores do mercado de valores mobiliários, a tutela efetiva do referido direito coletivo se sobressai no aspecto preventivo da lesão, em homenagem aos princípios da prevenção e precaução.

Desse modo, o dano moral coletivo se aproxima do direito penal, sobretudo pelo seu aspecto preventivo, ou seja, de prevenir nova lesão a direitos transindividuais.

Ademais, o dano moral coletivo reveste-se também de caráter punitivo pela qual sempre esteve presente também nas relações privadas individuais, *v.g.*, *astreintes* e cláusula penal compensatória. Assim, o caráter dúplice do dano moral individual consiste na indenização e na punição que também se aplicam ao dano moral coletivo.

Enfim, o dano moral coletivo constitui-se de uma função punitiva em decorrência de violação de direitos metaindividuais, sendo devidos, portanto, no caso em tela, prescindindo-se de uma afetação do estado anímico (dor psíquica) individual ou coletiva que possa ocorrer. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - *DANO MORAL COLETIVO* - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. *O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.* 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (RESP 200801044981, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 26/02/2010.) - *destaquei*

In casu, além do *insider* ter praticado a conduta delitiva prevista no art. 27-D da Lei nº 6.385/76, ele violou, da mesma forma, as disposições contidas nos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404/76, bem como no art. 1º, I e II, da Lei nº 7.913/89.

Assim, considerando que é obrigação do Estado tutelar os interesses difusos de grande número de pequenos investidores que nele aplicam suas reservas financeiras, que o correto funcionamento do mercado acionário é fator relevante para o desenvolvimento econômico e social de um país, que as regras básicas do mercado de valores mobiliários consistem no nivelamento de informações entre os investidores e a transparência das operações, que há muitos investidores não qualificados e que necessitam dessa proteção coletiva, e, por fim, que

a defesa da regularidade e do bom desenvolvimento do mercado de valores mobiliários é de interesse público, pois repercute em diversos índices de desenvolvimento econômico e social do País, determino o ressarcimento do dano moral coletivo sofrido por todos os investidores do mercado acionário que foram vítimas das condutas perpetradas pelos acusados.

Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração”, um dos parâmetros a ser utilizado, será o montante que desestimule o infrator para a prática de conduta delitiva.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ATO ILÍCITO - ATAQUE DE CACHORRO CONTRA CRIANÇA, EM VIA PÚBLICA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CASO DOS AUTOS - DESNECESSIDADE DE REVISÃO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. ... 2. No que se refere à verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido [...] STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 38057/SC, Rel.Min. Sidnei Beneti, j. 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

Ademais, utilizarei os parâmetros previstos na Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a previsão de multas administrativas no artigo 11, bem como especificou a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.

Neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. CAUTELARES PENAIIS DE ARRESTO E HIPOTECA LEGAL. CRIME TIPIFICADO NA PRIMEIRA PARTE DO ARTIGO 22 DA LEI 7.492/86. ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE O VALOR SUPOSTAMENTE EVADIDO, PARA FINS DE FIXAÇÃO DO DANO MÍNIMO. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. As hipóteses de manutenção de depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente (artigo 22, 2ª parte, da Lei 7.492/86) e de promoção, sem autorização legal, da saída de moeda ou divisa para o exterior (artigo 22, 1ª parte, da Lei 7.492/86) não se confundem. Enquanto a segunda parte do referido dispositivo tutela um bem jurídico que é ofendido quando se viola o dever de informação à administração das reservar cambiais no que concerne à manutenção de capital no estrangeiro; a primeira parte do tipo penal cogita já momento primeiro, é dizer, envio, clandestino, de divisas, daí o recurso à multa mais expressiva, apurada conforme percentuais, progressivos, em face do montante evadido, incidente, administrativamente, pela prática da infração da mesma espécie. 2. Na hipótese, *em se tratando de condenação alusiva à promoção, sem autorização legal, de saída de moeda ou divisa para o exterior (artigo 22, 1ª parte, da Lei 7.492/86), os parâmetros instituídos pela Lei 4.131/62, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, revelam-se mais adequados para tais fins, em substituição àqueles concernentes à legislação que rege o imposto de renda da pessoa jurídica, seja porque o referido diploma diz respeito, especificamente, à tutela do bem jurídico protegido pela norma penal ou porque provê o juiz de instrumental legislativo mais consentâneo com a colmatação da lacuna normativa, em ordem a possibilitar-lhe estimar, com razoabilidade e proporcionalidade, a quantificação em face do proveito alcançado pelo delito.* 3. A fixação de tal alíquota, por ora somente para fins de

garantia penal, não fere o direito à propriedade, posto que a indenização somente tornar-se-á definitiva quando, mantida a condenação pelo crime de evasão de divisas, for interposta a ação cível reparatória e fixado o quantum para indenização.(ENUL 200670000162983, VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, TRF4 - QUARTA SEÇÃO, D.E. 04/06/2010.) - *destaquei*.

Assim, em razão da gravidade do ato ilícito cometido pelos acusados, que colocou em risco o correto funcionamento do mercado de valores mobiliários, a astúcia de um dos réus, ao se utilizar de uma empresa *offshore* com o propósito de ocultar das autoridades brasileiras a negociação de valores mobiliários, e o grande lucro potencialmente auferido, fixo o valor mínimo a título de reparação de danos morais coletivos, em consonância com as disposições contidas no artigo 11, § 1º, inciso III, da Lei nº 6.385/76, em R\$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e de R\$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, em virtude da vantagem econômica obtida, conforme foi apurada na decisão de primeiro grau.

Há de se ressaltar que o *quantum* fixado acima para cada um dos réus foi a título de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, sendo que nada impede o ajuizamento de eventual ação de natureza coletiva no juízo cível.

Por fim, a despeito das previsões contidas nos artigos 13 da Lei nº 7.347/85 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.913/89, os valores serão destinados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, conforme especificado na sentença, deverão ser utilizados na promoção de eventos educativos, bem como na edição de material informativo acerca da conscientização dos investidores sobre os malefícios da prática do delito de *insider trading*.

No mais, estando presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, mantenho as reprimendas restritivas de direito fixada na r. sentença. No entanto, para o caso de revogação, mantenho o regime aberto aplicado em primeiro grau, tendo em vista a natureza das penas ora impostas, assim como ante a ausência de recurso da acusação.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, *afasto a preliminar* acerca da incompetência absoluta da Justiça Federal, e *nego provimento* à apelação defensiva, e, *dou parcial provimento* à apelação ministerial, a fim de majorar as penas impostas aos coacusados *Luiz Gonzaga Murat Filho* para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e *Romano Ancelmo Fontana Filho* para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime aberto, bem como determinar que o valor da pena de multa seja destinado ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Reconheço, por fim, em relação a cada um dos réus, o dever de indenizar os prejuízos sofridos à título de dano moral coletivo, no valor mínimo de R\$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais, e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e, de R\$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais, e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo, nos termos da fundamentação supra, mantendo-se, no mais, a r. sentença “a quo”.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0 012506-55.2009.4.03.6181

(2009.61.81.012506-0)

Apelante: JAMES AJEI OPOKU (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: ACr 43721

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO - NÃO CONFIGURAÇÃO DO ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE RECONHECIDA - IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 21, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL - NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE DECRETAÇÃO DA EXPULSÃO DO RÉU - APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA.

- Réu condenado ao cumprimento de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão pela prática do crime descrito no artigo 338 do Código Penal, porque após ter sido expulso do país em 8 de julho de 2003, reingressou clandestinamente no território nacional em 2005.

- A alegação de desconhecimento da proibição de retorno ao país não se sustenta. Consta expressamente a proibição de reingresso ao Brasil no Termo de expulsão, por ele assinado. Além disso, o reingresso no país valendo-se de documentos emitidos em nome de “Felix Kouasse” demonstra inequívoco conhecimento da ilicitude de sua conduta.

- Pena-base mantida acima do mínimo legal à vista da culpabilidade acentuada do réu.

- Circunstância agravante da reincidência devidamente reconhecida. O réu foi condenado no Brasil por tráfico ilícito de drogas, encerrando o cumprimento da pena em 2001, sendo que após reingressar ilicitamente no país e aqui permanecer clandestinamente, veio a ser novamente preso em 2006 sofrendo outra condenação por tráfico de substância entorpecente.

- Inviável a pleiteada incidência da causa de diminuição da pena contida no artigo 21, parte final, do Código Penal.

- Não é possível, em sede de processo criminal, juízo acerca da possibilidade de expulsão do réu, uma vez que tal ato compete ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Pedido não conhecido.

- Apelação da defesa improvida.

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, não conhecer

de parte da apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de novembro de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de Apelação Criminal interposta pela defesa de JAMES AJEI OPOKU, contra sentença condenatória proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara Criminal de São Paulo/SP (fls. 206/219v), publicada em 18 de agosto 2010 (fls. 220), em ação penal destinada a apurar a prática do crime descrito no artigo 338 do Código Penal.

Fato praticado em 16 de outubro de 2009; denúncia recebida em 6 de novembro de 2009 (fls. 64).

Após a regular instrução do feito, sobreveio a r. sentença que condenou JAMES AJEI OPOKU ao cumprimento de 2 (*dois*) anos e 3 (*três*) meses de reclusão, a serem descontados em regime inicial fechado, como incurso no artigo 338 do Código Penal.

Nas razões recursais (fls. 244/247), a defesa de JAMES AJEI OPOKU requer a absolvição em decorrência de erro de proibição invencível, uma vez que o apelante não tinha a consciência de que seu retorno ao território nacional configurava crime. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da redução de pena prevista no artigo 21, *caput*, 2ª parte, do Código Penal com a permissão para que o réu seja imediatamente expulso do país, bem como a aplicação da pena em seu patamar mínimo.

Expedida a Guia de Recolhimento Provisória (fls. 250/252).

Nas contrarrazões, o Ministério Público Federal pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 256/259).

A Procuradoria Regional da República, na pessoa do Dr. Márcio Domene Cabrini opinou pelo improvimento do recurso da defesa (fls. 270/272v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator):

A denúncia narra que em 16 de outubro de 2009, “Felix Kouassi”, custodiado na Penitenciária de Itaí, em razão de condenação no ano de 2006, pelo delito de tráfico de drogas, foi apresentado nas dependências da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo. O núcleo de identificações constatou, mediante análise das impressões digitais do réu, que se tratava, na verdade, de JAMES AJEI OPOKU, natural de Gana, que foi expulso do Brasil em 8 de julho de 2003, depois de ter cumprido penalidade imposta pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. James, então, foi preso em flagrante delito pela prática do crime de reingresso de estrangeiro expulso (fls. 62/63).

A alegação de desconhecimento da proibição de retorno ao país não se sustenta.

James Ajei Opoku foi expulso do país em 8 de julho de 2003 e assinou o Termo de Expulsão no qual consta expressamente a proibição de reingresso no Brasil (fls. 22). O réu afirmou em interrogatório judicial (fls. 117v.) que antes de seu embarque com destino a Gana

foi cientificado pela autoridade competente de que não poderia retornar ao Brasil. Além disso, reingressou no país valendo-se de documentos emitidos em nome de “Felix Kouasse”, o que demonstra seu conhecimento da ilicitude da conduta.

A alegação de que não tinha a intenção de permanecer no Brasil também não é considerável: JAMES retornou ao território nacional em 2005 e somente em julho de 2006 foi preso novamente por tráfico de drogas, período que não permite considerar razoável a justificativa de “estadia rápida”. Ademais, a conduta típica descrita no artigo 338 do Código Penal é reingressar, isto é, voltar ao território nacional após ter sido editado e efetivamente cumprido decreto de expulsão, ciente o estrangeiro da ilicitude de sua conduta, excetuado o caso de revogação do decreto presidencial de expulsão. Não se exige o animus de permanência.

O coeso lastro probatório contido nos autos demonstra que o apelante sabia que foi processado e condenado no Brasil por tráfico de drogas; tinha conhecimento de que foi escoltado para fora do território nacional pela Polícia Federal; detinha ciência de que não poderia valer-se de seu nome verdadeiro para reingressar no Brasil onde veio novamente a perpetrar o delito de tráfico de entorpecentes.

Conclui-se, portanto, que o reingresso de JAMES no ano de 2005 e sua permanência, desde então, em solo nacional, concretizaram-se de forma ilegal, em afronta à soberania nacional, estando presentes, assim, todos os elementos constantes do tipo penal incriminador descrito no artigo 338 do estatuto repressivo.

Em observância às circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, em especial a culpabilidade acentuada do réu, que se utilizou de nova identidade para retornar ao solo brasileiro, no propósito de ludibriar as autoridades e dificultar a repressão do crime praticado, onde foi novamente condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, a pena-base foi acertadamente fixada acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase o magistrado aplicou a circunstância agravante da reincidência, tendo em vista a condenação no Brasil por tráfico ilícito de drogas, com cumprimento de pena de 1998 a 2001, e a nova condenação em 2006 pelo mesmo crime. A pena foi aumentada em 1/2 (metade), restando fixada em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na terceira e última etapa, inviável incidência da causa de diminuição da pena contida no artigo 21, parte final, do Código Penal (erro de proibição evitável), uma vez que, conforme anteriormente recorrido, James foi notificado de que não poderia retornar ao país e compreendeu a notificação, tanto que a relatou no interrogatório judicial.

Dessa forma, a pena privativa de liberdade resta definitivamente fixada tal como aplicada em primeiro grau de jurisdição - 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Não é possível, em sede de processo criminal, qualquer juízo acerca da possibilidade de expulsão do réu, uma vez que tal ato compete ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a quem cabe, com exclusividade, resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação, nos termos do artigo 66 da Lei nº 6.815/80. Pedido não conhecido.

Pelos fundamentos acima expostos, não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

- Sobre o delito de reingresso de estrangeiro expulso, veja também os seguintes julgados: ACr 90.03.022739-0/SP, Relator Juiz José Kallás, publicada na RTRF3R 4/113; HC 2002.03.00.032931-4/SP, Relatora Juíza Federal Marianina Galante, publicado na RTRF3R 67/416 e CJ 2009.03.00.003769-3/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 99/348.

APELAÇÃO CRIMINAL

0002889-37.2010.4.03.6181

(2010.61.81.002889-5)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, MARIAMA DIALLO (ré presa) E CHIDOZIE FELIX (réu preso)

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: ACr 46529

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2013

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE PREPARADO: INOCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL: INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO: REJEITADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRAFICANTE OCASIONAL: AFASTADA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO: NÃO CARACTERIZADA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO: INVIÁVEL. INTERNACIONALIDADE DELITIVA. DELAÇÃO PREMIADA: INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS: DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO: POSSIBILIDADE.

1. Apelações criminais interpostas pela Acusação e pela Defesa contra sentença que condenou os réus como incurso no artigo 33 c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 04 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 05 anos, 08 meses e 01 dia de reclusão, bem como absolveu os réus da imputação quanto ao crime de associação para o tráfico, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

2. Rejeitada a preliminar de nulidade do flagrante preparado, retardado ou controlado. O flagrante retardado ocorre quando a autoridade policial já tem o conhecimento do delito e retarda a prisão. Não há que se falar em flagrante retardado ou ação controlada, porque a polícia não sabia se tratava realmente de tráfico de drogas.

3. Não procede a alegação de ocorrência de crime impossível em decorrência do monitoramento policial. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material. A conduta criminosa já estava consumada nas modalidades guardar ou trazer consigo. Eventuais vícios do inquérito policial não se projetam na ação penal para contaminá-la. Precedentes.

4. A materialidade e a autoria delitivas encontram-se demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

5. Não comporta acolhimento o pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso. O acusado não se declarou dependente de drogas, manifestando seu desejo de permanecer calado. Ademais, a quantidade de entorpecente apreendida em seu apartamento em muito se distancia daquela transportada para consumo próprio, razão

pela qual não se enquadra no disposto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

6. Afastada a causa de diminuição de pena do traficante ocasional. A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. O acusado faz parte da organização criminosa, sendo o responsável pela estadia da corré no Brasil, pela entrega da droga e troca de passagem aérea da acusada para garantir seu o retorno ao exterior, tendo inclusive entregue telefone celular para manter contato com ela, tudo a serviço da organização maior. Ainda havia a participação da corré, que atuou como “mula” para transportar a droga para o exterior, e uma terceira pessoa no destino iria recebê-la.

7. Não comporta acolhimento o pedido de condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico. Para a caracterização do crime tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas é necessária a presença dos seguintes elementos: duas ou mais pessoas; acordo prévio dos participantes; vínculo associativo duradouro; finalidade de traficar substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica. O conjunto probatório é insuficiente para a demonstração de que tenha havido associação estável entre o apelado e a corré ou o indivíduo não identificado, ou sua efetiva ligação com o tráfico de drogas.

8. No crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base. Precedentes.

9. Inviável a minoração da pena aquém do mínimo, porque válido o entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que aduz que “a incidência da circunstância atenuante não pode coincidir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

10. Presente a causa de aumento da internacionalidade delitiva, pois patente a intenção da apelante de internar a droga em território estrangeiro. Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando o entorpecente e prestes a sair do território nacional. Precedentes.

11. Para a concessão da delação premiada, faz-se imprescindível a eficácia da delação, com a indicação precisa de demais autores do crime aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena.

12. Os § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 não deve ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade. Há elementos que permitem concluir que a ré se dedicava a atividades criminosas. Contudo, à míngua de recurso da acusação quanto ao ponto e em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, mantida a causa de diminuição no patamar da sentença.

13. A acusada não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.

14. Apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo

estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, fixando a pena-base em patamar superior ao mínimo legal, e dessa forma não há que se falar em ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado.

16. Apelos da Defesa improvidos. Apelo da Acusação parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e negar provimento à apelação do réu CHIDOZIE; negar provimento à apelação da ré MARIAMA; dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, quanto ao réu CHIDOZIE, afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, resultando a pena definitiva de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo, bem como para, quanto à ré MARIAMA, afastar a redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, readequando sua pena definitiva para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada; e determinar a comunicação ao Superior Tribunal de Justiça, ao Juízo das Execuções Criminais Penais e ao Ministério da Justiça, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

O Ministério Público Federal, em 30/03/2010, denunciou CHIDOZIE FELIX, qualificados nos autos, de nacionalidade nigeriana, nascido aos 20/05/1978, e MARIAMA DIALLO, qualificada nos autos, de nacionalidade guineense, nascida aos 14/06/1987, como incursos nos artigos 33, combinado com o artigo 40, inciso I, e artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06. Consta da denúncia:

... 1.- Nos autos do incluso inquérito policial ficou evidenciada a prática, pelos Denunciados, do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, I, e art. 35, todos da Lei nº 11.343/06, estando a autoria e a materialidade delitiva bem delineadas pela investigação policial.

Conforme consta nos autos, as investigações originaram-se quando o DENARC tomou conhecimento, através de delação anônima, que uma mulher originária da Guiné transportava entorpecentes e estaria hospedada no Hotel Rivoli. A partir de então, os policiais identificaram a pessoa referida como sendo MARIAMA DIALLO, a qual foi localizada e passou a ser monitorada pela equipe policial, desde o dia 23 de janeiro do corrente ano.

Durante esse período, constatou-se que MARIAM havia se mudado para o Hotel Vitória, sito na Rua Cavalheiro, nº 85, Brás, nesta Capital.

2.- No dia 25/1/2010, por volta das 9:00, os policiais civis *Vinicius Pedroso Costa* e *Daniel Tsuji* se dirigiram ao endereço supracitado e localizaram MARIAMA deixando o hotel na companhia de CHIDOZIE FELIX. Ambos os Denunciados embarcaram em um ônibus na Estação Rodoviária Princesa Isabel, com destino ao Terminal Tiradentes (fls. 9).

No interior do coletivo os policiais viram uma terceira mulher, não identificada, entregar a MARIAMA uma mochila de cor cinza e preta, bem como uma sacola plástica de cor branca. Após esta entrega, os Acusados separaram-se e retornaram ao Hotel Vitória. A mulher não identificada tomou rumo ignorado.

Por volta das 14:00 do mesmo dia, os policiais civis ingressaram no hotel e abordaram os Acusados, seguindo com eles até o quarto 708, ocupado pela Denunciada MARIAMA.

Ao adentrarem o quarto em questão, os policiais encontraram sob sobre a cama *9 cubos de alumínio para rodas de bicicleta, 4 porta-pratos de madeira, diversos envelopes de papel em branco e folhas de receitas plastificadas* (fls. 21/22 e 24/30, sendo que todos esses objetos ocultavam, de forma dissimulada, substância em pó, que levadas a exame toxicológico resultou *positivo para cocaína* (fls. 45).

Foram igualmente encontrados quatro aparelhos de telefonia celular, uma quantia em dinheiro (US\$ 100,00 e R\$ 200,00), os passaportes de CHIDOZIE FELIX e MARIAMA DIALLO e uma declaração de valores, assinado pelo Corréu CHIDOZIE (fls. 21/22, 23 e 32/33).

3.- Diante dos fatos, dirigiram-se todos para a residência do Acusado CHIDOZIE, na rua Frei Caneca, nº 128, apto. 74, nesta Capital, sendo recebidos por *Elaine*, namorada deste, que lhes franqueou a entrada.

Nas buscas efetuadas pelos policiais foram encontradas quatro cápsulas contendo cocaína, diversos documentos de remessas de dinheiro do exterior para o Brasil em nome de *Elaine de Alcântara Rocha*, um notebook da marca Accer, um bilhete eletrônico de passagem aérea, emitido por Exim Voyages, em nome de MARIAMA DIALLO e um comprovante de transferência de valores, emitido pela Western Union, no valor de R\$ 3.524,22, em favor de CHIDOZIE FELIX, tendo como país de origem a Costa do Marfim (fls. 21/22 e 34/41).

4.- Diante das circunstâncias, os Acusados foram presos em flagrante delito (fls. 8/16), sendo apreendidos os objetos encontrados em sua posse.

O material foi submetido a perícia preliminar, sendo emitido laudo de constatação (fls. 45), o qual apontou tratar-se de droga ilícita, indicando resultado positivo para 3.128,0 gramas de cocaína.

A fls. 15 e 16, em seus interrogatórios, CHIDOZIE e MARIAMA permaneceram em silêncio, não respondendo a nenhuma das perguntas formuladas pela autoridade policial.

5.- Assim, a partir dos elementos carreados a estes autos, conclui-se que a materialidade do crime restou comprovada, assim como há indícios suficientes de sua autoria ...

A denúncia foi recebida em 19/07/2010 (fls. 189/191).

Processado o feito, sobreveio sentença, da lavra da MM. Juíza Federal Monica Aparecida Bonavina Camargo e publicada em 09/11/2010 (fls. 271), que: a) condenou a ré MARIAMA como incurso no artigo 33 c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 473 (quatrocentos e setenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo; b) condenou o réu CHIDOZIE como incurso no artigo 33, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.363/2006, à pena de 05 (cinco) anos, 08 (oito) meses e 01 (um) dia de reclusão, e 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo; c) absolveu os réus MARIAMA e CHIDOZIE da imputação quanto ao crime de associação para o tráfico, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Foram negados a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e o direito de apelar em liberdade (fls. 260/270).

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma parcial da sentença objetivando, quanto à ré MARIAMA, a correção da dosimetria da pena, argumentando que a circunstância atenuante da confissão não pode resultar em diminuição aquém do patamar mínimo; e quanto ao réu CHIZODIE, o afastamento da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, e sua condenação pelo crime de associação para o tráfico (fls. 275, 281/284).

Apela também a ré MARIAMA, representada pela DPU - Defensoria Pública da União (fls.288), pedindo: a) seja a pena base fixada no mínimo legal; b) seja aplicada a causa de diminuição da pena contida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, no seu maior patamar, ou seja, aplicando-se a redução de 2/3, com a conseqüente substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, nos termos do artigo 44, do Código Penal; c) seja afastada a causa de aumento de pena do artigo 40, I, da Lei 11.343/06; d) seja reconhecida a delação premiada constante do artigo 41, da Lei 11.343/06; e) seja fixado como regime inicial de cumprimento de pena, o semiaberto, nos moldes do art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal, caso a pena seja mantida; f) a manifestação expressa deste Egrégio Tribunal, sobre todos os dispositivos legais e constitucionais supracitados, para fins de prequestionamento, consoante a Súmula 282, do E. Supremo Tribunal Federal (303/318).

Foi expedida guia de recolhimento provisória, em favor do réu CHIDOZIE (fls. 325/327).

Contrarrrazões da Defesa da ré MARIAMA pedindo o improvimento do recurso do órgão ministerial (fls. 291/301).

Apelou o réu CHIDOZIE (fls. 360).

Em face da inércia do defensor do réu CHIDOZIE (fls. 387), a DPU foi nomeada para representá-lo e ofereceu razões de apelação em favor do sentenciado, requerendo a reforma da sentença para que seja declarada a ilegalidade do flagrante preparado, a resultar no relaxamento da prisão decretada e a conseqüente absolvição do réu; bem como, seja reconhecida a ilicitude da colheita das provas a fulminar de nulidade as provas derivadas produzidas, a culminar na absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer-se a absolvição em relação ao art. 33, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal e a desclassificação da conduta pelo delito do artigo 28, da Lei de Drogas. A defesa pleiteou, ainda, a diminuição da pena-base do apelante (fls. 389/401).

Contrarrrazões de apelação oferecidas em favor do corréu CHIDOZIE, pleiteando a manutenção da sentença (fls. 402/409).

O Ministério Público Federal ofereceu contrarrrazões, pugnando pelo improvimento dos recursos de apelação dos réus MARIAMA e CHIDOZIE (413/429).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Rose Santa Rosa, opinou pelo desprovimento dos recursos da Defesa, e pelo provimento do recurso da Acusação (fls. 953/960).

Juntado aos autos ofício do Juízo das Execuções Criminais, comunicando o deferimento da progressão para o regime semiaberto, em favor da ré MARIAMA (fls. 962/965).

Consta, ainda, dos autos, a comunicação da impetração do *Habeas Corpus* nº 253591/SP, perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em favor do paciente CHIDOZIE FELIX, bem como a cópia das informações prestadas ao eminente Relator.

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

I - DO RECURSO DO RÉU CHIDOZIE

I.1. Da preliminar de nulidade do flagrante preparado, retardado ou controlado, em razão da ilegalidade da ação controlada da polícia judiciária, que iniciou o monitoramento da corré MARIAMA em 23/01/2010 e apreendeu a droga e prendeu os acusados somente dois dias depois, em 25/01/2010, bem como porque seria necessária autorização judicial, a tornar a situação hipotética de tráfico de drogas em crime impossível, contaminando e tornando ilícitas e inadmissíveis as demais provas produzidas.

A preliminar é de ser rejeitada.

O flagrante retardado ocorre quando a autoridade policial já tem o conhecimento do delito e retarda a prisão. Nesse sentido é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, *in Código de Processo Penal Comentado*, Ed. RT, 11^a ed., SP, 2012:

18. Flagrante diferido ou retardado: é a possibilidade de que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa. Veja-se o disposto no art. 2º da Lei 9.034/95: ...

No caso em tela, verifica-se dos depoimentos dos policiais que acompanharam as atividades dos acusados no período, prestados na fase judicial, que eles tinham apenas a suspeita de a corré MARIAMA transportaria droga, à vista da denúncia anônima, mas não tinham certeza de ela estava na posse da mesma, de modo que esperaram o momento mais oportuno para abordar os acusados.

Dessa forma, não há que se falar em flagrante retardado ou ação controlada, porque a polícia não sabia se tratava realmente de tráfico de drogas.

De igual forma, não procede a alegação de ocorrência de crime impossível em decorrência do monitoramento policial. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do artigo 17 do Código Penal, o que não se verifica no presente caso. Tal circunstância é facilmente verificável pela forma de acondicionamento da droga, escondida no interior dos cubos de alumínio da roda de bicicleta, no interior dos porta-pratos de madeira, e dos envelopes e folhas de receitas plastificadas. Ademais, a conduta criminosa já estava consumada nas modalidades guardar ou trazer consigo.

Assim, não há que se falar na ilicitude da prova.

Ainda que assim não fosse, eventuais vícios do inquérito policial não se projetam na ação penal para contaminá-la. Nesse sentido situa-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

O inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação de nulidade da ação penal ...
STF – 2ª Turma - HC 83233/RJ - Relator Min. Nelson Jobim - DJ 19.03.2004 p. 33.

... I - Eventuais vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal, tendo em vista tratar-se, o mesmo, de peça meramente informativa e não probatória ...
STJ – 5ª Turma - RHC 10.419 - Relator Ministro Gilson Dipp - DJU 17.09.2001 p. 173

Superada a matéria preliminar, passo ao exame do mérito.

I.2. Da materialidade e da autoria delitivas: a materialidade e a autoria delitivas encontram-se demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Os Laudos Preliminares de Constatação de fls. 45 e o Laudo de Exame em Substância de fls. 104/107 atestam ser cocaína a substância encontrada nos objetos apreendidos no quarto da corré MARIAMA e nas cápsulas apreendidas no apartamento do apelante, no montante líquido 3.128 gramas e 51 gramas, respectivamente.

O réu foi abordado por policiais nas proximidades do Hotel Vitória, local onde foram encontrados no quarto 708, quarto este ocupado pela corré MARIAMA DIALLO, 3.128 gramas de cocaína, acondicionada de forma disfarçada no interior de 2 livros ficheiros com capas plastificadas, 9 cubos de alumínio para rodas de bicicleta, 4 porta pratos de madeira, diversas folhas de receitas plastificadas.

Ademais, foram encontrados mais 4 cápsulas de cocaína, no peso líquido de 51 gramas, no apartamento do apelante, na Rua Frei Caneca, sobre o armário da cozinha, além da passagem aérea de ida e volta em nome da corré MARIAMA DIALLO (trechos Dakar-Lisboa, Lisboa-Recife, e volta Recife-Lisboa, Lisboa-Dakar).

A conduta imputada ao apelante, de fornecer e ter em depósito droga ilícita, para fins de comércio ou entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros é corroborada pelo depoimento em juízo e testemunho do policial que efetuou a prisão em flagrante (fls. 214/217 e 218/220).

Dessa forma, não procede a alegação da Defesa de ausência de provas de que ele CHIDOZIE que corré MARIAMA transportava drogas. A autoria delitiva e o dolo em relação a CHIDOZIE restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante, pelos depoimento das testemunhas de acusação e pelo interrogatório da corré MARIAMA.

Depreende-se do interrogatório da corré MARIAMA que um amigo de CHIDOZIE, chamado Emanuel, a contratou para buscar a droga no Brasil, que CHIDOZIE a buscou na rodoviária em São Paulo, cuidou de sua hospedagem, entregou-lhe um celular para contato e cuidaria da passagem aérea de volta de MARIAMA. MARIAMA disse ainda que CHIDOZIE a levou para buscar a droga de ônibus, a qual estava dentro de uma mochila e uma sacola plástica.

Tal fato foi confirmado pelos policiais Vinicius Pedroso Costa e Daniel Tsuji, que presenciaram os fatos e foram incisivos em afirmar em juízo, na qualidade de testemunhas, que observaram o corréu CHIDOZIE receber a mochila de um indivíduo desconhecido em um ônibus, os quais continham os objetos e a droga encontrados no quarto de MARIAMA. Ademais, foi encontrado no apartamento do apelante CHIDOZIE 4 cápsulas de cocaína e a passagem aérea em nome de MARIAMA.

Dessa forma, resta comprovado que CHIDOZIE era o responsável pela estadia da MARIAMA no Brasil, entrega da droga e troca de passagem aérea para retorno da acusada à África.

I.3. Do pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso: o pedido não comporta acolhimento.

Verifico que, ao ser preso em flagrante, o acusado CHIDOZIE não se declarou como dependente de drogas, manifestando seu desejo de permanecer calado (fl. 15). Ademais, a quantidade de entorpecente apreendida em seu apartamento (51 gramas de cocaína, peso líquido) em muito se distancia daquela transportada para consumo próprio, razão pela qual não se enquadra no disposto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Assim, o intuito mercantil do transporte da droga resta evidenciado. Portanto, a situação fática dos autos demonstra a inviabilidade da desclassificação do tráfico para uso de drogas.

Demonstradas materialidade e autoria delitivas, irretocável a condenação proferida em primeiro grau.

Passo à análise da dosimetria da pena.

No tocante à pena de CHIDOZIE, a insurgência da acusação e da defesa limita-se à causa de diminuição da pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

I.4. Da causa de diminuição de pena do traficante ocasional: A defesa pede a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da lei 11.343/06 no patamar máximo. A Acusação, por sua vez, pede o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Procede o pleito da acusação.

Embora reconhecidamente primário e de bons antecedentes, como lançado na sentença, o requisito da não dedicação a atividades criminosas restou desatendido.

A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas.

Restou claro nos autos que o acusado CHIDOZIE faz parte da organização criminosa, sendo o responsável pela estadia da corré MARIAMA no Brasil, pela entrega da droga e troca de passagem aérea da acusada para garantir seu o retorno ao exterior, tendo inclusive entregue telefone celular para manter contato com ela, tudo a serviço da organização maior. Ainda havia a participação da corré MARIAMA, que atuou como “mula” para transportar a droga para o exterior, e uma terceira pessoa no destino iria recebê-la.

Dessa forma, o acusado não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Assim, convém refazer o cálculo da dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; na segunda fase foi considerada a ausência de agravantes e atenuantes; e na terceira fase a pena foi aumentada em 1/6 por força da causa de aumento da transnacionalidade, resultando a pena definitiva de *06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, mantido o valor unitário mínimo.

II - DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O MPF pede a condenação de CHIDOZIE pelo crime de associação para o tráfico, uma vez

demonstrada sua efetiva participação na organização criminosa composta por membros presentes no Brasil e na África, sendo que atuava no Brasil recebendo as mulas responsáveis pelo transporte da droga, pessoas essas que eram cooptadas no estrangeiro por um outro membro do grupo criminoso, de nome Emanuel, com o único objetivo de realizar o tráfico de drogas.

O pedido não comporta acolhimento. Para a caracterização do crime tipificado no artigo 35 da Lei de Drogas é necessária a presença dos seguintes elementos: - duas ou mais pessoas; - acordo prévio dos participantes; - vínculo associativo duradouro; - finalidade de traficar substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica.

Segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, *in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, o tipo “demanda a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa”. Nesse sentido também situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ABSOLVIÇÃO QUANTO À ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no *caput* do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. As instâncias de origem, tendo reconhecido que a reunião dos pacientes teria sido eventual, a admitiram como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no acórdão que a confirmou, de que a associação dos pacientes teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.

5. Ordem concedida apenas para absolver os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença condenatória prolatada na origem.

(STJ, HC 137471/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 08/11/2010)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/2005.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. (HC nº 208.886/SP, Ministro

Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/12/2011)

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente e os corréus da imputação relativa à prática do crime de associação para o tráfico.

(STJ, HC 193.232/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2012, DJe 26/11/2012)

No caso dos autos, a denúncia sequer faz referência à associação estável ou a eventual vínculo associativo duradouro entre o apelado CHIDOZIE e a corré MARIAMA ou o indivíduo não identificado, cujo prenome é Emanuel, necessários à caracterização do crime de associação para o tráfico.

Ademais, o conjunto probatório é insuficiente para a demonstração de que tenha havido associação estável entre o apelado CHIDOZIE e a corré MARIAMA, ou entre CHIDOZIE e o indivíduo de prenome Emanuel, que sequer foi mencionado na denúncia como eventual contratante de “mulas” no exterior. A despeito de os documentos fls. 33/40 retratarem intensa movimentação de recursos oriundos da África em favor de CHIDOZIE no período de 11/02/2009 a 14/12/2009, a acusação não demonstrou sua efetiva ligação com o tráfico de drogas.

Destarte, é de se manter a absolvição do CHIDOZIE da imputação do crime do artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/2006.

III - DO RECURSO DA RÉ MARIAMA DIALLO

Não obstante a ausência de insurgência em relação à materialidade, autoria e dolo do crime de tráfico de drogas, verifico que a materialidade delitiva restou comprovada pelo laudo pericial de fls. 45 e 104/107 e a autoria e dolo pela confissão da acusada na fase judicial (fl. 223 e mídia de fl. 230).

No tocante à dosimetria da pena, a Defesa pleiteia a diminuição da pena-base, o afastamento da causa de aumento da internacionalidade, o reconhecimento da delação premiada, a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º da lei 11.343/06 em patamar maior, a fixação do regime inicial menos gravoso, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tendo em vista que a Acusação também insurge-se em relação à dosimetria da pena (impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em face de circunstância atenuante), os recursos serão analisados em conjunto.

III.1. Quanto à pena-base, o Magistrado *a quo* fixou-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, considerando a natureza da droga (cocaína) de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários, e a grande quantidade apreendida (3.128 gramas) revelam o alto grau de lesividade da conduta.

Requer a defesa a redução da pena-base no patamar mínimo.

O artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece expressamente que, no crime de tráfico de drogas, a natureza e a quantidade da substância, a personalidade e a conduta social do agente devem ser considerados na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal. Saliente-se que o objeto jurídico tutelado no crime de tráfico de entorpecente é a saúde pública e, portanto, quanto maior a quantidade da droga traficada maior o potencial lesivo e o perigo de dano à saúde pública, a justificar uma maior reprovabilidade da conduta empreendida e, conseqüentemente, a elevação da pena-base.

Nesse sentido situa-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS, 2 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06) ... PENA-BASE CORRETAMENTE FIXADA EM 6 ANOS. REDUÇÃO POR FORÇA DO ART. 40, I DA LEI 11.343/06 APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, DE ELEVADO PODER PSICOTRÓPICO (780 GRAMAS DE COCAÍNA) ... 2. A natureza da droga e a grande quantidade apreendida (cerca de 780 gramas de cocaína) têm função de extrema relevância quando do cotejo da individualização da pena, contribuindo fortemente na dosimetria da reprimenda, para uma adequada resposta social e no repúdio ainda maior da justiça criminal. Assim, devidamente justificadas a pena-base, fixada em 6 anos de reclusão, e a incidência no patamar mínimo do benefício previsto no art. 40, I da Lei 11.343/06 ...

STJ, 5ª Turma, HC 145242, Rel. Min. Napolão Nunes Maia Filho, j. 19/08/2010, DJe 27/09/2010

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MAJORAÇÃO DA PENA-BASE, À VISTA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA ... 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, dentro de 2 (dois) pacotes plásticos acondicionados em sua mala, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 3.020g (três mil e vinte gramas), de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar. 2. Majoração da pena-base atentando-se à significativa quantidade (mais de três quilos) e à natureza nefasta da droga apreendida (cocaína) ...

TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00042638520074036119, Rel. Des. Fed. Johansom di Salvo, j. 29/11/2011, DJe 07/12/2011

Dessa foram, verifico que a potencialidade lesiva inerente à natureza da droga apreendida, aliada à expressiva quantidade (3.128 gramas de cocaína) justificam a exasperação da pena-base além do patamar mínimo.

Dessa forma, reputo adequado e suficiente a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tal como lançado na r.sentença apelada.

III.2. Da confissão espontânea. Na segunda fase da dosimetria da pena, foi considerada a atenuante da confissão espontânea, sendo a pena reduzida em 1/6 (um sexto), passando a 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão.

A Acusação sustenta a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, por conta de circunstância atenuante, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Com razão o Ministério Público Federal.

Com efeito, inviável a minoração da pena aquém do mínimo, porque válido o entendimento sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que aduz que “a incidência da circunstância atenuante não pode coincidir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Referido enunciado tem amparo legal, pois se o tipo tem previsão de pena mínima, esta deve ser respeitada. As circunstâncias atenuantes e agravantes não possuem no Código Penal um balizamento do *quantum* pode ser diminuído ou aumentado. O entendimento sustentando na sentença recorrida implicaria em admitir a possibilidade de aplicação de pena igual a zero,

o que se afigura absurdo. Dessa forma, o entendimento não afronta o princípio constitucional da legalidade, ao contrário, está exatamente de acordo com o mesmo.

Também não se verifica afronta ao princípio constitucional da individualização da pena, posto que essa se dá dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador ordinário.

No mesmo sentido do entendimento consubstanciado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral:

ACÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. STF, RE 597270 QO-RG/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/03/2009, DJe 04/06/2009.

Assim, considerado que o recurso da acusação limita-se ao patamar de redução da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para o mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

III.3. Da causa de aumento da internacionalidade delitiva. Pretende a Defesa o afastamento da causa de aumento da internacionalidade delitiva.

No tocante à internacionalidade, vislumbro sua ocorrência, pois: a) foram encontrados bilhetes aéreo de ida e volta em nome de MARIAMA; b) MARIAMA disse na fase judicial ter sido contratada no exterior para levar cocaína para Marrocos, e após Guiné; c) a droga apreendida estava oculta na bagagem da acusada. Todos estes fatores evidenciam a intenção da acusada em levar a droga para o exterior.

Assim, patente a intenção da apelante de internar a droga em território estrangeiro, justificando a aplicação da causa de aumento do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Configura-se a internacionalidade do tráfico quando o agente está transportando o entorpecente e prestes a sair do território nacional. Nesse sentido situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS ... INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA ... 4. O entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que para a caracterização da internacionalidade do tráfico basta que a operação vise a difusão da droga no exterior, não sendo necessário que o agente deixe as fronteiras do País para configurar a causa de aumento. No caso, o Paciente foi flagrado no aeroporto prestes a embarcar com a droga para o exterior ... STJ, 5ª Turma, HC 136614, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/08/2010, DJ 27/09/2010

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES ... INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO COMPROVADA ... 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, no interior de 70 (setenta) cápsulas por ele ingeridas, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros no exterior, 509,5 g (quinhentos e nove gramas e cinco decigramas), peso líquido, de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar ... 7. Internacionalidade comprovada: o réu foi abordado trazendo consigo cocaína no interior

do Aeroporto Internacional de Guarulhos prestes a embarcar para o exterior, restando clara e evidente sua intenção de transportar a droga para fora do país, fato suficiente para considerar o crime consumado e para caracterizar a internacionalidade do tráfico perpetrado, ainda que não efetivada a internação da droga em território estrangeiro ...

TRF 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00076760920074036119, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 14/02/2012, DJ 30/03/2012

Portanto, incide a causa de aumento da internacionalidade 1/6 (um sexto), tal como lançado na sentença, resultando na pena de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

III.4. Da delação premiada: nos termos do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006, para a concessão do favor legal faz-se imprescindível a eficácia da delação, com a indicação precisa de demais autores do crime aliada à efetiva facilitação ao desmantelamento da estrutura criminosa, não bastando meras indicações do réu para reconhecer o benefício do perdão judicial ou da redução da pena. Nesse sentido, aponto precedente deste Tribunal:

PENAL: REVISÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. NULIDADE DA DOSIMETRIA. NOVA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO CARACTERIZADA ... V - Delação premiada não caracterizada, eis que as informações apresentadas pelo requerente não lograram identificar os demais integrantes do grupo, tão pouco suas prisões. Inaplicável, por conseguinte, a atenuante do art. 8º da Lei nº 8.072/90 ...

TRF 3ª Região, 1ª Seção, RVC 00165957420084030000, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 03/12/2009, DJe 30/09/2010

Na fase policial, a acusada nada informou sobre a qualificação ou endereço do traficante contratante (fl. 16). Embora haja no interrogatório prestado na fase judicial a indicação do prenome do contratante (Emmanuel) e do País de sua residência (Dakar/Senegal), não justificam a concessão da benesse uma vez que meras indicações da ré, em nada contribuíram para a identificação de eventuais outros agentes. As informações nada esclareceram de concreto, como se constata do interrogatório judicial de fls. 223 e mídia de fl. 231.

Assim, no caso concreto, ante a ineficácia e generalidade da delação, inviabiliza-se a minoração da pena ou a concessão do perdão judicial.

Acrescente-se que a apreensão da droga e a prisão do corréu CHIDOZIE se deu em decorrência das diligências policiais, não havendo que se falar em efetiva colaboração da acusada, para fins da concessão do benefício.

III.5. Da causa de diminuição de pena do traficante ocasional: Dispõe o artigo § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.

Não me parece que o citado § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas “mulas” do tráfico de drogas, porquanto

tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.

A atividade daquele que age como “mula”, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.

Se aquele que atua como “mula” desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na “associação criminosa”, muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é *contratado* por uma organização criminosa para servir como portador da droga, e portanto *integra* essa organização.

E, ainda que se entenda que o traficante que atue como “mula” não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam às atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.

Se o agente, sem condições econômicas próprias, dispense vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.

Nesse sentido aponto precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

“Mula” e causa de diminuição de pena - 2

Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma, por maioria, denegou *habeas corpus* em que pretendida a aplicação, em favor de condenada por tráfico de entorpecentes pelo transporte de 951 g de cocaína, a causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. No caso, as instâncias de origem, embora tivessem reconhecido que a ré seria primária, com bons antecedentes e que não se dedicaria à atividade criminosa, concluíram que, de fato, ela integraria organização criminosa e, portanto, não teria jus à citada causa de diminuição - v. Informativo 618. Considerou-se que o tráfico internacional não existiria sem o transporte da droga pelas chamadas “mulas”. O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a “mula”, de fato, integraria a organização criminosa, na medida em que seu trabalho seria condição *sine qua non* para a narcotraficância internacional. Pressupunha, assim, que toda organização criminosa estruturar-se-ia a partir de divisão de tarefas que objetivasse um fim comum. Assim, inegável que esta tarefa de transporte estaria inserida nesse contexto como essencial. Além disso, asseverou que o legislador não teria intenção de dispensar tratamento menos rigoroso ao “traficante mula” ou, ainda, a outros com “participação de menor importância” e não diretamente ligados ao núcleo da organização. Se esse fosse o propósito, certamente consubstanciaria elemento do tipo. Ter-se-ia, então, um tipo penal derivado. Vencido o Min. Ayres Britto, relator, que deferia a ordem. *HC 101265/SP, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 10.4.2012. (HC-101265)*

STF - Informativo nº 661

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM AEROPORTO. “MULA”. DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. ATUAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. WRIT DENEGADO. 1. As circunstâncias do caso concreto - Paciente de nacionalidade estrangeira e que transportava 2.070 (dois mil e setenta) gramas de cocaína, abordada ao tentar embarcar para Lisboa - evidenciam sua dedicação a atividades criminosas. 2. Assim, considerando a dinâmica dos fatos delituosos e com indicação de elementos concretos, o referido fato é circunstância que, *de per si*, impede a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. 3. Habeas corpus denegado.*

STJ, 5ª Turma, HC 148148, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/11/2009, DJ 15/12/2009

*APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES ... INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo, no interior de 70 (setenta) cápsulas por ele ingeridas, para fins de comércio ou de entrega a consumo de terceiros no exterior, 509,5 g (quinhentos e nove gramas e cinco decigramas), peso líquido, de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar ... 6. A pessoa que se dispõe a efetuar o transporte de substância entorpecente para o exterior com as despesas custeadas e mediante promessa de recompensa evidentemente integra organização criminosa de forma efetiva e relevante. Com efeito, o apelante, de forma voluntária, contribuiu para a narcotráfica internacional, constituindo figura essencial ao sucesso da empreitada criminosa, eis que incumbido de receber a droga devidamente embalada em cápsulas do fornecedor, ocultá-la e transportá-la dentro de seu organismo, devendo entregá-la ao destinatário na Espanha, representando, portanto, o imprescindível elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, a incidência do benefício recorrido, cuja aplicação exige a prova extrema de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma. Ademais, o *modus operandi* do transporte - ingestão de cápsulas contendo a droga - está a revelar a participação de outras pessoas na dinâmica criminosa, permitindo enxergar o pertencimento do réu a grupo criminoso, conclusão que vem a ser reforçada pelo fato de KRISZTIAN ter efetuado outras 3 (três) viagens internacionais transportando substância entorpecente, conforme narrativa ofertada em contraditório judicial ...*

TRF 3ª Região, ACR 0007676-09.2007.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Johanson de Salvo, j. 14/02/2012, DJ 30/03/2012

No caso dos autos há elementos que permitem concluir que a ré dedicava à atividades criminosas: a quantidade da droga apreendida (3.128 gramas de cocaína); a inexistência de prova de ocupação lícita; o fato de haver confessado que tinha sido contratado para o transporte da droga em Guiné, mediante pagamento de mil dólares americanos, bem como do fornecedor da droga haver custeado a compra da passagem aérea internacional e demais despesas da viagem; o fato de ter recebido telefone celular para manter contato com o traficante contratante, conforme relato em interrogatório judicial, referido na r. sentença apelada (fls. 263 e verso).

Todas essas circunstâncias conduzem à conclusão de que a ré se dedicava à atividades criminosas, e portanto não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

Contudo, à míngua de recurso da acusação quanto ao ponto e em virtude da proibição da *reformatio in pejus*, mantenho a causa de diminuição no patamar da sentença, em 1/6 (um sexto), resultando a pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o valor mínimo.

III.6. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito: o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 972556/RS, declarou a inconstitucionalidade das vedações à substituição constantes da Lei 11.343/2006 (STF, Pleno, HC 97256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJe 15/12/2010).

No caso dos autos, contudo, a acusada não faz jus à substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o requisito do inciso I do artigo 44 do Código Penal.

III.7. Do regime inicial de cumprimento da pena. Postula a defesa a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

Observo que vinha sustentando entendimento no sentido de que o estabelecimento de regime inicial aberto ou semiaberto não se mostra compatível com a condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, dada a equiparação do tráfico aos delitos hediondos.

E assim o fazia por entender que tanto o legislador constituinte (artigo 5º, inciso XLIII) quanto o legislador infraconstitucional (Lei nº 8.072/1990) dispensaram tratamento mais rigoroso na repressão ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo portanto lícito o estabelecimento de regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região: STF, 1ª Turma, RHC 108011/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06/09/2011, DJe 30/09/2011; STF, 2ª Turma, HC 103011/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010; STF, 2ª Turma, HC 91360/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/05/2008, DJe 19/06/2008; STJ, 5ª Turma, HC 226379/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2012, DJe 08/05/2012; TRF 3ª Região, 1ª Turma, HC 0001433-97.2012.403.0000, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 06/03/2012, DJe 16/03/2012.

Contudo, não me é dado desconhecer que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia o regime inicial fechado para cumprimento da pena para os condenados por crime de tráfico de drogas (HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 27.6.2012. Informativo STF nº 672).

No caso dos autos, o entendimento pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal firmado pelo STF, não beneficia a acusada.

É certo que no caso dos autos a sentença fez expressa referência ao artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990, na redação da Lei nº 11.464/2007, para fixar o regime inicial de cumprimento da pena.

Contudo, não se poderia exigir do Juízo *a quo*, anteriormente à declaração de inconstitucionalidade do citado dispositivo, e havendo inclusive manifestações do próprio Supremo Tribunal Federal pela sua constitucionalidade, que aventasse outras razões para o estabelecimento do regime inicial fechado.

Assim, há de se perquirir se na dosimetria da pena, foram reconhecidos em favor do réu como favoráveis as circunstâncias judiciais. Isso porque apesar do regime inicial ser estabelecido, a princípio, em função da quantidade da pena, nos termos do § 2º do artigo 33 do Código Penal, o § 3º do citado dispositivo estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

E, no caso dos autos, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do CP, em relação às consequências do crime, fixando a pena-base em patamar superior ao

mínimo legal (cinco anos e dez meses de reclusão).

Dessa forma, não obstante a pena final de quatro anos, dez meses e dez dias de reclusão, não há que se falar em flagrante ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado.

IV - DA CONCLUSÃO: por estas razões: a) rejeito a preliminar de nulidade e nego provimento à apelação do réu CHIDOZIE; b) nego provimento à apelação da ré MARIAMA; c) dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, quanto ao réu CHIDOZIE, afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, resultando a pena definitiva de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo, bem como para, quanto à ré MARIAMA, afastar a redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, readequando sua pena definitiva para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada; e determino ainda a comunicação ao Superior Tribunal de Justiça, ao Juízo das Execuções Criminais Penais e ao Ministério da Justiça.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

- Sobre a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, veja também os seguintes julgados: ACr 2006.61.19.005772-8/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 87/323; ACr 2006.03.99.047203-6/MS, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 88/401; EIfNu 0002968-13.2007.4.03.6119/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicados na RTRF3R 103/667; ACr 0000779-57.2010.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Nelson dos Santos, publicada na RTRF3R 107/182 e ACr 0007306-88.2011.4.03.6119/SP, Relator Juiz Federal Convocado Paulo Domingues, publicada na RTRF3R 115/194.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0003370-97.2010.4.03.6181

(2010.61.81.003370-2)

Embargante: MICHAEL GOMES MARANGONI

Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA

Corréus: CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO E CARLA VIVIANE DE CARVALHO DONEGATTI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: EIfNu 5863

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/01/2013

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE PECULATO E DE RECEPÇÃO. ARTIGOS 312 E 180, AMBOS DO CP. EMPREGADO DE AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ART. 327, § 1º, CP. OFENSA A INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - Diferentemente dos delitos praticados contra o patrimônio da agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos quais há jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processo e o julgamento (a exemplo do julgado citado no voto-vencido), no caso, a denúncia narra a prática, em tese, de crime de peculato praticado por empregado da agência franqueada da EBCT, que é equiparado a funcionário público federal, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal (na redação dada pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000).

2 - O crime de peculato está inserido no Título XI, do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública. O bem jurídico protegido, portanto, é a atividade funcional estatal, podendo ser objeto material do delito, inclusive, bem particular que esteja sob a guarda, vigilância ou custódia da Administração Pública.

3 - A apropriação por empregado de agência franqueada dos Correios, de correspondência contendo cheques de terceiros, de que tinha a posse em razão da função de recolhimento e expedição das correspondências simples, ofende diretamente interesse da União Federal, na medida em que afeta a sua atividade funcional, especificamente a regularidade do serviço público postal, exercido em regime de monopólio pela União Federal em todo o território nacional (art. 21, X, da CF e art. 9º, da Lei nº 6.538/78). Não se vislumbra, no caso, prejuízo econômico.

4 - Há, portanto, ofensa direta a interesse da União Federal, a justificar a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do crime de peculato, em tese praticado por funcionário público federal equiparado, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal (Súmula 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos), inclusive do crime conexo, em tese praticado pelos demais denunciados (art. 78, IV, CPP e Súmula nº 122, do E. STJ).

5 - Embargos infringentes a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a Desembargadora Federal Vesna Kolmar que lhe dava provimento.

São Paulo, 17 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos por Michael Gomes Marangoni em face do v. Acórdão de fls. 156/159, proferido pela E. 1ª Turma desta Corte que, por maioria, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos dos votos dos Desembargadores Federais Dr. José Lunardelli (relator para acórdão) e Dr. Johnson di Salvo, vencida a Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, relatora, que lhe negava provimento.

A ementa foi lavrada nos seguintes termos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS. DELITO COMETIDO POR FUNCIONÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Quando crimes perpetrados afetem o monopólio postal da União Federal (Constituição, art. 21, X c/c lei nº 6.538/1978, art. 9º), a Justiça Federal é competente para processar e julgar os feitos por existir interesse da União (CF, art. 109, IV), ainda que os serviços postais estejam sendo explorados por particulares, na forma de franquias.

2. Na hipótese dos autos, no entanto, da análise das provas, constata-se que, de fato, o delito praticado causou real prejuízo aos interesses da União e da ECT, ainda que tenha tido por vítima empresa franqueada dos Correios, fato que justifica a atribuição de competência à Justiça Federal para o processo e julgamento do ilícito penal.

3. É inegável que a conduta do empregado atingiu interesse da União, devendo ser aplicadas as regras de competência previstas no art. 109, IV da CF, na medida em que o delito praticado envolve a apropriação de “correspondência”, serviço público prestado em regime de monopólio (lei nº 6.538/1978, art. 9º, I), conforme decidiu o STF no julgamento da ADPF nº 46-7/DF. Do mesmo modo, o delito praticado traz, ao menos indiretamente, prejuízos à ECT, uma vez que as agências franqueadas são prestadores que propagam a rede pública “Correios”, e os usuários dos serviços postais não diferenciam as agências próprias das franqueadas, exigindo de todas, que propagam a mesma marca, as mesmas características de adequação na fruição dos serviços. Precedente deste E. TRF.

4. Por essas razões, compete à Justiça Federal o processo e julgamento desta ação penal, nos termos do art. 109, IV da CF.

5. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento.

Em suas razões recursais (fls. 161/162), o embargante requer a prevalência do voto vencido, que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito.

Os embargos foram admitidos por decisão do Desembargador Federal Dr. José Lunar-delli (fl. 164).

A Procuradoria Regional da República requer seja negado provimento aos embargos infringentes (fls. 168/173).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Consta da denúncia que, no dia 30 de abril de 2001, Carlos Eduardo do Nascimento, à época empregado da Agência Franqueada dos Correios Santo Antônio, e, por isso, equiparado a funcionário público, se apropriou de correspondência (carta simples), que continha dezessete cheques no valor total de R\$ 3.747,70 (três mil, setecentos e quarenta e sete reais e setenta centavos), da qual tinha posse em razão do exercício de sua função, pois era responsável pelo recolhimento e expedição das correspondências simples. Por sua vez, Michael Gomes Marangoni (ora embargante) recebeu, em proveito próprio, os cheques de Carlos Eduardo do Nascimento, sabendo-os produto de crime. Segundo a peça acusatória, 03 (três) cheques foram depositados na conta-corrente de titularidade de Carla Viviane de Carvalho Donegatti que, sabedora da origem criminosa dos cheques, ocultou-os em proveito de Michael Gomes Marangoni, que receberia o valor dos cheques após a devida compensação.

O ora embargante requer a prevalência do voto vencido da Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, relatora, que reconheceu a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, nos seguintes termos:

Com efeito, verifica-se que na situação em apreço a Agência de Correios que foi vítima da ação criminosa não é explorada diretamente pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e não possui natureza jurídica de empresa pública, na verdade a exploração do serviço se dá na forma de franquia, por particular, razão pela qual não há ofensa a bem ou interesse da União de forma a justificar a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. (fl. 154)

Em que pese o entendimento manifestado pela Desembargadora Federal Dra. Vesna Kolmar, entendo que deva prevalecer o entendimento esposado pelo voto condutor, que reconheceu a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

Diferentemente dos delitos praticados contra o patrimônio da agência franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos quais há jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processo e o julgamento (a exemplo do julgado citado no voto-vencido), no caso, a denúncia narra a prática de crime de peculato praticado, em tese, por Carlos Eduardo do Nascimento, empregado da agência franqueada da EBCT, que é equiparado a funcionário público *federal*, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal (na redação dada pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000), *verbis*:

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

O crime de peculato está inserido no Título XI, do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública. O bem jurídico protegido, portanto, é a atividade funcional estatal, podendo ser objeto material do delito, inclusive, bem particular que esteja sob a guarda, vigilância ou custódia da Administração Pública.

Nesse sentido é a lição de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Tem em vista a lei a probidade administrativa, tutelando-se a administração pública no que tange ao patrimônio público, o interesse patrimonial do Estado, ainda que de bens particulares. A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político. (*in Manual de Direito Penal. Parte Especial*, vol. 3, 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 267)

A apropriação, por empregado de agência franqueada dos Correios, de correspondência contendo cheques de terceiros no valor total de R\$ 3.747,70 (três mil, setecentos e quarenta e sete reais e setenta centavos), de que tinha a posse em razão da função de recolhimento e expedição das correspondências simples, ofende interesse da União Federal, na medida em que afeta a sua atividade funcional, em especial a regularidade do serviço público postal, exercido em regime de monopólio pela União Federal em todo o território nacional (art. 21, X, da CF e art. 9º, da Lei nº 6.538/78).

Não se vislumbra, na presente hipótese, prejuízo econômico.

Há, portanto, ofensa direta a interesse da União Federal, a justificar a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do crime de peculato, em tese praticado por funcionário público federal equiparado, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, inclusive do crime conexo, em tese praticado pelos demais denunciados (art. 78, IV, CPP e Súmula nº 122, do E. STJ).

Nesse sentido é o teor da Súmula 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos:

Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados.

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pela Desembargadora Federal Suzana Camargo (relatora para acórdão), nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0000422-46.2002.403.6123, da 5ª Turma desta E. Corte, publicado no DJU de 06/06/2006:

No caso dos autos, o recorrido trabalhava para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, porém não era empregado contratado diretamente. Prestava serviços à aludida empresa pública pela ADEFIVI, empresa conveniada com a EBCT que credenciava deficientes físicos para o trabalho (fl. 168).

Exercia, ainda segundo a EBCT, as funções de carimbação e triagem de correspondências simples, protocolo de documentos achados e perdidos e colocação de correspondências nas caixas postais (fl. 179).

Ora, denota-se que o recorrido exercia funções de empregado de empresa pública, situação essa que se enquadra no conceito amplo de funcionário público, dado pelo art. 327 do Estatuto Repressivo, razão pela qual o crime que lhe é imputado, em tese, subsume-se ao de peculato. (...)

Não é dado desconsiderar, outrossim, que se o recorrido é equiparado a funcionário público e exercia suas funções perante a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em exploração direta dessa atividade, por certo que sua conduta, em tese, afeta diretamente serviços e interesse dessa empresa pública, a determinar a competência da Justiça Federal, nos termos preceituados pelo artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, julgados desta E. Corte:

PENAL. PECULATO. CARTEIRO. APROPRIAÇÃO DE CARTÕES DE CRÉDITO POSTADOS NA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. ART. 327, § 1º DO CP. CARTEIRO: FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIIS. APROPRIAÇÃO EM RAZÃO DO CARGO. IRRELEVÂNCIA DA NATUREZA PARTICULAR DO BEM APROPRIADO. LESÃO AOS INTERESSES DA ADMINISTRAÇÃO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Incidente na hipótese a norma de extensão subjetiva prevista no artigo 327, § 1º, do Código Penal, segundo a qual considera-se como funcionário público, para efeitos penais, todo aquele que exerce emprego público, ou de qualquer modo, função pública, tomando a expressão no sentido mais amplo, diferentemente do Direito Administrativo, eis que não é propriamente a qualidade de funcionário público que caracteriza os crimes funcionais, mas sim o fato de serem praticados por quem se acha no exercício de função pública, entendida como qualquer atividade do Estado que vise diretamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública.

II - Ainda que o apelante tenha praticado o crime quando ocupante do cargo de Carteiro contratado sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT é empresa pública federal ligada ao Ministério das Comunicações, conforme estatuído no artigo 1º do Decreto lei nº 509, de 20 de março de 1969, executando e controlando os serviços postais em todo o território nacional, em regime de monopólio previsto no artigo 21, X, da Constituição Federal.

III - O conjunto probatório permitiu, de maneira segura, a conclusão de que o apelante efetivamente se apropriou dos cartões de crédito postados por empresa administradora de cartões de crédito, violando as correspondências que lhe eram confiadas no exercício de sua profissão de Carteiro empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

IV - É irrelevante o fato de os bens desviados serem de propriedade particular, pois a objetividade jurídica da norma incriminadora do delito de peculato não é a lesão patrimonial em si, mas principalmente a ofensa aos interesses da Administração Pública, no caso presente, o desenvolvimento regular do serviço público prestado pelos Correios.

V - Apelação a que se nega provimento.

(ACr 00004055920044036181, rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, e-DJF3 Judicial 2 de 28/05/2009)

PENAL- PECULATO E ESTELIONATO - PREJUÍZO CAUSADO A EMPRESA PÚBLICA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE FURTO OU APROPRIAÇÃO INDÉBITA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

1. Competência da Justiça Federal para o julgamento do crime de peculato, pois praticado por funcionário da ECT no exercício de suas funções (Súmula nº 254 do antigo Tribunal Federal de Recursos). Lesão patrimonial da empresa pública federal, que assumiu os prejuízos,

justificada a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes de estelionato.

2. A materialidade delitiva restou demonstrada pelas provas constantes do procedimento administrativo (fls.67/225), bem como pelos documentos juntados aos autos durante a instrução criminal, quais sejam, auto de apreensão, Boletim de Ocorrência, as faturas de cartões de crédito, bem como pela lista de objetos entregues ao apelante.

3. A autoria, por sua vez, restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão, bem como pelos depoimentos das testemunhas de acusação. Ademais, na primeira fase da persecução penal o apelante admitiu em parte a prática delitiva, confessou que efetuou saque e tentou fazer compras com os cartões de crédito dos quais detinha a posse, não os entregando aos proprietários, deixando clara a sua intenção de se aproximar desses bens.

4. O réu não cometeu crime de furto, haja vista que já detinha a posse dos bens, quando do cometimento do delito. Logo, não se pode dizer tenha ele subtraído coisa alheia móvel, para outrem ou para si, já que a subtração pressupõe que o agente não detenha a posse do bem.

5. Também o apelante não cometeu crime de apropriação indébita, haja vista que, muito embora tenha se apropriado dos cartões, o Código Penal prevê um tipo específico para aqueles casos onde o agente se vale da condição de funcionário público para se apropriar de bem particular, em detrimento da administração pública (art. 312 do Código Penal).

6. O acusado, valendo-se da condição de funcionário dos Correios e detendo a posse de cartões de crédito pertencentes a terceiros, apropriou-se dos referidos cartões, não os entregando aos respectivos donos. Agindo como se dono fosse, chegou até mesmo a efetuar compras, obtendo para si vantagem patrimonial. Agindo desta forma, incorreu o apelante nas penas do artigo 312 do Código Penal.

7. O delito de peculato restou caracterizado, haja vista que houve um prejuízo na prestação de serviço da empresa pública, bem como à sua imagem. Vale dizer, houve um prejuízo à administração pública.

8. O réu não só obteve vantagem ilícita, como iludiu terceiros, mantendo-os em erro, ao efetuar as compras. Para tanto, o réu fez-se passar pelos próprios donos dos cartões de créditos, dos quais se apropriou.

9. Ressalte-se que o crime de estelionato não requer necessariamente a manutenção da vítima em erro, podendo restar caracterizado com a ilusão de terceiros e a obtenção de vantagem indevida. Precedentes.

10. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade restou prejudicado, na medida em que já foi efetuada tal substituição pela MM. Juíza de primeiro grau, por ocasião da prolação da sentença.

11. Condenação mantida. Recurso da defesa desprovido.

(ACr 00090851820004036102, Juiz Federal Convocado Helio Nogueira, 5ª Turma, DJU 14/08/2007)

Observe, por fim, que a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do CC 27074, *em 14/06/2000* (data do julgamento), no sentido de que o empregado de agência franqueada da EBCT não comete o crime de peculato, pois não se equipara a funcionário público nos termos do artigo 327, do Código Penal, é anterior à Lei nº 9.983, *de 14 de julho de 2000*, que acrescentou a parte final do § 1º, do referido artigo.

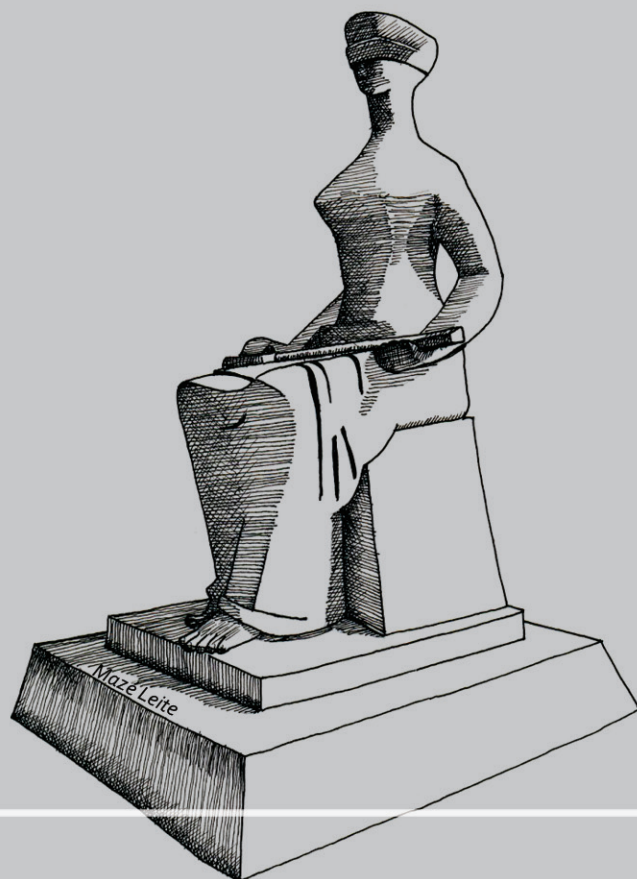
Assim, no caso, a competência para o processo e o julgamento do feito é da Justiça Federal, razão pela qual há de ser mantido, integralmente, o v. Acórdão embargado.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0003571-30.2003.4.03.6183

(2003.61.83.003571-2)

Apelantes: ARNALDO ELISEU MUNHOZ CORREA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD

Classe do Processo: ApelReex 1543839

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE INSALUBRE. MONITOR FEBEM. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NÃO COMPLEMENTADO. COMERCIÁRIO. COMPROVAÇÃO. ARTIGO 557, § 1º DO CPC. DECISÃO BASEADA EM JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e deste Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. Não há que se confundir início de prova material com prova plena, sendo imprescindível que a primeira venha a ser complementada por outros meios de prova, o que não se verifica nos presentes autos, uma vez que a declaração feita quando da expedição de carteira de identidade não tem o condão, por si só, de comprovar o desempenho da função de comerciário pretendida pelo autor.
3. Apresentado nos autos formulário de atividade especial e laudo técnico elaborado por consultor técnico e médico do trabalho, os quais atestam que a função de monitor junto à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor - FEBEM, atual Fundação CASA, é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com adolescentes internos portadores de doenças infecto-contagiosas, bem como ao contato com as roupas e pertences pessoais (código 3.0.1, anexo IV, do Decreto 3.048/99).
4. Agravos do autor e do réu improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos agravos do autor e do réu, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Trata-se de agravos interpostos pelo autor e pelo INSS, em face da decisão de fl. 673/676 que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar argüida pelo INSS e, no mérito, deu parcial provimento à sua apelação e à remessa oficial, no que tange aos juros de mora, e negou seguimento ao apelo do autor.

Objetiva o autor o provimento do presente agravo, argüindo, preliminarmente, nulidade da decisão agravada, de vez ser imprescindível a análise de fatos e provas que matéria posta em discussão por decisão colegiada. No mérito, alega que os documentos apresentados nos autos para comprovação do labor como comerciante são suficientes para tanto.

O réu, por sua vez, agrava da decisão, aduzindo não ter restado comprovado o caráter especial da atividade desempenhada pelo autor como monitor da FEBEM.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Quanto à preliminar argüida pelo autor, perfeitamente aplicável no presente caso o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, vez que inexistente qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A propósito transcrevo jurisprudência adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.

2. A “ratio essendi” do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa.

3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 24.04.2006).

4. “In casu”, o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada initio litis. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.

5. Inexistente ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo “decisum” revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos

trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 6. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 200601194166 - 857173- 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008)

E, ainda:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.

I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.

II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.

III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.

(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230)

No que pertine à atividade de comerciário que o autor pretende comprovar, resta evidente que não há que se confundir início de prova material com prova plena, sendo imprescindível que a primeira venha a ser complementada por outros meios de prova, o que não se verifica nos presentes autos, uma vez que a declaração feita quando da expedição de carteira de identidade não tem o condão, por si só, de comprovar o desempenho da função.

Quanto ao período em que o autor trabalhou como monitor da FEBEM, restou consignado na r. decisão agravada que ele apresentou formulário de atividade especial (fl. 91) e laudo técnico (fl. 84/90), elaborado por consultor técnico e médico do trabalho, os quais atestam que a função de monitor é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com adolescentes internos portadores de doenças infecto-contagiosas, bem como ao contato com as roupas e pertences pessoais, pelo que deve ser tido por insalubre o período de 20.12.1984 a 04.07.1997, laborado na função de monitor junto à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor - FEBEM, atual Fundação CASA, por exposição a agentes biológicos, código 3.0.1, anexo IV, do Decreto 3.048/99.

A propósito do tema, colaciono:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09.

I - O labor especial do autor junto à FEBEM restou suficientemente comprovado nos autos, tendo em vista o formulário de atividade especial em nome de colega que também exercia a

função de “monitor I”, bem como os laudos técnicos elaborados por engenheiros de segurança do trabalho, os quais atestam que a função de monitor é exercida em condições agressivas à saúde, com exposição a agentes biológicos nocivos, devido ao contato com internos portadores de doenças infecto-contagiosas.

II - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

III - Os juros moratórios devem ser calculados, a contar do termo inicial do benefício, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

IV - Com o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de 30.06.2009 os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), conforme decidido pelo E. STJ nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

V - Recurso não conhecido em relação ao termo final da incidência dos juros de mora, tendo em vista que a decisão agravada dispôs no mesmo sentido da pretensão do ora agravante.

VI - Agravo do INSS não conhecido em parte e, na parte conhecida, parcialmente provido (CPC, art. 557, § 1º).

(TRF 3ª Região; 10ª Turma; APELREEX - 1642617; Relator Des. Fed. Sergio Nascimento; e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/09/2011)

Diante do exposto, *nego provimento aos agravos interpostos pelo autor e pelo réu.*

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

- Sobre a função de monitor na FEBEM configurar-se como atividade especial para fins previdenciários, veja também o seguinte julgado: AC 0001865-41.2005.4.03.6183/SP, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, publicada na RTRF3R 106/129.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003985-13.2004.4.03.6112

(2004.61.12.003985-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: IVANIR RIBEIRO DIAS

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA CARLA RISTER

Classe do Processo: AC 1309362

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2013

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS COMPROVADOS. QUALIDADE DE SEGURADO E INCAPACIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- Faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

- Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social.

- Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez. É certo, ainda, que nos termos do artigo art. 62 da Lei de benefício, o benefício deve perdurar até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, ou quando não-recuperável, for aposentado por invalidez.

- A qualidade de segurado e o período de carência encontram-se cumpridos, conforme anotações constantes na CTPS, que apontam os recolhimentos de contribuições ao Regime Geral da Previdência Social nos seguintes interregnos: 26/06/1986 a 21/08/1986; 05/11/1986 a 28/11/1986; 01/12/1986 a 03/09/1987; 01/03/2001 a 10/04/2001 e 11/06/2001 a 25/07/2001. Os dois últimos vínculos empregatícios da parte autora, ocorridos em 2001, pressupõem que nesta ocasião a parte autora ainda possuía capacidade para o trabalho, vale dizer, no momento do surgimento da incapacidade total a parte autora ostentava a qualidade de segurado. Outrossim, tais vínculos ocorridos em 2001 (1/3 da carência) são suficientes para readquirir a qualidade de segurado.

- No tocante à presença de moléstia incapacitante, observa-se do laudo médico pericial elaborado em 28/07/2006 (fls. 93/95) que a parte autora sofre de síndrome do pânico e, em resposta aos quesitos, o perito concluiu que a parte autora apresenta um distúrbio psiquiátrico de caráter crônico e permanente com grande instabilidade emocional,

estando incapacitada total e permanentemente para exercer atividades laborativas.

- Desse modo, ostentando a qualidade de segurado e presente a incapacidade laborativa, resta devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de janeiro de 2013.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial para fixar juros de mora em 1% (um por cento) ao mês e negou seguimento à apelação do INSS, corrigindo erro material da r. sentença para fixar o termo inicial do benefício em 03.08.2006.

Em sede deste agravo legal, o agravante alega, em síntese, que a parte autora não ostenta a qualidade de segurado e, portanto, não faz *jus* à concessão do benefício pleiteado. Pede, assim, a reconsideração da r. decisão ou sua submissão ao colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Com efeito, o benefício de aposentadoria por invalidez tem previsão no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de

Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Quanto ao auxílio-doença, a matéria vem disciplinada a partir do artigo 59 da Lei 8.213/91, *verbis*:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Assim, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado inca-

paz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante à condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social. Por fim, a carência é dispensada, ainda, aos segurados especiais, bastando apenas, nesta hipótese, a comprovação do exercício da atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício pelo número de meses correspondentes à carência.

Quanto ao auxílio-doença, por seu turno, é devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos de forma temporária. No mais, possui requisitos idênticos à aposentadoria por invalidez. É certo, ainda, que nos termos do artigo art. 62 da Lei de benefício, o benefício deve perdurar até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência, ou quando não-recuperável, for aposentado por invalidez.

A qualidade de segurado e o período de carência encontram-se cumpridos, conforme anotações constantes na CTPS de fls. 10/13, que apontam os recolhimentos de contribuições ao Regime Geral da Previdência Social nos seguintes interregnos: 26/06/1986 a 21/08/1986; 05/11/1986 a 28/11/1986; 01/12/1986 a 03/09/1987; 01/03/2001 a 10/04/2001 e 11/06/2001 a 25/07/2001.

Impende observar que os dois últimos vínculos empregatícios da parte autora, ocorridos em 2001, pressupõem que nesta ocasião a parte autora ainda possuía capacidade para o trabalho, vale dizer, no momento do surgimento da incapacidade total a parte autora ostentava a qualidade de segurado. Outrossim, os vínculos ocorridos em 2001 são suficientes para assegurar o cômputo das contribuições anteriores para efeito de carência.

No tocante à presença de moléstia incapacitante, observa-se do laudo médico pericial elaborado em 28/07/2006 (fls. 93/95) que a parte autora sofre de síndrome do pânico e em resposta aos quesitos, o perito concluiu que a parte autora apresenta um distúrbio psiquiátrico de caráter crônico e permanente com grande instabilidade emocional, estando incapacitada total e permanentemente para exercer atividades laborativas.

Desse modo, ostentando a qualidade de segurado e presente a incapacidade laborativa, resta devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Neste sentido, é pacífico o entendimento desta C. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42 A 47 E 59 A 62 DA LEI Nº 8.213, DE 24.07.1991. QUALIDADE DE SEGURADO - EXISTÊNCIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O TRABALHO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O benefício de aposentadoria por invalidez está disciplinado nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Para sua concessão, deve haver o preenchimento dos seguintes requisitos: i) a qualidade de segurado; ii) o cumprimento da carência, excetuados os casos previstos no art. 151 da Lei nº 8.213/1991; iii) a incapacidade total e permanente para a ati-

vidade laboral; iv) ausência de doença ou lesão anterior à filiação para a Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.

2. Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 15.09.2010 e consoante verificado no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em março de 2008, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios (fl. 17).

3. Comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, a parte autora faz jus à aposentadoria por invalidez.

4. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3-Região, AC 00372227020114039999, 7ª Turma, Rel. Des. Federal FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 12/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 23/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DATA DE INÍCIO DA INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE DE SER FIXADA A PARTIR DE 2007. CONCESSÃO MANTIDA. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1- No presente caso, a parte autora comprova a carência de 12 (doze) contribuições mensais, nos termos do disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.213, de 24.07.1991.

2- Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 24.03.2008 e, consoante verificado no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em setembro de 2007, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios.

3- Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial afirma que ela possui obesidade, hipertensão arterial e diabetes mellitus, agravados com o trabalho exercido na lavoura, estando incapacitada para o seu trabalho (fls. 144/148).

4- Os exames da autora e os relatórios médicos (fls. 14/18, 42 e 144/148) demonstram que apesar de mencionar que já estava com diabetes desde 2001, na verdade sua incapacidade deu-se somente a partir de 2007 (fl. 42), inclusive exerceu labor rural de 07.2004 a 12.2004.

5- Agravo a que se nega provimento.

6- Determino, de ofício, a implantação do benefício de aposentadoria por invalidez, com data de início - DIB na data da citação, e renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, com observância, inclusive, das disposições do art. 461 e §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil, compensando-se os valores pagos na via administrativa.

(TRF3-Região, AC 00258173720114039999, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 18/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 27/06/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. CONCESSÃO MANTIDA. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE.

1 - Não há que se falar em perda da qualidade de segurado, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 03.09.2009 e consoante verificado à fl. 36 dos autos e em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a última contribuição foi vertida aos cofres públicos em abril de 2009, respeitando, assim, o período de graça previsto no art. 15, II e § 1º, da Lei de Benefícios.

2 - Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial, realizado em 02.07.2010, afirma que a mesma é portadora de lombalgia crônica e espondilartrose lombar, apresentando incapacidade relativa (fls. 66/69).

3 - Não se pode concordar com a conclusão do médico perito no sentido da incapacidade ser apenas parcial. Conforme se deduz da documentação juntada aos autos (fls. 27, 104 e 105), a parte autora sempre exerceu atividades laborativas que exigiam grande esforço físico, pelo que não se pode esperar que continue a se sacrificar em busca de seu sustento e de sua família, ou que, nessa fase da vida, venha a ser reabilitada para atividades outras, diversas daquelas

de caráter braçal. Diante do conjunto probatório, especialmente os documentos acostados às fls. 28/34v, e considerado o princípio do livre convencimento motivado, conclui-se, na verdade, que a segurada está incapacitada de forma total e permanente.

4 - Também não há que se falar em doença preexistente, pois, não obstante a própria autora tenha afirmado ao d. perito que sofre dos males que a afligem há cerca de dez anos, com base nos documentos médicos acostados às fls. 28 e 34v, constata-se que houve o agravamento da doença já no ano de 2009.

5 - Agravo que se nega provimento.

(TRF3-Região, AC 00425143620114039999, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 04/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 15/06/2012)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0071409-75.2004.4.03.0000
(2004.03.00.071409-7)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: MARIA CLEUZA GOMES PIZZOLIO E OUTROS
Sucedido: ADOLPHO PIZZOLIO (falecido)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AR 4351
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA DO INSS CONTRA SENTENÇA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 485, INCS. IV E V, CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. MAIOR E MENOR VALOR TETO. LIMITAÇÃO DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA: NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI CONFIGURADA. PARECER TÉCNICO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. ACOLHIMENTO. HABILITAÇÃO DE SUCESSORES. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA.

- Os benefícios percebidos por Luiz Godoy e por Maria Cleuza Gomes Pizzolio foram cessados, ambos em razão de óbito dos titulares.
- Com respeito a Maria Cleuza Gomes Pizzolio, seus filhos encontram-se habilitados em primeira instância, por sentença transitada em julgado.
- No tocante a Luiz Godoy viável o julgamento da rescisória, com posterior habilitação em primeira instância. Feito que se mostra “em termos”. Precedente. 3ª Seção.
- Preliminar de falta de interesse de agir do INSS rejeitada. O procurador autárquico não tem poderes para desistir sobre valores relativos ao erário, notadamente se em desacordo com a normatização de regência respectiva.
- Para além, o Instituto demonstra a necessidade de rescindir *decisum* que lhe foi desfavorável, quanto aos cálculos constantes dos autos e a importância apurada.
- A via escolhida (ação rescisória) também se ajusta à finalidade respectiva, *ex vi* do art. 485, CPC. Configurado o binômio necessidade/adequação.
- Preliminar de decadência rejeitada. Entre o trânsito em julgado da decisão rescindenda e o ajuizamento da ação rescisória não decorreu prazo superior a 2 (dois) anos (art. 495, CPC).
- Preliminar de nulidade dos atos praticados após o óbito do corréu Adolpho Pizzolio rejeitada.
- A matéria já foi decidida e regularizada na primeira instância, por sentença irrecorrida quanto ao ponto, a ensejar preclusão. Não obstante, a suspensão do feito (art. 265, CPC) tem início com a comunicação, nos autos, do óbito. Após a informação do passamento houve a devida regularização processual, com habilitação dos sucessores.
- É de se repelir o pleito de rescisão com fundamento em ofensa à coisa julgada. Não houve pronunciamento judicial na ação de conhecimento sobre o objeto desta rescisória

- aplicação do maior e menor valor teto e limitação de salários-de-contribuição, tendo sido objeto apenas dos embargos à execução.
- Possível a desconstituição da decisão por violação a dispositivo legal.
- Nos cálculos aceitos pelo Juízo singular não incidiram os limites legais, a teor do art. 23 do Decreto 89.312/84. Nesse sentido, o parecer técnico da Procuradoria Regional da República.
- Tanto na sentença de mérito quanto nos acórdãos, em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época, com relação à aplicação do teto.
- A Contadoria que auxilia o Ministério Público Federal tem a mesma função da Judicial, não restando qualquer dúvida a respeito da credibilidade, da correção e da fé pública que têm os servidores que realizam a tarefa contábil (art. 475-B, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei 11.232/05).
- Havendo divergência quanto à existência ou não de diferença em favor de uma das partes litigantes, deve ser solucionada com o auxílio técnico da Contadoria.
- Juízo *rescissorium*: os embargos à execução devem ser julgados parcialmente procedentes, acolhidos os cálculos apresentados, nesta rescisória, pelo Ministério Público Federal.
- Sucumbência recíproca. Cada parte arca com o pagamento da verba honorária do seu respectivo patrono, em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), com atualização monetária (Provimento "COGE" 64/05). Rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais (art. 21, *caput*, CPC). *In casu*, nada existe a ser distribuído e compensado entre os litigantes, haja vista ser a parte ré beneficiária de gratuidade de Justiça.
- Matéria preliminar rejeitada. Sentença rescindida. Juízo rescisório: embargos à execução julgados parcialmente procedentes.

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 veiculada pelas partes e julgar procedente o pedido para rescindir a sentença hostilizada (ius rescindens), na forma do artigo 485, V, do CPC, e, em sede de ius rescissorium, julgar parcialmente procedentes os embargos à execução*, nos termos do parecer técnico do MPF, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): Ação rescisória, com pedido de concessão de antecipação de tutela, proposta pelo INSS, em 03.12.2004, contra Maria Cleuza Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio, Francisco Carlos Gomes Pizzolio - herdeiros de Adolpho Pizzolio - e Luiz Godoy, com fundamento no artigo 485, incisos IV e V (ofender a coisa julgada e violar literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

Pretende desconstituir sentença proferida em sede de embargos à execução apresentados em demanda de revisão de benefícios previdenciários - DIBs 30.04.1987 e 11.02.1987 (fls. 02/10).

Foram carreados aos autos documentos (fls. 11/195).

Deferido o pleito de antecipação da tutela e suspensão a execução da ação originária (fls. 197/198).

Contestação, na qual se alega, inclusive, a ocorrência de decadência e a falta de interesse de agir, no sentido de que o Instituto não se insurgiu contra a sentença rescindenda e que concordou, expressamente, com as manifestações do perito contábil (fls. 237/250).

Saneador (fl. 269).

À fl. 273, os réus afirmaram não possuir interesse na produção de provas, tendo decorrido *in albis* o prazo para a autarquia manifestar-se (fl. 274).

Razões finais do ente previdenciário (fls. 282/287) e dos réus, com pedido de deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 289/291).

Parecer do Ministério Público Federal pela procedência do pedido rescisório (fls. 293/307).

É o relatório.

À revisão, *ex vi* do artigo 34, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Na eventual impossibilidade do eminente Revisor, remetam-se os autos ao Revisor Regimental substituto, *ex vi* do artigo 50 do RI TFR-3ªR e Ordem de Serviço nº 13, de 01.08.2006, da Vice-Presidência desta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora): Trata-se de ação rescisória, com pedido de concessão de antecipação de tutela, proposta pelo INSS, em 3/12/2004, contra Maria Cleuza Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio, Francisco Carlos Gomes Pizzolio - herdeiros de Adolpho Pizzolio - e Luiz Godoy, com fundamento no art. 485, incs. IV e V (ofender a coisa julgada e violar literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

O ente público pretende desconstituir sentença proferida em sede de embargos à execução, apresentados em demanda de revisão de benefícios previdenciários - DIBs 30/4/1987 e 11/2/1987 (fls. 2-10).

Em 24/3/2011, apresentei meu voto, com preliminar de ilegitimidade de partes, vale dizer, quanto aos filhos do corréu Adolpho Pizzolio, extinguindo a demanda, sem resolução do mérito, com respeito a Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil (fls. 318/verso-319).

Acompanharam-me, na ocasião, os eminentes Desembargadores Federais Walter do Amaral, Lucia Ursaiá, Fausto de Sanctis, além do Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann divergia para prosseguimento do feito em relação às pessoas acima mencionadas, vale dizer, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do eminente Desembargador Federal Newton De Lucca, que, aos 25/8/2011, ofertou voto para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva em evidência.

Novamente, o julgamento foi suspenso, para melhor análise desta Relatora das ponderações apresentadas (fls. 332, 334-335), aguardando para votar os eminentes Desembargadores Federais Marisa Santos, Sérgio Nascimento, Leide Polo, Eva Regina, Nelson Bernardes e Diva Malerbi (fl. 313).

Entrementes, o julgamento, anteriormente, fora convertido em diligência, para que fosse dada vista à parte autora e à parte ré acerca do Parecer Técnico do Ministério Público Federal (fls. 293-307), que refere:

(...) Na ação principal, o INSS foi condenado a recalcular as rendas mensais iniciais dos benefícios previdenciários dos autores, com a correção dos 24 primeiros salários-de-contribuição pela ORTN/OTN (e não pelos índices que eram utilizados pelo MPAS à época), e pagar as diferenças resultantes, caso houvessem.

No laudo, o sr. Perito assim o fez. No entanto, conforme pode se constatar às fls. 78 e 88, após calcular o salário-de-benefício e aplicar o coeficiente (0,86 para ambos os autores) para se chegar à renda mensal inicial, deixa de aplicar a legislação da época (Decreto 89.312/84, art. 23). Não considera o menor valor-teto.

(...)

Tanto na sentença de mérito (fls. 12/16) quanto nos acórdãos (fls. 23/26 e 31/34 - transitado em julgado em 8/11/96), em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época (transcrita acima) no tocante à aplicação do menor valor-teto.

Desta forma, os cálculos do sr. perito judicial restaram majorados desde o termo inicial (início de cada benefício), conforme expôs o INSS tanto na fase de embargos à execução quanto na presente ação rescisória.

No entanto, os cálculos apresentados pelo instituto às fls. 115/120 (autor Adolpho Pizzolio) e 122/128 (autor Luiz Godoy) contêm uma pequena incorreção: na atualização monetária das diferenças, foi utilizada a *Súmula 71* do extinto TFR, critério afastado pelo acórdão de fls. 31/34. Em anexo, os cálculos corretos, que resultam, para o autor *Luiz Godoy*, na importância de R\$ 772,20 para janeiro/1997 (data do laudo impugnado). Atualizando-se para dias atuais, tal valor equivale a R\$ 1.461,00.

Ao autor *Adolpho Pizzolio* nada é devido, eis que a renda mensal inicial recalculada conforme o julgado (Cz\$ 10.564,68 - fls. 115) resultou em valor inferior ao que ele efetivamente recebeu (Cz\$ 10.686,36).

Diante do exposto, submeto o presente à superior deliberação de Vossa Excelência.

O Instituto declarou-se ciente acerca da manifestação e dos cálculos apresentados pelo *Parquet*, aduzindo que (fl. 339):

(...)

Cumpra salientar que a manifestação do I. Representante do Ministério Público Federal de fls. 293/298 dos autos, assim como o parecer técnico de fls. 299/300 dos autos e cálculos que acompanham (fls. 301/307 dos autos), demonstram a procedência da presente demanda, porquanto dão conta de que o cálculo de liquidação acolhido pela decisão rescindenda não observou a legislação quando do recálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios pagos a Adolpho Pizzolio e Luiz Godoy.

Finalmente, a parte ré discordou tanto da manifestação do Ministério Público Federal, quanto do Parecer Técnico em alusão (fl. 342):

MARIA CLEUZA GOMES PIZZÓLIO, ROSÂNGELA PIZZOLIO, FRANCISCO CARLOS GOMES PIZZÓLIO E LUIZ GODOY, abaixo, representados por seu procurador, vêm, nos

autos da ação rescisória promovida pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, com a finalidade de apresentar sua manifestação expondo que não concorda com o cálculo apresentado, e também com a manifestação do *parquet* federal, reiterando, assim, todos os termos da contestação pelos fundamentos lá apresentados, requerendo, outrossim, seja a presente ação julgada improcedente com a condenação do Instituto no ônus da sucumbência, por ser medida de inteira justiça.

Pois bem.

Feitas tais colocações, considerando as substanciais alterações ocorridas na composição da 3ª Seção, a saber, a assunção do Desembargador Federal Newton De Lucca à Presidência desta Casa e as aposentadorias das Desembargadoras Federais Leide Polo e Eva Regina, circunstâncias que inviabilizam a continuação do julgamento deste feito, passo a fazer a releitura do meu voto, com alterações que entendi pertinentes à espécie.

Para melhor elucidar o thema *decidendum*, trago à colação trechos de atos praticados na ação subjacente, *verbis*:

Sentença da ação de conhecimento –

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação proposta por CAZUYUKI AOKI, ADOLPHO PIZZOLIO, HENRIQUETA FERRITE SOARES, IDALINO BERTOCCO, IVO CANOSSA, JOSÉ RODRIGUES DE SOUZA, LEONOR VICENTINI GODOY e LUIZ GODOY contra o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL, para condenar o Instituto réu a realizar o recálculo do valor das aposentadorias concedidas aos autores com a correção dos trinta e seis últimos salários de contribuição por eles recebidos com base nos índices legais de reajuste, quais seja, ORTN, OTN, BTN, conforme a época de concessão da aposentadoria, e, conseqüentemente, completar os valores pagos a menor não alcançados pela prescrição quinquenal, incidente a partir da propositura da ação. Condene o Instituto réu também nas custas, despesas e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o débito, a ser apurado em fase de liquidação. (fls. 12/16).

Embargos de declaração –

Razão assiste aos requerentes. A r. sentença foi omissa no que diz respeito à correção sobre as diferenças entre os valores pagos e os devidos.

Ante o exposto, conheço dos embargos, na forma do artigo 464, inciso II, do Código de Processo Civil e lhes dou provimento.

Declaro a sentença para o fim de acrescentar o seguinte parágrafo: “Sobre as diferenças apuradas, a serem pagas pelo requerido, incidirá correção monetária, mediante aplicação de índice oficial, até a data do efetivo pagamento”.

No mais, persiste a r. sentença tal como lançada. (fls. 21/22)

Acórdão da ação de conhecimento –

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, para excluir da condenação a determinação de que sejam corrigidos os 12 (doze) últimos salários-de-contribuição e dou provimento ao recurso dos autores, para determinar que a correção monetária seja calculada nos termos da Súmula 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos, até o ajuizamento da ação e, após, nos ditames da lei nº 6.899/81, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. (fls. 23/26)

Acórdão no REsp –

À vista do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para determinar a incidência da correção monetária, inclusive para período anterior ao ajuizamento da ação, afastando os critérios da Súmula 71-TFR. (fls. 31/34)

O aresto prolatado no Superior Tribunal de Justiça transitou em julgado em 8/11/1996. Citada a autarquia para a execução, foram apresentados embargos, dos quais reproduzo excertos:

Exordial dos embargos à execução –

(...) 1.2 - PARA O EXEQUENTE ADOLPHO PIZZOLIO, HÁ ERRO DE CÁLCULO NA NOVA RMI, NÃO HAVENDO DIFERENÇAS A SEREM PAGAS.

Este Exequente não respeitou o limite máximo dos salários de contribuição utilizados para o cálculo da RMI, conforme tabela de benefícios em anexo, o que majorou indevidamente o valor da Renda Mensal Inicial (RMI) e rendas mensais subsequentes.

Após fazer-se essa correção nos cálculos, se aplicarmos a ordem judicial de correção dos 24 salários de contribuição anteriores aos 12 últimos, encontraremos o valor de 10.564,68, que corresponde a um valor menor que o concedido administrativamente de 10.686,36, conforme demonstrado em nossos cálculos.

Dessa forma, não há nenhuma diferença a pagar a esse Exequente.

1.3 - PARA O EXEQUENTE LUIZ GODOY, HÁ ERRO DE CÁLCULO NA NOVA RMI, NÃO HAVENDO DIFERENÇAS A SEREM PAGAS.

Este Exequente calculou a Renda Mensal Inicial (RMI), ignorando os limites do “menor valor teto”.

No cálculo da média dos últimos trinta e seis salários de contribuição chega-se a um resultado, denominado “salário de benefício”. Porém, esse valor do “salário de benefício” não é considerado diretamente, como resultado final.

De acordo com a legislação vigente à época, havia ainda um teto, denominado “menor valor teto”, que, para o mês de fevereiro de 1987, data do início do benefício, era de 7.332,00. Esse teto, possui natureza semelhante ao do atual teto de dez salários mínimos, mas que poderia ter sido ultrapassado, somente se, nos anos anteriores aos 36 meses utilizados para o cálculo do salário de benefício, houvesse o autor pago contribuições acima do teto de 10 salários mínimos de cada época.

Sobre esse teto, incidirá o percentual de proporcionalidade da aposentadoria. Se o autor houvesse trabalhado 35 anos, receberia aposentadoria integral, ou seja, 100% do teto.

Como o autor trabalhou apenas 16 anos, aposentado-se proporcionalmente, obteve o direito a apenas 86% do valor do teto, o que dá $7.332,00 \times 86\% = 6.305,52$, que é o valor da Parcela Básica.

Pelo que consta dos arquivos do INSS, em nenhum ano, o autor pagou contribuição acima do limite de 10 salários, pelo que, não teve o direito a ultrapassar esse teto.

A legislação do menor valor teto não foi prequestionada pelo autor nestes autos, motivo pelo qual, não foi objeto de condenação na fase de conhecimento e não poderá surgir nova condenação, nesta fase de execução.

Assim, é considerado como RMI, o valor de 6.305,52, valor idêntico ao concedido administrativamente, não havendo portanto, nenhuma diferença a ser paga pelo INSS.

A previsão legal está no Decreto 77.077, de 24/01/76, *in verbis*:

(...)

O Exequente, na petição inicial da Execução, não efetuou essa operação, indicando como

RMI, diretamente, o valor médio dos últimos 36 salários de contribuição. O procedimento não está correto, haja visto que o mérito da ação de conhecimento, não foi discutido esse parâmetro legal.

(...)

2 - OS REAJUSTAMENTOS DAS DIFERENÇAS ENTRE OS BENEFÍCIOS PAGOS E OS DEVIDOS ESTÃO ACIMA DO REALMENTE DEVIDO.

2.1 - DO ABONO ANUAL DE 1988 E 1989

(...)

2.2 - DA CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICES DE REAJUSTAMENTO DAS DIFERENÇAS DOS BENEFÍCIOS PAGOS ESTÃO ACIMA DOS ÍNDICES DETERMINADOS NO PROVIMENTO JURISDICIONAL.

(...)

2.3 - O EXEQUENTE ERROU NO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO (PNS) DE JUNHO DE 1989. (fls. 46/53)

Lauda pericial contábil –

(...) Excelência, não encontrei nos autos cálculos que se apresentassem como corretos de acordo com o “decisum”, quer do embargante, quer do embargado, onde nos cálculos apresentados pelos embargados (fls. 02/62 - autos execução sentença) fora constatado equívocos com relação a renda mensal inicial devida, aos autores: Henriqueta Ferrite Soares e Ivo Canossa, nos índices empregados para atualização dos salários de contribuição, diferentes do determinado pelo julgado (fls. 21/29 e 30/38 respectivamente); nos cálculos do autor Luiz Godoy de fls. 54/62, diferenças lançadas a partir de 03/87, quando deveria ser a partir de 12/87, valor a receber de fls. 59 mês 12/87 à maior do correto apurado às fls. 55, para esse autor, bem como, em outros meses seguintes; Adolpho Pizzolio cálculos de fls. 17 iniciou-se em 09/87, correto seria 12/87, bem como, atualização das diferenças devidas em desacordo com o “decisum”, e nos critérios trazidos pelo embargante - Instituto réu de fls. 02/53, fora constatado quando da apuração da RMI do autor Adolpho Pizzolio desprezou os valores sobre os quais foram efetivamente recolhidas as contribuições, como pode ser constatado da Relação de salários-de-contribuição fornecidos pela Autarquia e juntados pelos embargados às fls. 58/59, nos meses de outubro à dezembro de 1984, abril de 1985, agosto à novembro de 1995, fevereiro de 1986, maio à agosto de 1986, outubro de 1986, dezembro de 1986 e fevereiro de 1987, acarretando valor à menor da renda mensal inicial concedida; nos cálculos do autor Luiz Godoy, houve um desconto do Salário de Benefício Global de Cr\$ 296,70, não tendo sido determinado pela r. sentença e v. acórdão sobre referidos limites a serem seguidos; dentre outras; onde tais práticas apontadas comprometeram os trabalhos desenvolvidos nas planilhas apresentadas, o que está em desacordo com o decisum, insistindo em consideração de valor do benefício conforme legislação própria e tida como a correta a ser aplicada, contrariando o determinado em sentença em relação a forma de apuração do benefício a pagar e à apuração das diferenças.

(...)

14. Segundo parecer técnico contábil deste louvado, o valor do crédito do autor Adolpho Pizzolio importa em R\$ 73.569,78 (setenta três mil, quinhentos sessenta nove reais e setenta oito centavos), valor esse a ser acrescido de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) que importa em R\$ 11.035,47 (onze mil, trinta cinco reais e quarenta sete centavos), totalizando a importância de R\$ 84.605,24 (oitenta quatro mil, seiscentos cinco reais e vinte quatro centavos), conforme cálculos apresentados nos Anexos I, I-A e I-B e, o valor do crédito do autor Luiz Godoy importa em R\$ 3.730,61 (três mil, setecentos e trinta reais e sessenta um centavos), valor esse a ser acrescidos de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) que importa em R\$ 559,59 (quinhentos cinquenta nove reais e cinquenta nove centavos), totalizando a importância de R\$ 4.290,20 (quatro mil, duzentos e noventa reais e vinte centavos) (...). (fls. 65/76 - fls. 83/94 dos autos subjacentes)

Manifestação autárquica –

ADOLPHO PIZZOLIO - espécie 42 (aposentadoria por tempo de contribuição), NB 080.056.936-9, DIB - Data de início do Benefício: 30/04/1987, renda mensal de R\$ 650,27, índice INSS - 07,810 salários mínimos (na data da concessão), DCB - Data da Cessação do Benefício: 17.06.1995.

Conforme se vê nos anexos documentos, certidão de Óbito nº 6.062, do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais de Penápolis, e INFBEN - Informações do Benefício, expedido pela DATAPREV - Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, o Autor, Exequente, faleceu em 14.06.95, e teve cessado seu benefício em 17.06.95, restando assim prejudicado o mandato outorgado à signatária das petições de fls. 02 e 81/82, não podendo o processo ter prosseguimento sem que seus dependentes e/ou herdeiros ou sucessores se habilitem no feito. Aliás, “data maxima venia”, em relação ao Autor referido, é caso de anulação do processo a contar de fls. 81/82, “porque morto não litiga”, devendo, assim, ser repetidos os atos depois da habilitação dos dependentes e/ou herdeiros ou sucessores do falecido Autor, a ser promovida no prazo que Vossa Excelência assinar, requerendo seja intimada a advogada então constituída para as providências pertinentes.

(...)

Primeiramente, com relação a ADOLPHO PIZZOLIO, o mesmo está morto desde 14 de junho de 1995, conforme certidão a esta anexada, do que decorrem imprestáveis os cálculos ofertados, porque nada do que se fez em nome da parte morta está válido, vez que morto não pode litigar em Juízo.

(...)

Mesmo assim, o cálculo do perito está equivocado - primeiramente no cálculo da RMI porque não resguarda o teto dos salários de contribuição - maior valor-teto, digo, maior e menor valor-teto, previsto no artigo 21, § 4º, e no artigo 23, da CLPS - Decreto nº 89.312/84.

(...)

Nota-se que a RMI recalculada pelo perito, sem resguardar o valor do maior e menor teto, importou em Cz\$ 19.529,45, o que prejudica totalmente os valores apresentados como devidos e, por óbvio, todas as diferenças consignadas, comprometidos, via de consequência, os consecutórios decorrentes. Também os índices de reajustamento estão postos fora das periodicidades e dos percentuais legislados, como seguem:

(...)

Já em relação ao Embargado LUIZ GODOY, tem-se que a RMI primitivamente concedida foi de Cz\$ 6.305,52. Recalculada com base no título judicial e resguardado-se toda a legislação própria, não afastada da r. sentença, a RMI importa em Cz\$ 6.354,97, pouco maior do que a concedida, do que existem diferenças, todavia, não como apresentadas pelo perito.

(...)

Valor observar, também, que o Sr. Perito recalcula a RMI sem a observância dos maior e menor valores-teto, e assim, foge do título judicial, do que decorre agravamento da RMI por ele revisada, e comprometimento de todo o cálculo apresentado. Veja-se que o perito recalcula a RMI como sendo de Cz\$6.560,68, no quantitativo salarial de 6.80 SMs. Os demais procedimentos, no tocante aos índices de reajustamento, guardadas as devidas proporções e características do benefício e Embargado anterior, são coincidentes e assim, os dois cálculos ficam prejudicados. (fls. 107/111)

Despacho –

1. Noticiado o falecimento do embargado Adolpho, oficie-se ao competente Cartório solicitando certidão de óbito.
2. Ante a notícia de fls. 153, manifeste-se o patrono do embargado Adolpho, requerendo o que de direito.(...). (fl. 163)

Requerida a habilitação, em razão do óbito de Adolpho Pizzolio, pela esposa Maria Cleusa Gomes Pizzolio, e dois filhos, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio (fls. 165/166).

Destaco a sentença rescindenda:

(...) Preliminarmente, na forma do artigo 1.055 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 1.060, inciso I, do mesmo diploma legal, segundo o qual proceder-se-á à habilitação nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando promovida pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade, combinado com o artigo 1.055 do mesmo diploma legal, DEFIRO o pedido de habilitação formulado às fls. 227/228 pelo cônjuge (Maria Cleusa Gomes Pizzolio) e herdeiros necessários (Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio) do exequente- embargado ADOLPHO espécie, a condição de cônjuge e herdeiros necessários daqueles que postularam a habilitação restou suficientemente comprovada, conforme exige a lei processual (C.P.C., art. 1.060, inciso I), pelos documentos acostados às fls. 235/240 dos autos. Por outro lado, não obstante intimado, o embargante quedou-se silente, deixando, pois, de impugná-lo (fl. 252). Sob estes argumentos, com fundamento nos artigos 1.055 e 1.060, inciso I, ambos do C.P.C., DECLARO habilitados no processo o cônjuge e herdeiros necessários do exequente- embargado ADOLPHO PIZZOLIO, a saber, Maria Cleusa Gomes Pizzolio, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio. Destarte, na autuação e onde mais se fizer necessário, inclusive no Cartório Distribuidor, proceda a Serventia as devidas anotações, para os fins mencionados.

(...)

Resta examinar, por derradeiro, os cálculos que se cônjuge e herdeiros necessários restou deferida logo acima, em virtude de seu óbito, e LUIZ GODOY.

Nesse particular, em que pese a impugnação do embargante (fl. 156), tem-se que o laudo pericial acostado às fls. 84/94 dos autos esclareceu, de forma convincente e segura, os valores cabentes aos referidos embargados, os quais adoto, dele constando que:

(...)

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os Embargos à Execução entre as partes acima mencionadas, na forma da fundamentação retro. Havendo sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, e com os honorários de seus respectivos patronos.

Na vertente *actio* o INSS, na proemial, asseverou:

(...) g) Recebida a citação, providenciou a Autarquia Executada a elaboração dos cálculos, para os contrapor aos elaborados pelos credores, e expôs nos Embargos à Execução as razões de sua discordância com os valores que lhe foram apresentados, merecendo maior destaque os dos Exequentes *Adolpho Pizzolio*, cujo cálculo não respeitou o limite máximo dos salários-de-contribuição utilizados para o cálculo da RMI, entendendo não haver diferenças em seu favor; *Luiz Godoy*, para o qual não foram apuradas diferenças, observando-se que no cálculo da sua RMI foram ignorados os limites do “menor e maior valor teto”;

(...)

3.2) À evidência, o Executado não concordou com os critérios utilizados e demonstrativos apresentados pelo Sr. perito judicial no tocante aos dois últimos Exequentes apontados acima, tendo, antes de adentrar na questão dos cálculos, informado que Adolpho Pizzolio falecera em 14.06.1995, e dito que era caso de anulação do processo em relação ao mesmo, porque “morto não litiga”, e enfatizado a necessidade de repetição de atos após a habilitação dos dependentes, herdeiros e ou sucessores.

3.3) Em sua impugnação aos cálculos ofertados pelo Sr. perito judicial ressaltou o Executado que o “expert” não resguardou o teto dos salários-de-contribuição - maior e menor valor-teto -, de que trata o artigo 21, § 4º, e artigo 23, da CLPS, expedida com o Decreto nº 89.312/1984. Vê-se que o título judicial, embora tenha determinado que os 24 (vinte e quatro) primeiros meses do período básico de cálculo fossem atualizados pela variação das ORTN's/OTN's, *não afastou os demais princípios legais de concessão do benefício, inclusive no que respeita às restrições de maior e menor valor-teto, que para os cálculos permanecem incólumes e devem ser resguardadas*. Por isto, a RMI calculada pelos parâmetros do título judicial atinge o importe de Cz\$ 10.564,68, *menor do que a primitivamente apurada na concessão do benefício, que foi de Cz\$ 10.686,36*, e se aquela renda tem valor menor do que a já concedida, *evidentemente, não há diferença a se pagar*, estando equivocado o laudo pericial.

(...)

5.3) Os vícios referidos está consubstanciados nos “erros in judicando”, que acarretam injustiça do ato judicial. Além do mais, ao não observar a abrangência do que pedido na fase de conhecimento, e o que foi delimitado na “res judicata”, o nobre Juiz “a quo” a infringiu, tanto porque não aplicou a legislação previdenciária vigente naquela oportunidade, quanto porque deixou de observar que o então Autor ADOLPHO PIZZOLIO faleceu em 14.06.1995, que “morto não litiga”, *e que são indevidas as parcelas apontadas, posteriores ao seu óbito*. Com efeito, o nobre Magistrado de primeiro grau deixou de aplicar o disposto nos artigos 43, 265, inciso I, 460, segura parte, 467, 468, 472, 474, 485, incisos IV e V, e 610, do Código de processo Civil. (g. n.)

Desnecessário o depósito do artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil, por se cuidar de feito ajuizado por autarquia federal, *ex vi* do artigo 8º da Lei 8.620/93 e da Súmula 175 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 175. Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.

Outrossim, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei nº 1.060/50, defiro a gratuidade de justiça aos réus.

I - Da habilitação na ação rescisória

Apura-se do Sistema DATAPREV acima indicado, que os benefícios percebidos por Luiz Godoy e por Maria Cleuza Gomes Pizzolio (pensão por morte) foram cessados em 23/1/2008 e 25/1/2010, respectivamente, ambos em razão de óbito.

Malgrado essa informação, com respeito a Maria Cleuza Gomes Pizzolio, seus filhos, Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, como visto, encontram-se habilitados em primeira instância, por sentença transitada em julgado, sob tal aspecto (irrecorrida).

Já no tocante a Luiz Godoy, penso ser viável o julgamento nesta oportunidade, com posterior habilitação em primeira instância, tendo em vista que o feito encontra-se em termos desde 17/4/2006.

Nesse rumo, julgado desta 3ª Seção:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO. MORTE DA AUTORA. HABILITAÇÃO DIFERIDA.

DOCUMENTOS NOVOS. IMPERTINÊNCIA. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. CARÊNCIA CUMPRIDA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. VERBAS ACESSÓRIAS.

I - A preliminar de carência de ação suscitada pelo réu confunde-se com o mérito e com ele deve ser examinada.

II - Não obstante o óbito da autora, cabe ponderar que no momento de seu falecimento a instrução processual do presente feito já havia se ultimado, com o oferecimento das razões finais e manifestação do Ministério Público Federal, de modo que a habilitação dos sucessores poderá ser diferida para depois da publicação do acórdão, na forma prevista pelo art. 265, § 1º, b, do CPC.

III - Os novos documentos apresentados pela autora referem-se à qualificação de seu cônjuge como lavrador, que pretende que seja estendida a ela, fato que já havia sido apreciado anteriormente pelo acórdão rescindendo. Incabível, portanto, a reapreciação de tal fato pela via rescisória.

IV - O v. acórdão rescindendo considerou como inexistente um fato efetivamente ocorrido, ou seja, considerou que o início de prova material apresentado se restringia aos documentos referentes ao cônjuge da autora, quando a autora havia produzido início de prova material quanto ao seu próprio labor rurícola, através de sua carteira de trabalho com anotação de vínculo rural.

V - A atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea.

VI - Tendo a parte autora completado 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 28.12.1977, bem como cumprido tempo de atividade rural superior ao legalmente exigido, consoante o art. 143 da Lei nº 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria por idade.

VII - Termo inicial do benefício fixado na data da contestação apresentada em audiência na ação subjacente (28.09.2004), ante a ausência de informação nos autos quanto à data da citação.

VIII - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

IX - Os juros de mora de meio por cento ao mês incidem, a partir do termo inicial do benefício, de forma decrescente, até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI - AgR 492.779-DF, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 03.03.2006). Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

X - Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) das prestações vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, em sua redação.

XI - A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos.

XII - Preliminar argüida em contestação rejeitada. Pedido em ação rescisória que se julga procedente. Pedido em ação subjacente que se julga procedente. (Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, processo nº 200703001029749, DJF3 CJ2 30.06.09, p 227)

II - Da preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela parte ré

O procurador autárquico não tem poderes para desistir sobre os valores relativos ao erário, notadamente se em desacordo com a normatização de regência respectiva.

Para além, a parte autora demonstra a necessidade de rescindir *decisum* que lhe foi desfavorável, no tocante aos cálculos constantes dos autos e a importância apurada.

Sob outro aspecto, a via escolhida, quer-se dizer, a ação rescisória, ajusta-se à finalidade respectiva, *ex vi* do art. 485 do Código de Processo Civil.

Configurado, portanto, o binômio necessidade/adequação.

III - Da preliminar de decadência suscitada pela parte ré

A parte autora ajuizou a presente ação em 3/12/2004, com vistas à rescisão de sentença exarada em embargos à execução.

Os réus, em contestação, aduziram a decadência.

Preceitua o artigo 495 do diploma processual civil:

Artigo 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

No que tange ao prazo em epígrafe, destaque-se o seguinte ensinamento doutrinário:

O Código de Processo Civil de 1973 tratou do problema e fixou o prazo extintivo do direito de promover a ação rescisória em apenas dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 495). Mesmo nos casos de recurso especial ou extraordinário que venha a ser não conhecido, o prazo em questão será contado a partir do trânsito em julgado da decisão do STJ ou do STF. Só não se fará a contagem dessa maneira se a inadmissão do recurso extremo se deu por intempestividade, caso em que a coisa julgada teria ocorrido antes da própria interposição recursal.

O prazo é decadencial e não prescricional, conforme se depreende da emenda que o Congresso introduziu no projeto do Min. Buzaid, para substituir a expressão “prescreve” por “extingue-se” no texto do art. 495.

Não se dá, em face do caráter decadencial, a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a rescisória, ao contrário do que ocorre com a prescrição (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 623)

Entre o trânsito em julgado da decisão rescindenda e o ajuizamento da ação rescisória não pode decorrer prazo superior a 2 (dois) anos, sob pena de decadência.

No presente caso, infere-se dos documentos acostados à exordial que o *decisum* impugnado foi proferido em 11/11/2002 e publicado 12/12/2002 (fl. 181), com certidão de trânsito em julgado (fls. 191), tendo sido proposta a presente ação em 3/12/2004.

Assim, não se há falar em decadência.

A título de argumentação, rejeito a alegação de que o Instituto, na verdade, pretende rescindir a decisão prolatada na ação de conhecimento e que, para tanto, deve ser reconhecida a decadência.

Isso porque a matéria ventilada nesta rescisória não foi objeto do pedido, tampouco analisada, na demanda condenatória, sendo tratada, apenas, em sede de execução, razão pela qual demonstra-se adequada a via eleita para a rescisão da sentença.

IV - Da preliminar de nulidade dos atos praticados após o óbito de Adolpho Pizzolio e antes da habilitação suscitada pelo INSS

A priori, essa matéria já foi decidida e regularizada na primeira instância, por sentença irrecorrida quanto ao ponto, a ensejar esteja preclusa, pelo quê seria de se não a conhecer.

Não obstante, o segurado Adolpho Pizzolio faleceu em 14/6/1995.

O INSS, em 18/1/2001, nos embargos à execução, noticiou o acontecido e pleiteou a declaração de nulidade de atos praticados, o que reiterou na inicial da vertente demanda.

Sem razão, nesse ponto.

Ad argumentandum tantum, a suspensão do feito, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Civil, tem início com a comunicação do óbito, nos autos, na esteira do parágrafo 1º da norma em evidência e do precedente que segue:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ÓBITO DA PARTE AUTORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

I - Tratando-se de herdeiros necessários, a habilitação processar-se-á nos autos principais, sem que haja necessidade de prolação de sentença, desde que fique comprovado o óbito da parte a ser substituída e a qualidade dos sucessores requerentes (CPC, art. 1060, I).

II - O falecimento ou a perda da capacidade processual das partes, seus representantes legais ou de seus procuradores é causa de suspensão do processo (CPC, artigo 265, I).

III - Suspensão que tem início com a comunicação do fato em juízo.

IV - Herdeiros noticiaram o falecimento do autor, ocorrido em 25.10.92, e promoveram regular habilitação, não havendo qualquer prejuízo ao INSS quanto ao prosseguimento da execução.

V - Recurso não provido.

VI - Efeito suspensivo cassado. (TRF 3ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, processo nº 200303000090632, DJU 13.12.06, 426)

Assim, tendo em vista que após a informação do ente previdenciário houve a devida regularização processual, com a habilitação dos sucessores, afasto o pedido de reconhecimento de nulidade quanto a esse aspecto.

V - Do juízo rescindens

Dispõe o artigo 485, incisos IV e V, do Código de Processo Civil:

Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

(...).

De plano, repilo o pleito de rescisão com fundamento em ofensa à coisa julgada.

Como adrede mencionado, sequer houve pronunciamento judicial na ação de conhecimento sobre o objeto desta rescisória - aplicação do maior e menor valor teto e limitação de salários de contribuição.

A matéria em evidência, ainda que implicitamente, somente foi objeto dos embargos à execução, pois - embora o Magistrado prolator da sentença dos embargos não tenha afastado na fundamentação/dispositivo os artigos limitadores dos benefícios - acolheu os cálculos do perito, nos quais não houve a limitação legal.

Destarte, quando o *decisum* rescindendo foi proferido, não existia qualquer provimento jurisdicional transitado em julgado acerca do assunto, razão pela qual não se há falar em ofensa à coisa julgada.

De outro lado, possível a desconstituição da decisão por violação a dispositivo legal.

Nesse aspecto, inicialmente, afasto o argumento de que a autarquia concordou com os cálculos do perito designado pelo Juízo e que, desse modo, houve preclusão, dada a ausência de recursos processuais contra os valores acolhidos.

Da simples leitura dos documentos acostados, apura-se que, em momento algum o Instituto aquiesceu com a quantia indicada pelos ora réus.

Na verdade, o INSS expressou sua concordância no que concerne aos esclarecimentos efetuados pelo perito, os quais se relacionavam a outros segurados.

Ainda que assim não fosse, cabível seria a Súmula 514 do C. Supremo Tribunal Federal:

Súmula 514 - Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos.

Quanto à rescisão, como exaustivamente exposto, não houve apreciação, na ação condenatória, da limitação dos benefícios, objeto, apenas, da execução.

Isso porque, nos cálculos aceitos pelo Juízo singular, não incidiram os limites legais, de modo que na sentença restou violada a legislação, notadamente o artigo 23 do Decreto 89.312/84, que prevê:

Art. 23. O valor do benefício de prestação continuada é calculado da forma seguinte:

I - quando, o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, são aplicados os coeficientes previstos nesta Consolidação;

II - quando é superior ao menor valor-teto, o salário-de-benefício é dividido em duas parcelas, a primeira igual ao menor valor-teto e a segunda correspondente ao que excede o valor da primeira, aplicando-se:

a) à primeira parcela os coeficientes previstos nesta Consolidação;

b) à segunda um coeficiente igual a tantos 1/30 (um trinta avos) quantos forem os grupos de 12 (doze) contribuições acima do menor valor-teto, respeitado o limite máximo de 80% (oitenta por cento) do valor dessa parcela;

III - na hipótese do item II o valor da renda mensal é a soma das parcelas calculadas na forma das letras "a" e "b", não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do maior valor-teto.

(...).

Nesse sentido, o parecer técnico (fls. 299/300) elaborado na Procuradoria Regional da República, *verbis*:

(...) Na ação principal, o INSS foi condenado a recalcular as rendas mensais iniciais dos benefícios previdenciários dos autores, com a correção dos 24 primeiros salários-de-contribuição pela ORTN/OTN (e não pelos índices que eram utilizados pelo MPAS à época), e pagar as diferenças resultantes, caso houvessem.

No laudo, o sr. Perito assim o fez. No entanto, conforme pode se constatar às fls. 78 e 88, após calcular o salário-de-benefício e aplicar o coeficiente (0,86 para ambos os autores) para se chegar à renda mensal inicial, deixa de aplicar a legislação da época (Decreto 89.312/84, art. 23). Não considera o menor valor-teto.

(...)

Tanto na sentença de mérito (fls. 12/16) quanto nos acórdãos (fls. 23/26 e 31/34 - transitado em julgado em 8/11/96), em nenhum momento foi determinado que não fosse seguida a Lei da época (transcrita acima) no tocante à aplicação do menor valor-teto.

Desta forma, os cálculos do sr. perito judicial restaram majorados desde o termo inicial (início de cada benefício), conforme expôs o INSS tanto na fase de embargos à execução quanto na presente ação rescisória.

No entanto, os cálculos apresentados pelo instituto às fls. 115/120 (autor Adolpho Pizzolio) e 122/128 (autor Luiz Godoy) contêm uma pequena incorreção: na atualização monetária das diferenças, foi utilizada a *Súmula 71* do extinto TFR, critério afastado pelo acórdão de fls. 31/34. Em anexo, os cálculos corretos, que resultam, para o autor Luiz Godoy, na importância de R\$ 772,20 para janeiro/1997 (data do laudo impugnado). Atualizando-se para dias atuais, tal valor equivale a R\$ 1.461,00.

Ao autor *Adolpho Pizzolio* nada é devido, eis que a renda mensal inicial recalculada conforme o julgado (Cz\$ 10.564,68 - fls. 115) resultou em valor inferior ao que ele efetivamente recebeu (Cz\$ 10.686,36).

Diante do exposto, submeto o presente à superior deliberação de Vossa Excelência.

A Contadoria que auxilia o Ministério Público Federal tem a mesma função da Judicial, não restando qualquer dúvida a respeito da credibilidade, da correção e da fé pública que têm os servidores que realizam a tarefa contábil.

Em caso semelhante, o artigo 475-B, § 3º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.232/05, assim estabelece:

Art. 475-B (...)

§ 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

Destarte, havendo divergência quanto à existência ou não de diferença em favor de uma das partes litigantes, deve ser solucionada com o auxílio técnico da Contadoria.

Portanto, o pedido rescisório é procedente para a sentença seja rescindida, por afronta a norma legal, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

VI - Do juízo rescissorium

Consideradas as razões acima expendidas, os embargos à execução devem ser julgados procedentes, acolhidos os cálculos apresentados, nesta rescisória, pelo Ministério Público Federal.

VII - Da sucumbência

Há sucumbência recíproca. Destarte, cada parte deverá arcar com o pagamento da

verba honorária do seu respectivo patrono, em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), com atualização monetária (Provimento “COGE” 64/05), afora o rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil. No caso em apreço, todavia, nada existe a ser distribuído e compensado entre os litigantes, haja vista ser a parte autora ré beneficiária de gratuidade de Justiça.

VIII - Do dispositivo

Ante o exposto, VOTO NO SENTIDO DE REJEITAR A MATÉRIA PRELIMINAR VEICULADA PELAS PARTES E JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO PARA RESCINDIR A SENTENÇA HOSTILIZADA (*IUS RESCINDENS*), NOS TERMOS DO ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EM SEDE DE *IUS RESCISSORIUM*, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO, NOS TERMOS DO PARECER TÉCNICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ônus sucumbenciais conforme acima explicitado. Oficie-se o Juízo *a quo*.

É o voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Ação rescisória proposta pelo INSS com fulcro no artigo 485, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de julgado em sede de embargos opostos à execução de título judicial formado em demanda revisional de benefícios, ao argumento resumido de que os cálculos periciais acolhidos pelo magistrado sentenciante ignoraram as limitações legais dispostas na legislação previdenciária, de sorte que, “ao não observar a abrangência do que pedido na fase de conhecimento, e o que foi delimitado na “res judicata”, o nobre Juiz “a quo” a infringiu”, inclusive “porque deixou de observar que o então Autor Adolpho Pizzolio faleceu em 14.06.1995, que “morto não litiga”, e que são indevidas as parcelas apontadas, posteriores ao seu óbito” (fls. 08/09), requerendo, pois, “seja julgada procedente a presente ação e rescindida a r. sentença ora atacada, porque contém vício ou ilegalidade que a torna injusta e causará prejuízo irreversível aos cofres da Previdência Social, com o pagamento de valores indevidos tanto aos dependentes e ou sucessores do falecido Adolpho Pizzolio quanto ao Embargado Luiz Godoy e a seus advogados, rejugando a lide, declarando indevidos os valores apontados no laudo pericial em favor dos requeridos” (fl. 10).

Processado com antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se a “suspensão da execução da ação subjacente, bem como para que não seja levantada qualquer quantia adrede depositada” (fls. 197/198); contestação (fls. 237/250); razões finais do autor (fls. 282/287) e da parte ré (fls. 290/291); e parecer da Procuradoria Regional da República “pela procedência do pedido formulado na ação rescisória” (fls. 293/298), acompanhado de estudo técnico a respeito do caso (fls. 299/300, docs. às fls. 301/307), o feito foi apresentado na sessão de 24 de março de 2011 (fl. 313), ocasião em que suspenso o julgamento por pedido de vista do Desembargador Federal Newton de Lucca, após o voto preliminar da Desembargadora Federal Vera Jucovsky (Relatora) no sentido de extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, em relação aos réus Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Carlos Gomes Pizzolio, por ilegitimidade *ad causam* (fls. 315/323), acompanhada

pelos Desembargadores Federais Walter do Amaral (Revisor), Lúcia Ursaia e Fausto De Sanctis e pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, discordando a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, batendo-se pela rejeição da preliminar de ilegitimidade e continuidade em relação a todos os requeridos.

Em prosseguindo, na sessão de 25 de agosto de 2011 (fl. 332), após a apresentação do voto-vista do Desembargador Federal Newton de Lucca, cuja solução encaminhada, consoante o pronunciamento encartado às fls. 334/335, encampava a divergência inaugurada pela Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, afastando, portanto, a aventada ilegitimidade passiva de Rosângela Gomes Pizzolio e Francisco Gomes Pizzolio, ficou novamente suspenso o julgamento, a pedido da Senhora Relatora, para reanálise da questão, determinando-se, em seguida, sua conversão em diligência a fim de que as partes tivessem ciência expressamente do referido parecer técnico ministerial (fl. 337), sobreindo manifestações do INSS (fl. 339) e dos réus (fl. 342).

Em 23 de agosto do corrente ano, após a Seção acolher questão de ordem proposta pelo Desembargador Federal Baptista Pereira para anular o julgamento, consideradas as alterações em sua composição e a insuficiência do quórum, renovando-se a leitura de relatório e voto (fl. 347), a Desembargadora Federal Relatora rejeitou a matéria preliminar veiculada pelas partes e deu pela procedência do pedido de desconstituição, na forma do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, julgando, em sede de juízo rescisório, parcialmente procedentes os embargos à execução, nos exatos termos do parecer técnico do Ministério Público Federal, no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais Walter do Amaral e Daldice Santana (que julgava procedente o pedido rescisório igualmente com fundamento no inciso IV do artigo 485), pelos Juízes Federais Convocados Souza Ribeiro, Hélio Nogueira, Carlos Francisco, Fernando Gonçalves e Leonel Ferreira e pelos Desembargadores Federais Baptista Pereira e Roberto Haddad.

Salteada pela aludida anulação do julgamento, iniciado sem que estivesse presente e substituída pela Juíza Federal Márcia Hoffmann, convocada em meu gabinete, participante, como visto, da votação de questão preliminar, pedi vista dos autos justamente porque inabilitada a proferir voto imediatamente, tendo, à ocasião, aderido igualmente ao juízo da eminente Relatora, em antecipação, a Desembargadora Federal Marisa Santos.

Examinados, porquanto a hipótese comporta rescisão, de fato, nos moldes do inciso V do artigo 485 do diploma processual, indene de dúvida, como asseverado pelo *parquet* federal, que “o cálculo correto deve seguir o disposto no parecer técnico”, estou de acordo tanto na rejeição da matéria preliminar - abandonada, nesse particular, a orientação anterior de reconhecimento da ilegitimidade passiva de alguns co-réus, em prol do entendimento expressado nos votos que a rejeitavam - quanto na procedência da presente demanda, até mesmo no que concerne ao re julgamento da causa, encerrado no decreto de parcial procedência dos embargos à execução, acolhendo-se os cálculos aqui apresentados pelo Ministério Público Federal.

Dito isso tudo, acompanho a eminente Relatora.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

EMBARGOS INFRINGENTES

0004623-27.2005.4.03.6107

(2005.61.07.004623-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargada: ALINE ALEXANDRA DE ALMEIDA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: EI 1259845

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/12/2012

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE PENSÃO POR MORTE ATÉ CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO CONFIGURADA.

- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do artigo 16 da Lei nº 8.213/91.

- Os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, não emancipados, de qualquer condição, fazem jus à pensão por morte; todavia, cessa-lhes o direito, perdendo a condição de dependentes, ao completarem a idade limite de 21 (vinte e um) anos, salvo em caso de invalidez, circunstância essa não verificada na presente demanda.

- Impossibilidade de conceder o benefício para filha maior de 21 anos até a conclusão de ensino superior.

- O rol de dependentes no âmbito previdenciário é taxativo, exaurindo-se no texto legal, não havendo que se confundir os critérios de dependência para fins de previdência social com aqueles para efeito de imposto de renda, em que se pode enquadrar como dependente o filho, quando maior, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, se ainda estiver cursando escola superior ou técnica de 2º grau (artigo 35, incisos III e V, e § 1º, da Lei nº 9.250/95), nem sequer com o entendimento jurisprudencial de que os alimentos (Código Civil, artigos 1.694 e seguintes) são devidos aos filhos até a conclusão do ensino universitário ou técnico-profissionalizante. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

- Embargos infringentes providos.

- Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, beneficiária a parte autora da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Marisa Santos, Nelson Bernardes, Daldice Santana e Paulo Fontes e os Juízes Federais Convocados Souza Ribeiro e Raquel Perrini, vencidos os Desembargadores Federais Sérgio Nascimento, Walter do Amaral, Lucia Ursaia

(com ressalva de seu entendimento pessoal) e Fausto de Sanctis, a Juíza Federal Convocada Carla Rister e o Desembargador Federal Baptista Pereira, que negavam provimento ao recurso.

São Paulo, 22 de novembro de 2012.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra acórdão da 7ª Turma desta Corte que, por maioria, deu provimento à apelação da autora para julgar procedente pedido de restabelecimento do benefício de pensão por morte até sua beneficiária completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, nos termos do voto da Desembargadora Federal Leide Polo, com quem votou o Desembargador Federal Fausto de Sanctis, vencida a Desembargadora Federal Eva Regina, que lhe negava provimento.

Ementa do acórdão embargado, com a redação que segue (fl. 139):

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - UNIVERSITÁRIA - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - PRESENTES TODOS OS REQUISITOS - CONJECTÁRIOS - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.

A Lei Previdenciária não prevê a manutenção do benefício de pensão por morte para os filhos que completam 21 anos de idade, à exceção para os que são inválidos (Lei 8.213/91, art. 77, § 2º). No entanto, ao decidir a demanda posta em Juízo, o julgador não deve se ater tão-somente à interpretação literal da lei, mas, antes de tudo, deve buscar a sua aplicação de forma que possa atender às aspirações da Justiça e do bem comum, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige.

Se, por um lado a maioridade civil implica na habilitação do indivíduo para a prática de todos os atos da vida civil, ela não implica, de outra parte e necessariamente, na sua independência no âmbito econômico, sendo certo que, na grande maioria dos casos, os filhos permanecem economicamente dependentes dos pais quando alcançam a maioridade e estão cursando, como *in casu*, o curso universitário. Destarte, suspender o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal da lei, não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação. Assim, o filho de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até os 24 anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica. A correção monetária das parcelas vencidas dar-se-á nos termos da legislação previdenciária, das Súmulas nºs 08 desta Corte e 148 do C. STJ, bem como da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

No tocante aos juros de mora, a Terceira Seção deste Tribunal consagrou o entendimento de sua incidência à razão de 1% ao mês, a partir da citação, na forma do art. 406 da Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Entretanto, a partir do advento da Lei nº 11.960/09, que em seu art. 5º alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, os juros de mora incidem uma única vez, até o efetivo pagamento, na mesma forma em que são aplicados à caderneta de poupança.

Honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, conforme entendimento desta Turma e observando-se o disposto no art. 20 do CPC.

Apelação da parte autora provida.

De acordo com o embargante, o pedido formulado pela autora “encontra expressa vedação legal no art. 77, § 2º, inciso II, da Lei n. 8.213/91”, não sendo “o caso de empregar analogia ou considerar a lei lacunosa”.

Sustenta que a doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas no sentido de que o recebimento da pensão por morte cessa a partir do momento em que o dependente completa 21 (vinte e um) anos de idade.

Pede, ao final, o acolhimento dos infringentes.

Com contrarrazões (fls. 156/161), admitidos (fl. 163), foram os autos redistribuídos a minha relatoria.

É o relatório, à revisão, encartando-se, antes, extrato do CNIS com os vínculos empregatícios de Aline Alexandra de Almeida e consulta extraída do sítio eletrônico da Fundação Educacional Araçatuba.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Do voto condutor, da lavra da Desembargadora Federal Leide Polo, evidencio (fls. 136/138):

(...)

In casu, versam os autos acerca de estudante universitária que requer a manutenção do benefício de pensão por morte que recebe desde o óbito de seu genitor (05/02/1998) enquanto perdurar seu curso universitário.

Com efeito, a Lei Previdenciária não prevê a manutenção do benefício de pensão por morte para aqueles que completam 21 (vinte e um) anos de idade, à exceção para os que são inválidos (Lei 8.213/91, artigo 77, § 2º).

No entanto, entendo que, ao decidir a demanda posta em Juízo, o julgador não deve se ater tão-somente à interpretação literal da lei, mas, antes de tudo, deve buscar a sua aplicação de forma que possa atender às aspirações da Justiça e do bem comum, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige.

Destarte, considerando o caráter social do direito previdenciário, a retirada dos proventos que o beneficiário recebe pode contrariar a sua essência, pois levará ao desamparo, e quem sabe até ao desespero de ter que abandonar os estudos para ingressar imediatamente no mercado de trabalho, um jovem universitário que necessita concluir os seus estudos acadêmicos a fim de que possa iniciar-se na vida profissional.

A questão que ora se apresenta deve ser decidida norteadada pelo princípio da razoabilidade, nunca perdendo de vista que na Magna Carta, em seu artigo 205, a educação foi erigida a um patamar elevado, constituindo-se em um direito de todos. Como a extensão pleiteada *in casu* pela autora visa assegurar a continuidade dos seus estudos, o não prolongamento temporal do benefício implicaria no descumprimento de um preceito de ordem constitucional.

Ademais, a maioria, por si só, não retira a condição de dependente econômico do beneficiário da pensão por morte, apenas a independência financeira teria o condão de alterar tal situação, status esse alcançado através do trabalho, que exige qualificação, e inegavelmente, resulta da educação obtida durante a vida.

Outrossim, entendo que a idade de 24 (vinte e quatro) anos se apresenta como limite razoável para o beneficiário, na condição de dependente do segurado, perceber a pensão por morte que lhe permita concluir o nível superior, uma vez que os universitários brasileiros, em regra, não

encerram seus estudos aos 21 (vinte e um) anos de idade. Acerca da matéria assim decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em v. acórdão assim ementado, *in verbis*: “MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MENOR. UNIVERSITÁRIA. DEPENDÊNCIA DO PAI. PRORROGAÇÃO DO MARCO FINAL ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. APLICAÇÃO DOS ARTS. 4º E 5º DA LICC.

1. A Administração Pública deve observar o Direito, nele compreendido, entre outros, além da legalidade, *in casu*, deve também ser obedecido os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público.

2. O benefício previdenciário devido aos filhos do segurado da Previdência Social, tem por finalidade suprir a carência econômica deixada pela ausência do mantenedor da prole.

3. A pensão de filha menor deve ser prorrogada até os 24 anos de idade, quando cursando nível superior, porquanto não se mostra razoável interromper o desenvolvimento pessoal e a qualificação profissional da Impetrante, em detrimento da verba econômica que a administração deverá dispor, sob pena de ferir direito líquido e certo à educação”.

(TRF-4ª Região, AMS 77359-PR, DJU 22.01.2003, relator Des. Fed. TADAAQUI HIROSE)

Confira-se, outrossim, o v. acórdão proferido nesta Egrégia Corte pelo Exmo. Des. Fed. Nelson Bernardes, relator para acórdão, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.073488-2, j. 31.05.2004, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE IDADE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. CARÁTER ALIMENTAR.

1- Filha de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica, a fim de resguardar a finalidade alimentar do benefício, que abrange a garantia à educação.

2- É preciso considerar o caráter assecuratório da pensão por morte, que visa garantir, no caso de falecimento do segurado, a manutenção e o desenvolvimento profissional de seus descendentes, pois, se estivesse vivo, custearia tais despesas com dinheiro proveniente de sua remuneração ou com o valor recebido a título de aposentadoria.

3- Agravo de instrumento provido”.

Por fim, se por um lado a maioridade civil implica na habilitação do indivíduo para a prática de todos os atos da vida civil, ela não implica, de outra parte e necessariamente, na sua independência no âmbito econômico, sendo certo que, na grande maioria dos casos, os filhos permanecem economicamente dependentes dos pais quando alcançam a maioridade e estão cursando, como *in casu*, o curso universitário.

Destarte, suspender o benefício de pensão por morte neste momento, para se ater tão-somente à interpretação literal da lei, não se coaduna com os princípios constitucionais que resguardam o direito à educação. Assim, entendo que o filho de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, desde que comprovados o ingresso em universidade à época em que completou a maioridade e a dependência econômica.

Nestes autos, os documentos que instruíram a inicial comprovam, de maneira inequívoca, que a autora era filha de Valdemir Alexandre de Almeida, consoante certidões de nascimento e de óbito (fls. 20/21).

Ademais, sua condição de estudante universitária, no curso de Bacharelado em Administração com Habilitação em Gestão de Negócios Públicos e Privados, junto à Faculdade da Fundação Educacional Araçatuba, restou amplamente demonstrada pela declaração da referida entidade educacional (fls. 27) e pelo contrato de prestação de serviços educacionais (fls. 28/29), com data de 21 de outubro de 2004, referente ao ano de 2005.

O outro requisito essencial para a concessão do benefício é a existência do vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição da previdência.

Do extrato de pagamentos de benefícios (fls. 24) e da consulta ao Sistema CNIS, verifica-se que a autora recebeu o benefício de pensão por morte de seu genitor, desde 05/02/1998 até

31/05/2007 (NB 108.914.958-9).

Destarte, restou comprovado que o falecido, no tempo de seu óbito, possuía a qualidade de segurado.

Dessa forma, comprovados os requisitos legais: ocorrência do evento morte, dependência econômica da autora e a qualidade de segurado do falecido no tempo do óbito, a procedência do pedido é medida que se impõe.

Esclareço que o benefício é devido à autora até a data em que a mesma tiver completado 24 (vinte e quatro) anos de idade.

A despeito de o acórdão não vir acompanhado do voto vencido, ou, melhor dizendo, do voto da Desembargadora Federal Eva Regina não ter sido objeto de declaração, não há óbice algum à aceitação do recurso, porque possível dimensionar a discordância.

A matéria apreciada por força do recurso de apelação, interposto pela parte autora, diz respeito à possibilidade de prorrogação do percebimento do benefício de pensão por morte, na condição de filha-dependente, após os 21 anos, em decorrência de estudos universitários. A sentença de improcedência do pedido foi reformada, pelos votos dos Desembargadores Federais Leide Polo e Fausto de Sanctis, vencida a Desembargadora Federal Eva Regina que a mantinha, negando provimento à apelação da parte autora.

A propósito, decisão desta seção especializada:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DO VOTO VENCIDO. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. FILHO FALECIDO.

I - Não se mostra necessária, no caso dos autos, a assunção do voto minoritário, já que possível a aferição das conclusões do julgamento.

II - Comprovado nos autos que o falecido concorria para a manutenção da casa, eis que solteiro, sem filhos e morando com a mãe, faz jus à pensão por morte a sua genitora, eis que preenchidos os requisitos do art. 16, inciso II, par. 4º da Lei nº 8.213/91.

III - A prova testemunhal colhida durante a instrução foi suficiente para a comprovação da referida dependência econômica, não se podendo exigir das testemunhas que fornecessem detalhes acerca da contribuição do filho falecido com as despesas do lar.

IV - Preliminar argüida pelo INSS rejeitada. Embargos Infringentes providos, para que prevaleça o voto vencido, negando-se provimento ao apelo do INSS.

(Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.61.19.000186-9, relatora Desembargador Federal Marisa Santos, j. 11.05.2005, redator p/ acórdão Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 14.07.2005 - grifei).

Feito o registro, prossigo.

A pensão por morte, conforme o disposto no *caput* do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, “será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não”.

Para fazer jus à concessão do referido benefício, é necessário ostentar a condição de dependente econômico do falecido, cujo rol encontra-se discriminado no artigo 16 da Lei nº 8.213/91; o artigo 77, § 2º, II, por sua vez, estabelece que a parte individual da pensão se extingue “para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

Assim, é certo que os filhos menores de 21 (vinte e um) anos ou a eles equiparados,

não emancipados, de qualquer condição, fazem jus à pensão por morte de segurado. Todavia, cessa-lhes o direito ao completarem a idade limite de 21 (vinte e um) anos, salvo nos casos de invalidez ou de incapacidade declarada judicialmente, circunstâncias que não se verificam na presente demanda.

O rol de dependentes, no âmbito previdenciário, é taxativo, exaurindo-se no texto legal, não se confundindo os critérios de dependência para fins de previdência social com aqueles traçados pela legislação tributária, em que se pode enquadrar como dependente o filho ou equiparado, quando maior, até 24 (vinte e quatro) anos de idade, se ainda estiver cursando escola superior ou técnica de 2º grau (artigo, 35, incisos III e V, e § 1º, da Lei nº 9.250/95), nem sequer com o entendimento jurisprudencial de que os alimentos (Código Civil, artigos 1.694 e seguintes) são devidos aos filhos até a conclusão do ensino universitário ou técnico-profissionalizante.

O Superior Tribunal de Justiça demonstra entendimento pacífico acerca do tema, consoante os julgados que faço transcrever:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE. FILHO. ESTUDANTE DE CURSO UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

I - O pagamento de pensão por morte a filho de segurado deve restringir-se até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido, nos termos dos arts. 16, I, e 77, § 2º, II, ambos da Lei nº 8.213/91.

II - Não há amparo legal para se prorrogar a manutenção do benefício a filho estudante de curso universitário até os 24 (vinte e quatro) anos de idade. Precedente.

Recurso provido.

(REsp 638.589/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 03.11.2005, DJ 12.12.2005)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO NÃO-INVÁLIDO. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO AOS 21 ANOS DE IDADE. PRORROGAÇÃO ATÉ OS 24 ANOS POR SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ já firmou o entendimento de que a pensão por morte é devida ao filho menor de 21 anos ou inválido, não sendo possível, em face da ausência de previsão legal, a prorrogação do recebimento desse benefício até os 24 anos, ainda que o beneficiário seja estudante universitário.

2. Agravo Regimental desprovido.

(Agravo regimental no REsp 1069360, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 30.10.2008, DJ 01.12.2008)

Também, no mesmo sentido, decisões em sede de juízo monocrático (REsp 1161660, rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 01/04/2011, REsp 1154816, rel. Adilson Vieira Macabu, DJ 05/04/2011, REsp 1211014, rel. Benedito Gonçalves, DJ 20/09/2011, REsp 1115192, rel. Vasco Della Giustina, DJ 07/11/2011), a denotar a existência de jurisprudência pacífica e consolidada no âmbito daquela Corte.

Nesta Casa, de há muito se entende do mesmo modo, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - PAI - EXTENSÃO AO DEPENDENTE - ESTUDANTE - TUTELA ANTECIPADA - INDEFERIDA - ILEGALIDADE - PRINCÍPIO DA

LEGALIDADE - PEDIDO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

- Inexistência dos requisitos autorizados da concessão da antecipação de tutela. A cessação do benefício do requerente ocorreu em virtude da simples adequação da situação à descrição da norma pertinente, ou seja, completar 21 (vinte e um) anos de idade, exceção prevista apenas nos casos de invalidez (art. 77, § 1º, inc. II, da Lei 8213/91).

- Não há previsão legal que justifique a extensão temporal ao recebimento da pensão por morte pela parte autora em razão de sua condição de estudante, pois a legislação atual não deixa margem para interpretação diversa, limitando o direito à percepção do benefício até o atingimento da idade de 21 (vinte e um) anos, sendo que a vigente à época da concessão do referido benefício, demonstra-se ainda mais prejudicial, prevendo a limitação até os 18 (dezoito) anos, salvo, em ambas, se inválido, o que não é o caso, não sendo lícito, também, criar exceções às normas legais por afronta ao princípio da legalidade.

- Em sede recursal não é admissível a inovação da causa de pedir e do pedido, em razão da existência de vedação legal expressa (art. 264 do CPC), além de importar violação ao duplo grau de jurisdição (art. 515 do CPC).

- Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, pedido de antecipação de tutela indeferido e apelação improvida.

(Apelação Cível 2001.61.06.009004-7, 7ª Turma, rel. Des. Fed. Eva Regina, j. em 22.08.2005, DJ de 16.12.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 515, § 3º DO CPC. EXAME DO MÉRITO. APLICAÇÃO DOS DECRETOS NºS 83.080/79 E 89.312/84. INVALIDEZ NÃO COMPROVADA. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. REQUISITO NÃO SATISFEITO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

I - Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pleito da autora encontra amparo na jurisprudência.

II - Exame do mérito da demanda, nos termos do art. 515, § 3º do C.P.C.

III - Benefício de pensão por morte concedido à autora, em decorrência do falecimento de seu pai, em 07.09.1990, foi cessado em 04.02.2002, por ter completado 21 anos de idade.

IV - Óbito ocorrido em 07.09.1990, impondo-se a aplicação das regras dos Decretos nºs 83.080/79 e 89.312/84.

V - A filha solteira de qualquer condição menor de 21 anos ou inválida está arrolada entre os beneficiários de pensão por morte. Sua dependência econômica em relação ao pai é presumida.

VI - Condição de invalidez da autora sequer foi alegada nos autos.

VII - O pedido de pagamento da referida prestação até o término de curso superior não encontra previsão legal. Inaplicável, por analogia, a jurisprudência concernente à pensão alimentícia.

VIII - Recurso da autora parcialmente provido para afastar o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, julgar improcedente a demanda.

(Apelação Cível 2002.03.99.046652-3, 8ª Turma, rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. em 03.10.2005, DJ de 03.11.2005)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO PROVIDO.

I - A liminar no mandado de segurança se insere no poder de cautela do magistrado, desde que verificada a plausibilidade das alegações formuladas pelo impetrante, aliado ao justo receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

II - Hipótese de inexistência de ofensa manifesta a direito líquido e certo da agravada, eis que a perda da qualidade de dependente decorre de imposição legal contida no artigo 16, I, da Lei

8.213/91, que estabelece como dependentes no Regime Geral da Previdência Social somente os filhos menores de 21 anos ou inválidos.

III - Uma vez ultrapassado o limite de idade, opera-se pleno iure a cessação do vínculo de dependência pela extinção do benefício, desobrigando-se a Autarquia da manutenção dos pagamentos, sendo que a interpretação da legislação previdenciária, no que concerne a enumeração do rol de benefícios e serviços, bem como dos seus beneficiários, há de ser sempre literal, não podendo criar beneficiários que a lei não selecionou.

IV - A ampliação do vínculo de dependência para os filhos universitários até os 24 anos de idade derivou de construção jurisprudencial, orientada para as hipóteses de indenização por responsabilidade civil e com base na legislação do imposto de renda, mas que não permite a sua aplicação à legislação previdenciária, diante da existência de lei expressa disciplinando a matéria.

IV - Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento 2005.03.00.069144-2, 9ª Turma, rel. Des. Fed Marisa Santos, j. em 13.2.2006, DJ de 30.3.2006)

Mantém-se o posicionamento no âmbito dos demais Tribunais Regionais Federais:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDENTE MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIO. MANUTENÇÃO DA PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Dispondo a Lei 8.213/91 que a maioria de filho, aos 21 (vinte e um) anos de idade, acarreta perda da qualidade de beneficiário (art. 77, § 2º, II), não encontra guarida no texto legal o pedido de continuidade do recebimento de pensão temporária após o atingimento da idade limite prevista na lei, ainda que seja o beneficiário estudante universitário.

2. Criar outra exceção que não essa prevista, qual seja, o término da faculdade pela beneficiária, é medida que não se coaduna com o princípio da legalidade ao qual está o administrador adstrito (STJ, 5ª Turma, ROMS 10.261, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 10.04.2000, p. 101).

3. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 1ª Região, Apelação Cível 2005.43.00.001073-6, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Antonio Sávio de Oliveira Chaves, j. em 19.5.2008, DJ de 16.9.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRORROGAÇÃO. BENEFICIÁRIO MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. LEI Nº 8.213/1991. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Segundo a Lei nº 8.213/91, o benefício da pensão por morte é devido até o momento em que o beneficiário, na condição de filho, de pessoa a ele equiparada ou de irmão completar 21 anos de idade, salvo se for inválido.

2. Diante da previsão na Lei nº 8.213/91, a extensão do benefício além de 21 anos, até o implemento da idade de 24 anos, fere o princípio da legalidade. Precedentes deste Tribunal.

3. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade e os direitos à educação e ao trabalho devem ser aplicados harmonicamente com o princípio da legalidade também albergado constitucionalmente.

4. A dependência econômica do apelante é fato que, por si só, não justifica a prorrogação da pensão por morte, uma vez que esta não é benefício assistencial, mas benefício previdenciário.

5. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, Apelação Cível 2008.84.00.002223-9, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. em 24.7.2008, DJ de 15.9.2008)

A doutrina especializada, por sua vez, não discrepa do entendimento sufragado na jurisprudência:

Algumas decisões judiciais prorrogaram o pagamento da pensão por morte até o beneficiário completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, se estiver cursando ensino superior, sob o argumento de que não se mostra razoável a interrupção de seu desenvolvimento pessoal e a sua qualificação profissional.

A 3ª Seção do TRF da 4ª Região, que é formada pela 5ª e 6ª Turmas e pela 2ª Turma Suplementar, especializadas em matéria previdenciária editou a Súmula 74: “Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior”.

Sobre o tema a jurisprudência sinaliza que a relação previdenciária se assenta em pressupostos legais próprios. Não é possível a aplicação de interpretações relativas às prestações alimentares estrito senso, derivadas do direito de família, para com base nelas se deixar sem aplicação norma expressa do diploma legal que os estabelece, sob pena de impor contrariedade não apenas ao dispositivo legal em comento, mas à própria Constituição, que não admite sequer à lei ou ao Poder Judiciário, a extensão de benefícios sem a correspondente fonte de custeio para fazer face ao aumento da despesa.

A interpretação da legislação previdenciária deve ser restritiva quanto aos beneficiários do regime, não pode o magistrado ampliá-lo, extrapolando os limites legais. No plano fático, entendimento diverso pode afetar o princípio da igualdade, em relação aos que tiveram a oportunidade de continuar seus estudos e aqueles que não o fizeram para garantir o seu sustento. A norma tributária que admite manutenção da qualidade de dependente de filho maior de 21 anos e menor de 24, enquanto freqüente curso superior ou escola técnica de segundo grau, somente é utilizada para fins de declaração de imposto de renda, não estendendo seus efeitos para a seara previdenciária, pois não há custeio para a concessão ou manutenção de benefício nestas condições. A garantia limita-se aos menores e não se aplica ao maior de 21 anos, apto a exercer a atividade laborativa. (*In: Antônio César Bochenek. Curso de Especialização em Direito Previdenciário. Coord. Daniel Machado da Rocha e José Antonio Savaris. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 341-342*)

Confira-se, também, a doutrina de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

Em alguns casos, a jurisprudência vem prolongando a condição de dependente até os 24 anos, quando o menor está cursando nível superior. Nesse particular, a extensão parece conflitar com o princípio insculpido no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, consoante o teor da decisão da liminar da ADIn nº 2.311/MS, na qual o STF entendeu indevida a inclusão legislativa, no Instituto de Previdência Estadual do Mato Grosso do Sul, como dependentes dos filhos solteiros maiores de 24 anos de idade, que não exercessem atividades remuneradas, estivessem freqüentando curso superior ou técnico de 2º grau e dependessem economicamente dos segurados. Consoante o entendimento do relator, Min. Néri da Silveira, com a edição da Lei nº 9.717/98, a qual estabelece normas gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios, por força da norma contemplada no artigo 5º do referido diploma legal, não seria possível a concessão de benefícios diversos dos contemplados no regime geral, sendo, por conseguinte, indevida a extensão do benefício. (*In: Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100*)

A par da expressa vedação à continuidade do pagamento da pensão por morte aos dependentes não-inválidos, após os 21 anos, convém não ignorar, como evidencia o ensinamento dos autores supracitados, que “a interpretação extensiva acaba por estender o benefício, sem previsão legal, para a parcela mais favorecida de nossa sociedade, pois os demais filhos que não tiverem a fortuna de terem ingressado em ensino qualificado, continuariam sem o direito a prestação” (*Op. cit.*, p. 101).

Conforme documento de fl. 27 - declaração da Faculdade da Fundação Educacional Araçatuba -, a parte autora, Aline Alexandra de Almeida, nascida em 02.04.1984, “efetua matrícula para o 1º ano do Curso de Bacharelado em Administração com Habilitação em Gestão de Negócios Públicos e Privados (...) para o ano letivo de 2005”.

De acordo com consulta ao CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, a autora apresenta vínculos empregatícios nos períodos de 01.02.2003 a 13.06.2003, 01.08.2005 a 31.10.2005 e a partir de 03.10.2007, sem data de saída. Tudo leva a crer pela possibilidade de se conciliar trabalho e estudos, levando-se em consideração que as aulas do curso superior em questão são ministradas, atualmente, no período noturno, conforme informações extraídas do sítio da referida faculdade.

Esta Terceira Seção teve a oportunidade de se manifestar em caso assemelhado, também se tratando de estudante universitário, do período noturno, que apresentava vínculos empregatícios a demonstrar capacidade laborativa, ganhando, a ementa do julgado, a seguinte redação:

EMBARGOS INFRINGENTES. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. BENEFICIÁRIO UNIVERSITÁRIO COM IDADE SUPERIOR A 21 (VINTE E UM) ANOS. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ INTEIRAR A IDADE DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU COMPLETAR O CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO PARA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.

I - A controvérsia recai sobre a possibilidade de, inexistindo previsão legal expressa, o poder judiciário, suprindo a vontade do legislador, criar hipótese de manutenção de pensão por morte a quem perdeu a qualidade de dependente de ex-segurado.

II - Pensionista, beneficiário de pensão por morte de seu pai (NB nº 123.927.406-5), desde 11.07.2002, pretende ver mantido o benefício, após 10 de maio de 2006, data em que completaria 21 (vinte e um) anos de idade, ao argumento de encontrar-se desempregado desde 15 de junho de 2005 e estar cursando o 3º ano do Curso de Educação Física, ministrado pela UNIFAE.

III - A concessão de pensão por morte é regida pela legislação aplicável à época do óbito, no caso, a Lei nº 8.213/91, vigente em 2002 (época em que foi concedido o benefício).

IV - A pensão por morte, em linhas gerais, encontra-se disciplinada nos arts. 74 a 79, da Lei de Benefícios e é devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida.

V - Para fazer jus à pensão por morte, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, deve comprovar, além da condição de segurado de seu falecido pai, a dependência econômica que com ele mantinha, que, nesse caso, é presumida, nos termos do art. 16 da referida Lei.

VI - O art. 77, estabeleceu, de forma expressa, que o filho, não inválido, perde a qualidade de dependente ao completar 21 (vinte e um) anos, cessando o seu direito à pensão por morte.

VII - A interpretação da legislação previdenciária, no que concerne à enumeração de benefícios, bem como dos seus beneficiários, é restritiva, não podendo o magistrado imiscuir-se na função legislativa para ampliar o rol de beneficiários, extrapolando os limites da lei.

VIII - Inexistindo previsão legal expressa que autorize a manutenção de pensão por morte a pensionista nas condições do demandante (estudante universitário, não inválido, com idade superior a 21 (vinte e um) anos), descabe ao judiciário, legislando positivamente, criar hipótese de manutenção de pensão por morte a quem perdeu a qualidade de dependente do segurado. Precedentes do E. STJ e desta C. Corte.

IX - O benefício de pensão por morte destina-se a suprir, ou pelo menos, atenuar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes (definidos, expressamente, pelo legislador). Ao dispor a norma previdenciária que o filho, não-inválido, detém a

qualidade de dependente somente até os 21 (vinte e um) anos, levou-se em consideração que a partir dessa idade possui o indivíduo a capacidade plena para o trabalho, sendo possível a manutenção de seu próprio sustento.

X - No caso concreto, o autor, na época em que ajuizou esta ação (em 2006), fazia curso de Educação Física à noite e apresentava plena capacidade laborativa (CTPS, nº 76.220, série 282-SP, juntada aos autos, com registros datados de 01.03.2002 a 14.01.2005 e 02.05.2005 a 15.06.2005), o que, de per si, afasta a total dependência econômica que manteria com o segurado, após completar 21 (vinte e um) anos de idade.

XI - É possível concluir que a pensão por morte percebida pelo autor (NB nº 123.927.406-5), desde 11.07.2002, cessou com sua maioridade (em 10.05.2006), em decorrência da extinção de sua qualidade de dependente de segurado, necessária à manutenção desse benefício, nos termos do art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

XII - Embargos infringentes providos para prevalência do voto vencido.

(Embargos Infringentes 2006.61.27.000770-5, relator Desembargador Federal Walter do Amaral, redatora p/acórdão Desembargadora Federal Marianina Galante, j. em 27.05.2010, DJ de 24.08.2010 - grifei).

Não bastasse a ausência de previsão legal a amparar a pretensão da parte autora, a tese exposta no voto condutor, de que a cessação do benefício poderia levar à necessidade de abandono dos estudos, afrontando o direito fundamental à educação, a meu ver, não encontra guarida, ante as peculiaridades do caso concreto.

Por fim, trago à colação recente precedente desta Terceira Seção, firmado nos Embargos Infringentes de registro nº 2008.03.99.021631-4, de relatoria da Desembargadora Federal Marianina Galante, julgado em 26 de abril de 2012 com um voto vencido, da lavra do Desembargador Federal Sérgio Nascimento. Deu-se provimento a embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, restando assim ementado o decidido:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. EXTENSÃO DO LIMITE ETÁRIO DA LEI DE BENEFÍCIOS. UNIVERSITÁRIA. RECURSO PROVIDO PARA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.

I - A controvérsia recai sobre a possibilidade de restabelecimento do benefício de pensão por morte, em favor da autora, para pagamento até seus 24 anos de idade ou conclusão do ensino superior.

II - O filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos, está arrolado entre os beneficiários de pensão por morte (art. 16, I c/c art. 74 da Lei nº 8.213/91) e a dependência econômica em relação ao pai é presumida (§ 4º do art. 16 da Lei de Benefícios).

III - Autora ultrapassou a idade limite estabelecida na Lei de Benefícios, de forma que só poderia continuar percebendo a pensão por morte de seu pai se demonstrasse a condição de inválida, sequer alegada nos autos. Pedido de pagamento da prestação até o término de curso superior não encontra previsão legal.

IV - Não comprovado o preenchimento dos requisitos, previstos na Lei nº 8.213/91, o direito que persegue a demandante não merece ser reconhecido.

V- Embargos infringentes providos para prevalência do voto vencido.

Posto isso, dou provimento aos embargos infringentes, para o fim de prevalecer o voto vencido, da lavra da Desembargadora Federal Eva Regina.

Por se tratar de beneficiária da assistência judiciária gratuita, deixo de condenar a parte autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado

pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v.u., j. 24.05.06).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

- Sobre o pagamento do benefício de pensão por morte a filho universitário maior de 21 anos, veja os seguintes artigos doutrinários: “Pensão por morte a dependente universitário”, de autoria do Desembargador Federal Carlos André de Castro Guerra, publicado na RTRF3R 78/159 e “O direito à pensão por morte do estudante universitário”, de autoria do Juiz Federal Aroldo José Washington, publicado na RTRF3R 107/56; e os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.083611-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicado na RTRF3R 81/170; AMS 2005.61.07.006152-9/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 88/524; AC 2005.61.26.006316-1/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/519; AC 2004.03.99.033591-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicado na RTRF3R 97/250 e Ag AC 0035585-84.2011.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 113/286.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0002484-32.2006.4.03.9999

(2006.03.99.002484-2)

Agravantes: MARIA APARECIDA DOS SANTOS E OUTROS
 Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
 Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: MILTON FRANCELINO DE FREITAS
 Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BIRIGUI - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
 Classe do Processo: AC 1084032
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, INC. V, DA CF E LEI Nº 8.742/93. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO INSS. SUPERVENIENTE ÓBITO DA PARTE AUTORA. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. SUCESSORES. DIREITO AO RECEBIMENTO DE RESÍDUO. DECRETOS 4.712/2003 E 6.214/2007. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AGRAVO PROVIDO. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. TERMO FINAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO.

1. Da leitura do art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/93, extrai-se que o benefício assistencial detém natureza personalíssima, não podendo, em caso de falecimento do beneficiário, ser transferido aos herdeiros nem tampouco implicar direito à percepção à pensão por morte dele derivado.
2. Uma interpretação teleológica, no entanto, permite concluir que muito embora não possa esse benefício ser transferido aos sucessores do beneficiário falecido, na medida em que o evento morte coloca um termo final a seu pagamento, permanece a pretensão dos sucessores de receberem os valores precedentes, eventualmente devidos.
3. Entendimento sufragado pelo art. 36, parágrafo único, do Decreto nº 1.744/1995 (com a nova redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003 - DOU de 30/05/2003) que a despeito de manter incólume a orientação no sentido de que o benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito à pensão, estabeleceu, contudo, que o valor não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil. Orientação mantida pelo atual Decreto nº 6.214, de 26/09/2007, em seu art. 23, parágrafo único.
4. Existência de previsão expressa sobre a possibilidade de ocorrer o pagamento dos valores que o demandante teria direito a receber em vida a seus herdeiros civis. Precedentes firmados pelas Cortes Regionais.
5. As prestações do benefício, vencidas e não percebidas, passam a integrar o patrimônio da parte autora como créditos que, com o seu falecimento, passam a seus herdeiros em função dos direitos sucessórios.
6. Concessão do benefício assistencial às pessoas elencadas no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

7. Deficiência incapacitante ao trabalho e hipossuficiência comprovadas. Benefício concedido. Termo final da benesse fixado na data do óbito do autor.
8. Agravo provido. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de agravo interposto por Maria Aparecida dos Santos e outros, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática terminativa que, com base no art. 267, inc. IX, do CPC, julgou extinto sem resolução de mérito o pedido formulado pela parte autora, no sentido da concessão de benefício assistencial (art. 203, inc. V, da Constituição Federal e Lei nº 8.742/93).

Nas razões recursais, a parte agravante pugna pela reforma do *decisum*, ao fundamento de que tendo ocorrido o falecimento do postulante do benefício depois da prolação de sentença pela procedência de seu pedido, houve a constituição de crédito atrasado que os herdeiros ou sucessores têm direito em receber (fls. 188/192).

Cumpre registrar ainda a existência de pedido de habilitação dos herdeiros do autor (fls. 193/207 e 225/230), a saber: Maria Aparecida dos Santos, Michele dos Santos, Tatiane dos Santos Freitas e Rodrigo Balabem Freitas, não apreciado até a presente data.

É o relatório.

À mesa, para julgamento.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Nos termos do art. 267, inc. IX, do CPC, o Exmo. Juiz Federal Convocado Marco Aurélio Castriani, extinguiu o processo sem resolução de mérito, tendo em vista o óbito da parte autora, no curso da demanda, bem assim o caráter personalíssimo da prestação vindicada, restando prejudicada a apreciação do recurso de apelação interposto pela autarquia securitária.

De início, reconsidero a decisão de fls. 232 na parte em que declarou nulos os atos praticados depois do óbito da parte autora, posto que a despeito da previsão de suspensão do feito, no caso de morte de qualquer das partes (art. 265, inc. I, do CPC), a hipótese dos autos se amolda à exceção inserida no § 1º, alíneas “a” e “b” do mencionado dispositivo processual,

pois o processo se encontra em termos para julgamento recursal, incidindo a regra do art. 295 do Regimento Interno deste Tribunal. Além disso, a teor do art. 296 do Regimento Interno, não há óbice à habilitação dos herdeiros ou sucessores da parte autora na instância inferior, perante o Juízo da execução.

De qualquer modo, há nos presentes autos pedido de habilitação dos herdeiros da parte autora (fls. 193/207 e 225/230), o qual resta homologado, nos termos do art. 1.060, inc. I, do Código de Processo Civil e art. 112 da Lei nº 8.213/91, restando, portanto, convalidados todos os atos processuais praticados desde a data do óbito do promovente. Habilitados os herdeiros nominados nas mencionadas petições, proceda a Subsecretaria de Registro e Informações Processuais (UFOR) às anotações cabíveis quanto à substituição processual, sem prejuízo da habilitação de outros sucessores, na forma da norma regimental anteriormente citada.

A questão ora em debate versa sobre a possibilidade de recebimento, pelos herdeiros ou sucessores da parte autora, dos valores que aquela não recebeu em vida, a título de benefício assistencial.

O art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/1993, dispõe, de forma expressa, que “o pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no *caput*, ou em caso de morte do beneficiário.”

Da leitura deste dispositivo legal, extrai-se que o benefício assistencial detém natureza personalíssima, não podendo, em caso de falecimento do beneficiário, ser transferido aos herdeiros nem tampouco implicar direito à percepção à pensão por morte dele derivado.

No entanto, em uma interpretação teleológica, verifica-se que muito embora não possa esse benefício ser transferido aos sucessores do beneficiário falecido, na medida em que o evento morte coloca um termo final a seu pagamento, permanece a pretensão dos sucessores de receberem os valores precedentes, eventualmente devidos.

Esse entendimento, inclusive, encontra-se sufragado pelo art. 36, parágrafo único, do Decreto nº 1.744/1995 (com a nova redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003 - DOU de 30/05/2003) que, mantendo incólume a orientação de que “o benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito à pensão”, estabeleceu que “o valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil.” (Nova redação dada pelo Decreto nº 4.712, de 29 de maio de 2003, publicado no DOU de 30/05/2003).

Ressalte-se que idêntica orientação foi mantida pelo atual Decreto nº 6.214, de 26/09/2007 que previu, em seu art. 23, parágrafo único, que “o valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil”.

Dessa análise normativa, extrai-se que tais decretos prevêm expressamente a possibilidade de ocorrer o pagamento dos valores que o demandante teria direito a receber em vida a seus herdeiros civis. Nesse sentido, precedentes firmados pelas Cortes Regionais (TRF 4ª Região: AC nº 20070000195457, Sexta Turma, Relator Des. Sebastião Ogê Muniz, DE 19/03/2007; TRF 3ª Região, AC nº 98.03.052716-9, Primeira Turma, Relator Juiz Fed. Conv. Paulo Conrado, DJU 13/08/2002, pág. 181; TRF 1ª Região, AC nº 199801000645837, Segunda Turma Suplementar, Relator Juiz Fed. Conv. Moacir Ferreira Ramos, DJ 11/03/2004, pág. 67; TRF 3ª Região, AG nº 200703000817094, Décima Turma, Relator Des. Castro Guerra, DJU 12/03/2008, pág. 656).

Nessa esteira, conclui-se que as prestações do benefício, vencidas e não percebidas,

passam a integrar o patrimônio da parte autora como créditos que, com o seu falecimento, passam a seus herdeiros em função dos direitos sucessórios.

Na hipótese dos autos, em atenção aos parâmetros já fixados, observa-se que o INSS está sendo processado para conceder benefício assistencial por incapacidade. Julgado procedente o pedido, com antecipação dos efeitos da tutela, o INSS interpôs apelação. Quando da análise do recurso autárquico, prolatou-se decisão de extinção do processo sem resolução de mérito, à vista do óbito do requerente no curso da ação, mesmo diante da existência de valores devidos e não recebidos enquanto estava vivo.

Nessa esteira, tenho que o agravo em questão merece provimento.

Contudo, à constatação da existência do direito dos sucessores habilitados ao recebimento dos valores não pagos ao autor, é mister a prévia verificação de que o postulante efetivamente cumpriu os requisitos legais indispensáveis à percepção do benefício de prestação continuada.

Conforme se observa, *Milton Francelino de Freitas* ajuizou esta ação em 28/08/2002, visando à obtenção de benefício assistencial por incapacidade. Julgado procedente o pedido, por sentença prolatada em 10/08/2005 (fls. 136/139), o INSS interpôs recurso de apelação. Distribuídos os autos neste Tribunal, em 13/03/2006, por ocasião do julgamento do mencionado apelo, constatou-se o falecimento do requerente, em 09/09/2008, ensejando a extinção do processo sem resolução de mérito pela decisão ora impugnada.

Pois bem. O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC - LOAS traduz-se em um benefício da assistência social, o qual permite o acesso de idosos e pessoas com deficiência às condições mínimas de uma vida digna, nos termos do disposto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, conjuntamente com seus §§ 1º, 2º e 3º.

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido, os requisitos (independentes de carência ou contribuição, por força do art. 203, *caput*, do ordenamento constitucional vigente) a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei nº 8.742/93. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei nº 10.741/2003) ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal *per capita* não superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Na espécie verifica-se em relação à alegada incapacidade, que o perito judicial atestou no laudo pericial de fls. 125/126, datado de 18/01/2005, que o autor padecia de “Hepatite C, transtornos mentais e de comportamento devido ao uso de álcool e episódio depressivo grave sem sintomas psicológicos”, tendo concluído pela existência de incapacidade total no momento da perícia. Veja-se que em resposta aos quesitos “5”, do INSS (fls. 61) e “c”, formulado pelo autor (fls. 05), o experto afirmou, inclusive, que a enfermidade que acometia o postulante poderia levá-lo a óbito. Dessa forma, resta plenamente comprovado o primeiro requisito legal, posto que a parte autora era sim portadora de deficiência incapacitante para o trabalho.

Quanto ao requisito relativo à hipossuficiência, tem-se que o próprio estudo social concluiu, após minuciosa análise das condições sócio-econômicas e familiares da parte autora, que “Diante do exposto e do que pudemos aquilatar e presenciar, dos problemas de saúde

apresentados, da quantidade de medicamentos que vimos e da família que o requerente possui, somos totalmente favoráveis ao pedido requerido, pois passam por seríssimas dificuldades” (*sic*). Segundo esse estudo, datado de 10/05/2003, a parte autora residia com a mulher, Maria Aparecida dos Santos, e duas filhas, Michele e Tatiane, ambas menores de idade, formando um grupo familiar de 4 (quatro) pessoas. Moravam em uma casa cedida pelos genitores do autor, construída em alvenaria, sem forro, piso frio e com acabamento muito simples, sendo composta por 02 quartos, 01 cozinha e 01 banheiro. A residência era equipada com uma geladeira, um televisor, um fogão, uma cama e guarda roupa de casal e duas camas de solteiro. A única renda provinha do trabalho da companheira como faxineira diarista e totalizava R\$ 60,00 (sessenta reais) mensais. Anotou-se ainda que embora o requerente tivesse pais, irmãos e tios, estes não lhe prestavam assistência porque também eram “pessoas de baixa renda”. Destacou-se que o autor trabalhava como pedreiro e havia deixado referido labor há cerca de 2 (dois) anos porque ficou doente e não possuía mais condições para exercer qualquer tipo de atividade. Por fim, a assistente social mencionou todas as enfermidades que acometiam o postulante, relacionando os medicamentos por ele utilizados.

Enfim, por tudo quanto o laudo social indica, impende atestar que realmente a parte autora não possuía meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la suficientemente provida pela família. E nem se queira argumentar que a obrigação de prestar alimentos seja de incumbência dos parentes, antes de ser do Estado.

Assim, positivados os requisitos legais, incumbe reconhecer o direito da parte autora ao benefício assistencial postulado, no valor de um salário, a ser implantado a partir da data da citação do INSS, ocorrida em 27/09/2002 (fls. 55vº), à falta de requerimento administrativo, conforme estabelecido na r. sentença recorrida, até a data do falecimento do autor, em 09/09/2008 (fls. 214).

No tocante aos juros e à correção monetária, note-se que suas incidências são de trato sucessivo e, observados os termos do art. 293 e do art. 462 do CPC, devem ser considerados no julgamento do feito. Assim, observada a prescrição quinquenal, corrigem-se as parcelas vencidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Quanto aos juros moratórios, incidem à taxa de 0,5% ao mês e de 1% ao mês, após 10/01/2003, nos termos do art. 406 do CC e art. 161, § 1º, do CTN e, a partir de 30/06/2009, incidirão de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º. Adite-se que a fluência respectiva dar-se-á de forma decrescente, a partir da citação, termo inicial da mora autárquica (art. 219 do CPC), até a data de elaboração da conta de liquidação.

Em relação a verba honorária, a jurisprudência tem considerado razoável sua fixação em 10%, ainda que condenada a Fazenda Pública. Apesar de o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, admitir o estabelecimento de tal verba em valor determinado, nada obsta que seja regulada em percentual, nos moldes do art. 20, § 3º, até porque o § 4º a ele remete no que concerne aos critérios de fixação dos honorários. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1424980/MT 2011/0181679-4, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento em 14/02/2012. Por outro lado, aplica-se a Súmula 111 do STJ, para que a verba honorária incida somente sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença; em caso de sentença de improcedência, reformada por decisão do Tribunal, os honorários incidem sobre as parcelas vencidas até esta última (STJ, EDcl no AgRg no REsp 981810/RN 2007/0213384-6, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 08/02/2011). Nesse aspecto, não merece reforma a r. sentença recorrida, cabendo apenas explicitar a aplicação da Súmula 111 do C. STJ.

Anote-se, na espécie, a obrigatoriedade da dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei (art. 124 da Lei 8.213/1991 e art. 20, § 4º, da Lei 8.742/1993).

Conforme se verifica do documento de fls. 161, o benefício em questão foi efetivamente implantado pelo INSS em 10/08/2005, em cumprimento à tutela antecipada deferida na sentença, tendo cessado em 09/09/2008. Dessa forma remanesce apenas o valor das prestações não recebidas pelo postulante no interregno compreendido entre a data da citação, fixada como marco inicial do benefício, e o efetivo implemento da benesse pela administração, não havendo que se falar em manutenção dos efeitos da tutela.

Saliente-se que o pagamento das parcelas vencidas deverá atentar à forma prevista no artigo 100 da CR/88, considerando-se, também, o disposto no § 3º do mesmo preceito, regulamentado pelo art. 128 da Lei nº 8.213/91 (n. r.).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo legal de fls. 208/211, e, em consequência, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS apenas para estabelecer o termo final do benefício, na data do óbito do autor da ação. Mantenho, no mais, a r. sentença recorrida, observando-se os consectários na forma acima explicitada.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

- Sobre o caráter personalíssimo do benefício assistencial não impedir o pagamento aos herdeiros de valores não recebidos em vida pelo beneficiário, veja também os seguintes julgados: AC 1999.61.11.007616-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 92/235 e Ag AC 0004758-44.2002.4.03.6107/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 102/208.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS)

0005505-46.2006.4.03.6109

(2006.61.09.005505-9)

Agravante: ORLANDO MARAIA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 190/199

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AMS 296930

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ENQUADRAMENTO E CONVERSÃO DE PARTE DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INACUMULÁVEIS. ASSEGURADA A OPÇÃO DO SEGURADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- O tempo de serviço prestado sob condições especiais, poderá ser convertido em tempo de atividade comum, independente da época trabalhada (art. 70, § 2º, Decreto nº 3.048, de 06.05.1999).

- A conversão do tempo de trabalho em atividades especiais eram concedidas com base na categoria profissional, classificada nos Anexos do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 e do Decreto nº 83.080, de 24.01.1979, sendo que a partir da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, é necessário comprovar o exercício da atividade prejudicial à saúde, por meios de formulários ou laudos.

- Observe-se que não mais subsiste limitação temporal para conversão do tempo especial em comum, sendo certo que o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, foi elevado à posição de Lei Complementar pelo art. 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, de modo que só por outra Lei Complementar poderá ser alterado.

- Para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, *com exceção ao ruído*, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

- Registre-se, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

- Vale destacar que a utilização de equipamento de proteção individual - EPI, não elide a insalubridade, mas apenas reduz a um nível tolerável à saúde humana.

- Verifica-se que o segurado trabalhou em atividades insalubres nos interregnos de 12.04.1989 a 14.07.1989, de 01.03.1992 a 07.07.2005, submetido ao agente agressivo

ruído, de forma habitual e permanente, nos patamares de, respectivamente, de 91,7 dB e 96/96, 4 dB, agente insalubre previsto no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/1964, item 1.1.6 e no anexo I do Decreto nº 83.080/1979, item 1.1.5.

- Paralelamente, o período de 12.09.1988 a 29.12.1988 deve ser enquadrado como especial e convertido para tempo comum, vez que o autor estava exposto, de forma habitual e permanente, aos agentes nocivos cimento e cal, substâncias constantes do item 1.2.10 do anexo ao Decreto nº 53.831/1964 e item 1.2.12 do anexo I do Decreto nº 83.080/1979.

- O interregno de 08.07.2005 a 01.06.2006 não pode ser considerado especial vez que não constam informações suficientes a respeito das condições agressivas a que estaria submetido o autor em seu trabalho, a intensidade e habitualidade com que os agentes nocivos atuavam no labor, situação que impossibilita o seu enquadramento e conversão de tempo especial para comum.

- No caso em apreço, somados os períodos incontroversos aos ora reconhecidos como especiais e convertidos em tempo comum, perfaz o autor *34 anos, 03 meses e 01 dia* de tempo de serviço, na data do requerimento administrativo (01.06.2006), fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

- O benefício deverá ser calculado em conformidade com o art. 53, II c/c art. 29, I (redação dada pela Lei 9.876/1999), ambos da Lei 8.213/1991, observadas as normas trazidas pelo art. 188 A e B do Decreto 3.048/1999.

- Ressalte-se que as parcelas vencidas desde o requerimento administrativo deverão ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos financeiros pretéritos.

- No presente caso, os temas trazidos pelo autor neste recurso não constaram da exordial e, portanto, não foram objeto de análise por este juízo na decisão embargada. É incabível, nesta fase processual, a inovação do pedido, sob pena de afronta ao princípio de estabilização da lide, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil.

- É sabido que, se no curso do processo o INSS conceder administrativamente à parte autora benefício previdenciário que não possa ser cumulado com o reconhecido judicialmente, não se fará a implantação imediata deste, sem a prévia opção pessoal do segurado, ou através de procurador com poderes especiais para este fim.

- Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pelo autor contra a r. decisão proferida em 05.11.2012 (fls. 190/199) que, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à Apelação do autor para enquadrar e converter de tempo especial em comum os interregnos de 12.09.1988 a 29.12.1988, 12.04.1989 a 14.07.1989 e de 01.03.1992 a 07.07.2005 e conceder a aposentadoria por tempo de contribuição proporcional.

Requer a reforma do julgado e a consignação de que o autor tem direito ao benefício mais vantajoso, ou a sua apreciação pelo órgão colegiado (fls. 202/210).

Em mesa.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Não assiste razão ao agravante.

A r. decisão impugnada bem decidiu as questões suscitadas, nos seguintes termos:

A reforma ocorrida em nosso texto processual civil, com a Lei nº 9.756, 17.12.1998, alterou, dentre outros, o artigo 557 do Código de Processo Civil, trazendo ao relator a possibilidade de negar seguimento “a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. E, em seu § 1º-A a possibilidade de dar provimento ao recurso “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. O mandado de segurança é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, cabível somente em casos de afronta a direito líquido e certo, conforme se depreende de seu texto: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A presente ação mandamental pode ser utilizada em matéria previdenciária, desde que vinculada ao deslinde de questões unicamente de direito ou que possam ser comprovadas exclusivamente por prova documental apresentada de plano pela parte impetrante para a demonstração de seu direito líquido e certo.

No presente caso, o autor pretende a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição mediante o reconhecimento de atividades insalubres e, conseqüentemente, a conversão de tempo de serviço especial em comum.

DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de serviço foi assegurada no art. 202 da Constituição Federal de 1988, que dispunha, em sua redação original:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei:

(...)

§ 1º: É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher”.

A regulamentação da matéria previdenciária sobreveio com a edição da Lei de Benefícios, de 24 de julho de 1991, que tratou em vários artigos da aposentadoria por tempo serviço.

A aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino (Lei nº 8.213, de 24.07.1991, art. 52).

Comprovado o exercício de mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral. (Lei nº 8.213/1991, art. 53, I e II).

A Lei nº 8.213/1991 estabeleceu período de carência de 180 contribuições, revogando o parágrafo 8º do artigo 32 da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, incluído pelo Decreto Lei nº 66, de 21.11.1966, que fixava para essa espécie de benefício período de carência de 60 meses. A Lei nº 9.032, de 28.04.1995, reconhecendo a necessidade de disciplinar a situação dos direitos adquiridos e ainda da expectativa de direito que possuíam os filiados ao regime previdenciário até 24 de julho de 1991, quando publicada com vigência imediata a Lei nº 8.213/1991, estabeleceu regra de transição aplicável à situação desses já filiados, incluindo tabela progressiva de períodos de carência mínima para os filiados que viessem a preencher os requisitos necessários às aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial, desde o ano de 1991, quando necessárias as 60 contribuições fixadas pela LOPS até o ano de 2.011, quando serão efetivamente necessárias as 180 contribuições aos que então implementarem as condições para gozo do benefício.

A Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu a reforma da previdência, estabeleceu o requisito de tempo mínimo de contribuição de 35 anos para o segurado do sexo masculino e 30 anos para a segurada. Extinguiu o direito à aposentadoria proporcional e criou o fator previdenciário, de forma a tornar mais vantajosa a aposentação tardia.

Para os filiados ao regime até sua publicação e vigência, em 15 de dezembro de 1998, foi também assegurada regra de transição, de forma a permitir a aposentadoria proporcional. Criou-se para tanto, o requisito de idade mínima de 53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres e um acréscimo percentual de 40% do tempo que faltaria para atingir os 30 ou 35 anos necessários nos termos da nova legislação.

A Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu artigo 9º, também prevê a regra de transição para a aposentadoria integral, estabelecendo a idade mínima nos termos acima e o percentual de 20% do tempo faltante para a aposentadoria. Contudo, tal regra, opcional, teve seu sentido esvaziado pelo próprio Constituinte derivado, que a formulou de maneira mais gravosa que a regra permanente no caso da aposentadoria integral, pois a regra permanente não exige idade mínima, nem tempo adicional.

DO TEMPO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS

O tempo de serviço prestado sob condições especiais, poderá ser convertido em tempo de atividade comum, independente da época trabalhada (art. 70, § 2º, Decreto nº 3.048, de 06.05.1999).

Não prevalece mais qualquer tese de limitação temporal de conversão seja em períodos anteriores à vigência da Lei nº 6.887, de 10.12.1980, ou posteriores a Lei nº 9.711, de 20.11.1998. Na conversão do tempo especial em comum aplica-se a legislação vigente à época da prestação laboral; na ausência desta e na potencial agressão à saúde do trabalhador, deve ser dado o mesmo tratamento para aquele que hoje tem direito à concessão da aposentadoria (STF, RE 392.559 RS, Min. Gilmar Mendes, DJ 07.02.06).

Cumprе salientar que a conversão do tempo de trabalho em atividades especiais eram con-

cedidas com base na categoria profissional, classificada nos Anexos do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 e do Decreto nº 83.080, de 24.01.1979, sendo que a partir da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, é necessário comprovar o exercício da atividade prejudicial à saúde, por meios de formulários ou laudos.

Ademais, é pacífico o entendimento jurisprudencial de ser o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas meramente exemplificativo e não exaustivo, pelo que a ausência do enquadramento da atividade tida por especial não é óbice à concessão da aposentadoria especial, consoante o enunciado da Súmula ex-TRF 198:

“Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento”.

O reconhecimento de outras atividades insalubres, penosas e perigosas é admissível, em caso de terem sido exercidas sob ditas condições especiais; não presumidas como aquelas arroladas na legislação pertinente.

Já para a comprovação da atividade insalubre será necessário o laudo técnico a partir de 10.12.1997, com a edição da Lei 9.528, demonstrando efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos mediante formulário estabelecido pelo INSS, com base em laudo técnico do ambiente de trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, *com exceção ao ruído*, pois sempre houve a necessidade da apresentação do referido laudo para caracterizá-lo como agente agressor.

Os Decretos nºs 53.831/1964 e 83.080/1979 têm aplicação simultânea até 05.03.1997, verificando divergências entre eles deve prevalecer à regra mais benéfica (80 dB - Decreto nº 53.831/1964).

O Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, que revogou os referidos decretos, considerou o nível de ruído superior a 90 dB, todavia, o art. 2º do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, reduziu o nível máximo de ruído tolerável a 85 dB.

A atividade sujeita ao agente agressor ruído deve ser considerada especial se os níveis de ruídos forem superiores a 80 dB, até a edição do Decreto nº 2.172/1997 e, a partir daí, superiores a 85 dB, em razão do abrandamento da norma até então vigente, encontrando-se em consonância com os critérios da NR-15 do Ministério do Trabalho que prevê a nocividade da exposição a ruídos acima de 85 dB.

Este Tribunal vem se posicionando no sentido de considerar nocivo o nível de ruído superior a 85 dB, a partir do Decreto nº 2.172/1997, conforme o seguinte julgado “in verbis”:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL . RUÍDO ACIMA DOS LIMITES LEGAIS. DECRETOS 2.172/97 e 4.827/2003. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09.

I - Deve ser tida por prejudicial a exposição a ruídos acima de 85 decibéis a partir de 05.03.1997, tendo em vista o advento do Decreto 4.827/2003, que reduziu o nível máximo de tolerância do ruído àquele patamar, interpretação mais benéfica e condizente com os critérios técnicos voltados à segurança do trabalhador previsto na NR-15 do Ministério do Trabalho que prevê a nocividade da exposição a ruídos acima de 85 decibéis.

(...)

V - Agravo do INSS improvido (art.557, § 1º do C.P.C.)”.

(AC nº 1.520.462, Processo nº 2006.60.02.000948-4, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 07.12.2010, DJF3 CJ1 15.12.2010, p. 617)

Por oportuno, não custa assentar, a propósito da conversão do tempo especial em comum, que o art. 32 da 15ª e última versão da Medida Provisória nº 1663, de 22.10.1998, que mantinha a revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, na redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995, surgida na 10ª versão da Medida Provisória nº 1663, de 28.05.1998, não se converteu integralmente no art. 32 da Lei nº 9.711, de 20.11.1998, a qual excluiu a revogação do § 5º do art. 57, logo perderam eficácia todas as versões das Medidas Provisórias nº 1663, desde 28.05.1998.

Dessa maneira, não mais subsiste limitação temporal para conversão do tempo especial em comum, sendo certo que o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, foi elevado à posição de Lei Complementar pelo art. 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, de modo que só por outra Lei Complementar poderá ser alterado.

Registro, ainda, que o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP substitui o laudo técnico sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador.

Não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais à extemporaneidade de documento, pois a situação em época remota era pior ou ao menos igual à constatada na data da elaboração do laudo, tendo em vista que as condições do ambiente de trabalho só melhoraram com a evolução tecnológica.

Vale destacar que a utilização de equipamento de proteção individual - EPI, não elide a insalubridade, mas apenas reduz a um nível tolerável à saúde humana. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. SÚMULA 7/STJ.

O fato de a empresa fornecer ao empregado o EPI - Equipamento de Proteção Individual - e, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de per se, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades.

Incabível, pela via do recurso especial, o exame acerca da eficácia do EPI para fins de eliminação ou neutralização da insalubridade, ante o óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

Recurso especial improvido”. (REsp. 584.859 ES, Min. Arnaldo Esteves Lima)

DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS

Da atividade especial: Verifica-se que o segurado trabalhou em atividades insalubres nos interregnos de 12.04.1989 a 14.07.1989, de 01.03.1992 a 07.07.2005, submetido ao agente agressivo ruído, de forma habitual e permanente, nos patamares de, respectivamente, de 91,7 dB e 96/96,4 dB, agente insalubre previsto no quadro anexo ao Decreto nº 53.831/1964, item 1.1.6 e no anexo I do Decreto nº 83.080/1979, item 1.1.5 (PPP de fls. 66/67).

Paralelamente, o período de 12.09.1988 a 29.12.1988 deve ser enquadrado como especial e convertido para tempo comum, vez que o autor estava exposto, de forma habitual e permanente, aos agentes nocivos cimento e cal, substâncias constantes do item 1.2.10 do anexo ao Decreto nº 53.831/1964 e item 1.2.12 do anexo I do Decreto nº 83.080/1979 (formulário de fl. 65).

O interregno de 08.07.2005 a 01.06.2006 não pode ser considerado especial vez que não constam informações suficientes a respeito das condições agressivas a que estaria submetido o autor em seu trabalho, a intensidade e habitualidade com que os agentes nocivos atuavam no labor, situação que impossibilita o seu enquadramento e conversão de tempo especial para comum.

DO CASO CONCRETO

No caso em apreço, somados os períodos incontroversos aos ora reconhecidos como especiais e convertidos em tempo comum, perfaz o autor *34 anos, 03 meses e 01 dia* de tempo de serviço, na data do requerimento administrativo (01.06.2006 - fl. 15), fazendo jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, *nos termos da planilha que ora determino a juntada*.

O benefício deverá ser calculado em conformidade com o art. 53, II c/c art. 29, I (redação dada pela Lei 9.876/1999), ambos da Lei 8.213/1991, observadas as normas trazidas pelo art. 188 A e B do Decreto 3.048/1999.

Ressalte-se que as parcelas vencidas desde o requerimento administrativo deverão ser reclamadas administrativamente ou pela via judicial própria, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, e das Súmulas do STF (Enunciados 269 e 271), tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado à cobrança de valores em atraso, nem pode criar efeitos

financeiros pretéritos.

Posto isto, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à Apelação do autor para enquadrar e converter de tempo especial em comum os interregnos de 12.09.1988 a 29.12.1988, 12.04.1989 a 14.07.1989 e de 01.03.1992 a 07.07.2005 e conceder a aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, na forma da fundamentação explicitada.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

No presente caso, os temas trazidos pelo autor neste recurso não constaram da exordial e, portanto, não foram objeto de análise por este juízo na decisão embargada. É incabível, nesta fase processual, a inovação do pedido, sob pena de afronta ao princípio de estabilização da lide, nos termos do artigo 264 do Código de Processo Civil.

É sabido que, se no curso do processo o INSS conceder administrativamente à parte autora benefício previdenciário que não possa ser cumulado com o reconhecido judicialmente, não se fará a implantação imediata deste, sem a prévia opção pessoal do segurado, ou através de procurador com poderes especiais para este fim.

Isto posto, *nego provimento* ao Agravo Legal.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

- Sobre o Perfil Profissiográfico Previdenciário substituir o laudo técnico, sendo documento suficiente para aferição das atividades nocivas a que esteve sujeito o trabalhador, veja também o seguinte julgado: Ag ApelReex 0003093-57.2007.4.03.6126/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 101/169.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000218-92.2007.4.03.6004

(2007.60.04.000218-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 162/171

Interessado: RODOLFO MARTINEZ

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1622708

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. IGUALDADE DE CONDIÇÕES PREVISTA NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PESSOA HIPOSSUFICIENTE E DE BAIXA INSTRUÇÃO. IDADE AVANÇADA. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. I - A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).

II - O fato da parte autora ostentar a condição de estrangeiro não constitui óbice à concessão do benefício, desde que presentes os requisitos legais autorizadores, uma vez que a Constituição Federal não promove a distinção entre estrangeiros residentes no país e brasileiros, sendo o benefício assistencial de prestação continuada devido “a quem dela necessitar”, inexistindo restrição à sua concessão ao estrangeiro aqui residente.

III - Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

IV - Ressalte-se que, embora tenha sido reconhecida a repercussão geral e a questão ainda esteja em análise no Supremo Tribunal Federal (RE 587.970), trata-se de posicionamento dominante nesta E. Corte a concessão do benefício ao estrangeiro, sendo plenamente aplicável a regra autorizadora prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil.

V - Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de outubro de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão monocrática que, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, para fixar o termo inicial do benefício na data da citação (17-05-2007), e deu parcial provimento à apelação do INSS, para determinar que a incidência de correção monetária e juros de mora sobre os valores em atraso deve seguir o disposto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (ERESP 1.207.197/RS; RESP 1.205.946/SP), sendo que os juros de mora são devidos a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores, e incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AGR 492.779/DF) e limitar a incidência dos honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da prolação da sentença (Súmula nº 111 do STJ).

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que o benefício assistencial não é devido ao estrangeiro, mas apenas aos cidadãos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.742/93 e artigo 4º do Decreto nº 1.744/95, desde que preenchidos os requisitos autorizadores para a sua concessão, destinando-se à proteção somente dos brasileiros natos ou naturalizados, em virtude do princípio da seletividade e distributividade. Aduz a inaplicabilidade da regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil. Alega, ainda, que deveria ter sido observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do resultado da r. decisão proferida monocraticamente por este Relator, o conjunto probatório permite concluir que a parte autora preenche os requisitos necessários.

A r. decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

Note-se primeiramente que, o fato da parte autora ostentar a condição de estrangeiro não constitui óbice à concessão do benefício, desde que presentes os requisitos legais autorizadores, uma vez que a Constituição Federal não promove a distinção entre estrangeiros residentes no país e brasileiros, sendo o benefício assistencial de prestação continuada devido “a quem dela necessitar”, inexistindo restrição à sua concessão ao estrangeiro aqui residente.

Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

Neste sentido, a jurisprudência desta E. Corte é pacífica quanto à possibilidade de concessão do benefício assistencial ao estrangeiro residente no país:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC). BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS.

I - Ao dar provimento à apelação do autor, julgando procedente o seu pedido, a decisão agravada filiou-se ao entendimento já manifestado anteriormente por esta C. Turma, no sentido de que a concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos países, desde que presentes os requisitos legais autorizadores. (Precedentes do E. TRF da Terceira Região).

II - O autor reside no país desde a década de 1970, podendo-se concluir que já poderia ter requerido sua naturalização voluntariamente, não sendo válido, no entanto, que esta seja exigida para que ele faça jus ao exercício de um direito fundamental.

III - Agravo (art. 557, § 1º, CPC) interposto pelo réu improvido.”

(TRF 3ª Região, Proc: 0001170-91.2009.4.03.6104, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, J: 13-03-2012, DE: 22-03-2012)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO LEGAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Entendimento assente nesta Corte no sentido de que a condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, em razão do disposto no Art. 5º da CF, que assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

2. Sendo a parte idosa, bem como verificado o estado de pobreza em que vive a família, é de se concluir que ela não possui meios de prover a própria subsistência, de modo a ensejar a concessão do benefício.

3. Os argumentos trazidos pelo agravante não merecem ser acolhidos, porquanto a autora preencheu os requisitos legais para a concessão do benefício diante do quadro de miserabilidade apresentado.

4. Agravo desprovido.”

(TRF 3ª Região, Proc: 0002355-95.2009.4.03.6127, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, J: 29-05-2012, DE: 11-06-2012)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

2. Inexiste ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada, sendo que os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. A concessão do benefício assistencial é garantida aos estrangeiros residentes nos países, desde que presentes os requisitos legais autorizadores.

4. Agravo legal desprovido.”

(TRF 3ª Região, Proc: 0014079-52.2011.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Lucia Ursaia, J: 28-02-2012, DE: 08-03-2012)

Nesta linha, também se manifestou o Ministério Público Federal: “Com efeito, apenas é possível reconhecer as distinções entre brasileiros e estrangeiros feitas pela própria Constituição Federal. (...) A outro tanto, o artigo 4º, do Decreto nº 1.744/98, contrapõe-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil./ Nessa convenção, os Estados-Partes se comprometeram, em seu artigo 1º, a respeitar os ‘direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, *origem nacional* ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer condição social' (g.n.)./ Dentre esses direitos a serem respeitados, por evidente que se incluem os questionados neste feito, sem que se permita qualquer distinção entre as pessoas, a ser realizada por decreto./ (...) Não se pode aceitar que o benefício assistencial seja concedido apenas aos cidadãos (brasileiro, nato ou naturalizado, no gozo de seus direitos políticos), tendo em vista todo o exposto e, repisando, a Constituição Federal não determina esse requisito./ Do contrário, como afirma o *Parquet*, 'estariam excluídos do sistema de assistência social brasileiro, além dos estrangeiros, todos os menores de 16 anos, que não podem alistar-se junto à Justiça Eleitoral, e todos quantos sofressem a perda ou suspensão de seus direitos políticos (artigo 15 da Lei Maior), mesmo que brasileiros natos' (fls. 153v/155)." (fls. 163/165)

Ressalte-se que, embora tenha sido reconhecida a repercussão geral e a questão ainda esteja em análise no Supremo Tribunal Federal (RE 587.970), trata-se de posicionamento dominante nesta E. Corte a concessão do benefício ao estrangeiro, sendo plenamente aplicável a regra autorizadora prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cumpra esclarecer, ainda, que a douda decisão recorrida não declarou a inconstitucionalidade da norma prescrita no artigo 1º da Lei nº 8.742/93, aplicando, no presente caso, sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos, razão pela qual não há que se falar em inobservância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal.

Desta forma, o conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção do relator, o qual aplicou sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

- Sobre o gozo de benefício assistencial por estrangeiro, veja também os seguintes julgados: AC 2004.03.99.033604-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 73/300 e AMS 0001408-41.2009.4.03.6127/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicada na RTRF3R 105/379.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0004850-10.2007.4.03.6119

(2007.61.19.004850-1)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARGARETE DE OLIVEIRA MORA MORAL PEREZ
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: ApelReex 1286051
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em ação ajuizada contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o reconhecimento da atividade de magistério e a concessão do benefício de aposentadoria especial por tempo de serviço deferido aos professores.

Às fls. 65/69, foi deferida a tutela para imediata implantação da benesse.

A r. sentença monocrática de fls. 172/180 julgou procedente o pedido, reconheceu o período de exercício de atividade de professor que indica e condenou a Autarquia Previdenciária à concessão do benefício pleiteado, com os consectários que especifica. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais de fls. 185/193, requer a Autarquia Previdenciária seja o recurso recebido no efeito suspensivo e pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de não ter a parte autora comprovado os requisitos legais para a aposentadoria, na medida em que incabível o cômputo de lapso de serviço anterior ao registro do diploma de habilitação. Subsidiariamente, insurge-se quanto aos critérios referentes aos consectários legais.

Devidamente processado o recurso, subiram a esta instância para decisão.

É o sucinto relato.

Vistos, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Não merece prosperar a preliminar referente à necessidade do recurso de apelação ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, de forma a obstar eventual execução provisória do julgado, porquanto suscitada pela via processual inadequada. Como é cediço, na hipótese do recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, cabe à Autarquia Previdenciária veicular sua insurgência por meio da interposição de agravo de instrumento. Ademais, verifica-se que o INSS, ao discutir a questão no bojo da apelação, manifesta seu inconformismo contra ato judicial ainda não existente, qual seja, a decisão de admissibilidade do apelo.

No atinente à matéria de fundo, cumpre traçar breve histórico da disciplina constitucional e legislativa da questão.

Na vigência da anterior Lei Orgânica da Previdência Social, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, o item 2.1.4 do Anexo a que se refere o art. 2º do Decreto nº 53.831/64 qualificava a o exercício das atividades de magistério como penoso e previa a aposentadoria em 25 anos.

Com a superveniência da Emenda Constitucional nº 18/81, que deu nova redação ao inciso

XX, do art. 165, da Emenda Constitucional nº 01/69, a atividade de professor foi incluído em regime diferenciado, não mais possibilitando a contagem de tempo como atividade especial, na medida em que o regramento constitucional teve o condão de revogar as disposições do Decreto 53.831/64. Nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROFESSOR. ATIVIDADE ESPECIAL. CABIMENTO SOMENTE ATÉ A EC 18/81. ATIVIDADES CONCOMITANTES. NÃO APLICABILIDADE DO INCISO I DO ART. 32 DA LEI Nº 8.213/91. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Em períodos posteriores à Emenda Constitucional nº 18/81, que retirou a atividade de professor do rol das atividades especiais, tendo em vista a implementação de regra excepcional de aposentação para a categoria, não há possibilidade de se enquadrar a atividade exercida como professor como especial.

(...)

3. Apelação a que se nega provimento.

(TRF3, 9ª Turma, AC 2003.61.22.000946-8, Des. Fed. Marisa Santos, j. 16/11/2009, DJF3 03/12/2009, p. 626)

Nota-se, pois, que o exercício exclusivo da atividade de magistério, desde então, dá ensejo somente à aposentadoria por tempo de serviço, mas exigido lapso de contribuição inferior ao previsto para o regime geral. Confira-se:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XX - aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral; (...).

Em sua original redação, o art. 202, inc. III, da Constituição Federal vigente assegurou a aposentadoria, “após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério”; benefício que foi mantido na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao §§ 7º e 8º do art. 201:

§ 7º. É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º. Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Nessa esteira, prevê o art. 56 da Lei nº 8.213/91 que “o professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo.”

A norma aplicável sobre o cômputo do período de atividade, vale ressaltar, é aquela vigente ao tempo da prestação do trabalho do segurado, em face do princípio *tempus regit actum*. Sobre o tema, confira-se o julgado que porta a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LEI 8.213/91, ART. 57, §§ 3 E 5º.

O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Recurso desprovido.

(STJ, 5ª Turma, REsp nº 392.833/RN, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002)

Consoante o referido art. 202, § 8º, CF, defere-se a aposentadoria especial ao professor que, durante o lapso temporal exigido, comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A comprovação da atividade de magistério, a seu turno, foi primeiramente disciplinado pelo Decreto nº 611/92, orientação reiterada no Decreto nº 2.72/97, em seu art. 59:

Art. 59. Entende-se como de efetivo exercício em função 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.

§ 1º. São contados como tempo de serviço, para efeito do disposto neste artigo:

- a) o de serviço público federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal;
- b) o de recebimento de benefício por incapacidade, entre períodos de atividade;
- c) o de benefício por incapacidade decorrente de acidente de trabalho, intercalado ou não.

§ 2º. A comprovação da condição de professor far-se-á mediante a apresentação:

- a) do respectivo diploma registrado nos órgãos competentes federais e estaduais;
- b) de qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério, na forma de lei específica;
- c) dos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade, sempre que necessária essa informação, para efeito de caracterização da atividade entre as referidas nos incisos I e II. (g.n.)

Resta claro, portanto, que apresentação de diploma devidamente registrado nos órgãos competentes constitui um dos meios de comprovação da condição de professor, não podendo ser erigido à condição de requisito indispensável ao cômputo de tempo de exercício da atividade de magistério. Nem poderia ser diferente, pois sequer a habilitação é exigível, importando apenas a prova de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino

fundamental e médio. Confirmam-se os precedentes do E. Supremo Tribunal Federal a respeito:

CONSTITUCIONAL. PROFESSOR. APOSENTADORIA ESPECIAL. MOBILIDADE.

I - A Constituição, ao estabelecer o prazo para aposentadoria, nos termos do art. 40, III, *b*, redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, não fazia qualquer referência à habilitação específica como requisito indispensável para seu cômputo.

II - Agravo não provido.

(2ª Turma, Ag Reg no RExt nº 353.460, rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.11.2005, DJ 03.02.2006)

1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim do: “Aposentadoria Especial - Magistério - Cômputo do prazo exercido sem habilitação profissional - Admissibilidade - Inteligência do artigo 40, inciso III da Constituição Federal - Necessidade apenas de efetivo exercício no magistério - Recurso improvido.” (fl. 138) No recurso extraordinário, a recorrente, com base no art. 102, III, *a*, alega ofensa ao disposto no art. 40, III, *b*, da Constituição Federal.

2. Inadmissível o recurso. O acórdão impugnado decidiu em estrita conformidade com a jurisprudência assentada da Corte sobre o tema, como se pode ver à seguinte decisão exemplar: “1. Ao aludir a Constituição, no artigo 40, III, *b*, o professor e a professora, partiu ela da premissa de que quem tem exercício efetivo em função de magistério deve ser professor ou professora, o que, no entanto, não afasta a aplicação desse dispositivo àquele que, como no caso, foi contratado, apesar de não ter habilitação específica, para prestar serviços como professor e os prestou em função de magistério, e isso porque essa aposentadoria especial visa a beneficiar quem exerceu, efetivamente, como professor ou professora (habilitados, ou não) funções de magistério que contem tempo para a aposentadoria no serviço público. Em face do exposto, nego seguimento ao presente agravo.” (AI nº 323.395, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 14.05.01). No mesmo sentido, cf. AI nº 307.445, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 15.06.04; AI nº 251.058, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJ de 03.12.99.

3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC). Publique-se. Int. Brasília, 29 de março de 2005. (RExt nº 295.825/SP, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 29.03.2005, DJ 27/04/2005)

Em suma, a prova da condição de professor não se limita à apresentação de diploma devidamente registrado nos órgãos competentes, podendo ser a ausência desse documento ser suprida por qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério; ou pelos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade.

Ao caso dos autos.

A autora requereu em 22 de setembro de 2006 (fl. 17) a aposentadoria especial decorrente de exercício exclusivo de atividade de magistério e apresentou, para tanto, declaração emitida em 25 de outubro de 2006 pela Prefeitura Municipal de Guarulhos - SP, segundo a qual a requerente foi admitida em 19 de outubro de 1981 e desde então é titular das funções de Professor de Educação Básica I, sob regime “celetista”, com contribuição previdenciária recolhida ao INSS (fl. 26).

O Instituto Autárquico solicitou à autora a apresentação do certificado de conclusão do magistério (fl. 44), exigência cumprida à fl. 49. Na oportunidade, trouxe cópia da CTPS (fl. 48) e requereu a reafirmação da DER para a data em que completou 25 anos de exercício exclusivo de atividade de professora (fl. 45).

Ao final, consoante fls. 50/58, o pleito administrativo foi indeferido, porquanto não computado o tempo de serviço anterior à data do registro do diploma de certificação apresentado (19/08/1982).

Equivoca-se a Autarquia Previdenciária, porém.

Conforme já anotado, o diploma de habilitação devidamente registrado não é requisito de concessão da aposentadoria especial conferido aos professores. Sequer a habilitação específica o é. Cuida-se somente de uma das formas disciplinadas de comprovação do exercício do magistério, que, reitera-se, pode ser suprida por qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério; ou pelos registros em Carteira Profissional - CP e/ou Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS complementados, quando for o caso, por declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade.

A autora trouxe aos autos declaração emitida pela Prefeitura empregadora (fl. 26) e cópia de sua CTPS (fl. 48), documentos dos quais se depreende que desde 19 de outubro de 1981 ela efetivamente exerce a atividade de professora de educação fundamental. Inexiste, por conseguinte, motivo para recusar o cômputo do lapso verificado antes do registro do diploma de habilitação.

Como se vê, tem direito a postulante ao reconhecimento da atividade de magistério *desde 19 de outubro de 1981 até 18 de outubro de 2006, data para a qual deve ser reafirmada a DER*, totalizando-se 25 anos de tempo de exercício -sendo indevida a aplicação de fator majorante, como assinalado -, pelo que a autora faz jus à aposentadoria especial com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Considera-se como *dies a quo* do benefício o dia 18 de outubro de 2006 (data reafirmada da DER), em atenção ao o art. 54 da Lei nº 8.213/91, que remete ao art. 49 do mesmo diploma legal, o qual, a seu turno, prevê em seu inciso II a fixação na data do requerimento administrativo.

As parcelas em atraso devem ser corrigidas nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas nº 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal.

Esta Turma firmou entendimento no sentido de fixar os juros de mora em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02; após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Em observância ao art. 20, § 3º, do CPC e à Súmula nº 111 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, esta Turma firmou o entendimento no sentido de que a verba honorária deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas devidas até a data da prolação da sentença.

Conquanto a Lei Federal nº 9.289/96 disponha no art. 4º, I, que as Autarquias são isentas do pagamento de custas na Justiça Federal, seu art. 1º, § 1º, delega à legislação estadual normatizar sobre a respectiva cobrança nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual no exercício da competência delegada. Note-se que, em se tratando das demandas aforadas no

Estado de São Paulo, tal isenção encontra respaldo na Lei Estadual nº 11.608/03 (art. 6º).

Contudo, a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul que dispunha sobre a isenção referida (Leis nº 1.135/91 e 1.936/98) fora revogada a partir da edição da Lei nº 3.779/09 (art. 24, §§ 1º e 2º). Dessa forma, é de se atribuir ao INSS os ônus do pagamento das custas processuais nos feitos que tramitam naquela unidade da Federação.

De qualquer sorte, é de se ressaltar que, em observância ao disposto no art. 27 do Código de Processo Civil, o recolhimento somente deve ser exigido ao final da demanda, se sucumbente. A isenção referida não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, *rejeito a matéria preliminar e dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação* para reformar a sentença de primeiro grau, na forma acima fundamentada. *Mantenho a tutela antecipada anteriormente concedida.*

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0010959-64.2007.4.03.0000

(2007.03.00.010959-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 44/51

Interessada: MARIA PIEDADE GARCIA CALDEIRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator originário: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES

Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AI 291729

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO. PENSÃO POR MORTE - FRACTIONAMENTO DO VALOR A SER PAGO ENTRE A CÔNJUGE QUE REQUEREU ADMINISTRATIVAMENTE E A COMPANHEIRA EXEQUENTE.

1 - Correta a conduta da autarquia ao fixar a DIB da pensão para a beneficiária BENEDITA NONATO DE A. CARLOS (ex-cônjuge), na data do óbito, tendo em vista que o evento morte ocorreu antes da alteração promovida pela Lei 9.528/97, não cabendo, nos autos, a discussão sobre o acerto ou não da concessão do referido benefício à ex-cônjuge do falecido.

2 - Diante da concessão administrativa a outro habilitado, tanto o benefício concedido à ex-esposa, como o deferido à exequente (MARIA PIEDADE G. CALDEIRA) devem ser rateados, desde a data do óbito, respeitada a prescrição quinquenal, e não somente a partir do requerimento administrativo formulado pela ex-cônjuge, em 04/05/2004.

3 - Determinada a produção de novos cálculos, devendo ser pagas as parcelas deduzidas de metade do valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005.

4 - Agravo legal provido.

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 dar provimento ao agravo legal (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator):

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão monocrática de fls. 44/51, que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Razões recursais às fls. 54/56, oportunidade em que o agravante sustenta que a pensão por morte deve ser rateada igualmente entre as duas beneficiárias desde 04.05.1999.

É o relatório.

Em mesa.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face da r. decisão que, em execução de ação previdenciária proposta por MARIA PIEDADE GARCIA CALDEIRA, rejeitou a alegação de erro material na conta homologada, em razão dos pagamentos administrativos efetuados a outra beneficiária da pensão por morte, do mesmo falecido instituidor.

Em suas razões recursais, sustenta o agravante erro material na memória homologada, ressaltando que a exequente omitiu-se quanto à existência de outra beneficiária da pensão deixada pelo *de cujus*, que já vinha recebendo as prestações mensais correspondentes, de modo que o valor da execução deveria ser reduzido de R\$ 83.375,21 para R\$ 41.725,11, devido ao rateio entre as duas dependentes.

Inicialmente, vale ressaltar que a agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, no processo de conhecimento, teve seu pedido julgado procedente, sendo-lhe concedida a pensão por morte decorrente do falecimento de José Carlos, desde 01 de janeiro de 1997, data de cessação do benefício de auxílio-doença a ele concedido anteriormente, conforme petição de fls. 11/12 e informes do DATAPREV de fl. 26.

De acordo com os argumentos narrados na inicial do agravo e, ainda, na decisão recorrida, durante o curso da ação principal, a ex-esposa do falecido, Benedita Nonato de A. Carlos, após 30 anos afastada da convivência conjugal, veio a requerer administrativamente o mesmo benefício pleiteado pela agravada, sendo-lhe concedida a pensão, retroativa a 5 anos, compreendendo valores atrasados entre 04 de maio de 1999 e 30 de abril de 2004 (fls. 02/09).

Malgrado a instrução deficiente do recurso, dá-se a inferir que a agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, constituiu vida em comum com José Carlos após cessar a convivência que este mantinha com Benedita Nonato de A. Carlos.

Desse modo, importa aos autos o fato de ambas as beneficiárias terem sido reconhecidas como dependentes previdenciárias de José Carlos, nos moldes do art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, para efeito de desdobramento da pensão por morte, mas não o direito de uma ou de outra ao benefício, em si, porque daí já se arriscaria à matéria estranha à lide, cuja controvérsia reside unicamente no *quantum debeatur* da execução.

O douto Juízo de origem acolheu a memória de cálculo apresentada pelo INSS, no valor de R\$ 83.375,21, com a qual anuiu a autora, para julgar extinto o processo, nos termos do art. 269, III, do Código de Processo Civil, prosseguindo-se a execução no montante indicado.

Após, a Autarquia Previdenciária, a pretexto de suscitar erro material, alega que a

exequente omitiu informações sobre a existência da outra beneficiária, ao apurar o crédito devido em razão dos valores atrasados (R\$ 83.375,21), sendo que, deste montante, haveria de se deduzir metade do valor recebido administrativamente por Benedita Nonato, resultando a quantia de R\$ 41.725,11.

A teor do disposto no art. 74 da Lei nº 8.213/91, a pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do falecido, aposentado ou trabalhador em atividade, exigindo-se, para este, a qualidade de segurado quando do óbito, mas dispensada a carência em ambos os casos, por força do art. 26, I, da mesma norma.

Segundo o art. 16 e incisos, em ordem de precedência, na qual o direito à prestação de uma das categorias exclui as seguintes, sucessivamente (§ 1º), são beneficiários da pensão, na primeira, o cônjuge, os companheiros, o filho inválido ou o não-emancipado menor de 21 anos e o equiparado a filho (enteado, menor sob guarda judicial ou sob tutela), na segunda, os pais; e na terceira, o irmão inválido ou o não-emancipado menor de 21 anos; todos os membros existentes no mesmo grau concorrendo em igualdade de condições.

Mais adiante, o art. 77 da Lei nº 8.213/91 dispõe que “A pensão por morte, havendo mais de uma pensionista, será rateada entre todos em parte iguais”.

Significa dizer que a renda mensal da pensão, consistente em 100% do valor da aposentadoria auferida pelo segurado da que deveria receber, será dividida em cotas iguais entre os dependentes de uma mesma categoria, de vez que estão a concorrer em igualdades de condições.

De acordo como o art. 76, “A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da inscrição ou habilitação”.

Ainda sobre a pertinência do dispositivo logo acima, consoante o seu parágrafo 1º, “O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova da dependência econômica”.

Confira-se a jurisprudência deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE. NULIDADE DO ATO CONCESSIVO DE BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA. CÔNJUGE E COMPANHEIRA. RATEIO DO BENEFÍCIO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos é de legalidade.

II - Resta caracterizada a condição de dependente da companheira que comprova em sede de justificação administrativa, realizada nos termos do regulamento vigente à época da prática dos atos procedimentais, a condição de dependente, nos termos do comando inserto no § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91, por se tratar de dependente arrolada no inciso I do mesmo dispositivo.

III - Não há qualquer impedimento legal no rateio da pensão por morte entre a cônjuge e a companheira, em consonância com o comando da Súmula 159, do extinto TFR, que consolidou o entendimento de ser legítima a divisão de pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Preliminar rejeitada. Apelo da autora improvido.

(9ª Turma, AC nº 1999.61.00.051783-2, Rel. Des. Fed. Santos Neves, j. 06/08/2007, DJU 30/08/2007, p. 737)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EX-ESPOSA E COMPANHEIRA. RATEIO.

1- O artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, garante, ao ex-cônjuge, igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta lei, desde que receba alimentos; caso contrário, a presunção legal de dependência econômica deixa de existir, sendo necessária a sua comprovação.

2- A Autora, no caso, comprovou que recebe alimentos (fls. 08), sendo inquestionável seu direito.

3- União estável comprovada por início de prova material corroborada por prova testemunhal.

4- A companheira é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91.

5- A dependência do artigo 16, inciso I e § 4º da Lei nº 8.213/91 somente é descaracterizada por prova em contrário, da qual não se desincumbiu a parte Autora.

6- Havendo mais de uma pensionista, ambas consideradas como dependentes de primeira classe do segurado, a pensão será rateada entre elas em partes iguais, nos termos do artigo 77 da Lei nº 8.213/91.

7- Irretocável a decisão administrativa, sendo incabível o pedido da autora quanto ao recebimento da integralidade da pensão.

8- Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.

(10ª Turma, AC nº 2002.03.99.011720-6, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 15/05/2007, DJU 06/06/2007, p. 522)

Quanto ao termo inicial do benefício, a legislação previdenciária trouxe três hipóteses distintas, ora fixando-o na data do óbito, quando requerida dentro dos trinta dias subseqüentes, ora na data do requerimento administrativo, em se tratando de pensão postulada após esse prazo, ou na data da decisão judicial, no caso de morte presumida, consoante o art. 74, I, II e III, respectivamente.

Não tem outra interpretação o C. Superior Tribunal de Justiça, a repisar que “Na vigência do artigo 74 da Lei 8.213/91, com redação conferida pela Lei 9.528/97, o termo inicial do benefício da pensão por morte deve ser fixado na data do óbito, quando requerida até 30 dias depois deste, ou na data em que ocorreu o requerimento, quando requerida após aquele prazo” (6ª Turma, RESP nº 543737, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23/03/2004, DJU 17/05/2004, p. 300).

No caso dos autos, durante o trâmite da ação ajuizada pela agravada, Maria Piedade Garcia Caldeira, o ex-cônjuge do falecido, Benedita Nonato de A. Carlos, requereu administrativamente a pensão por morte em 04 de maio de 2004 (DER), tendo o INSS concedido-lhe o benefício desde 01 de janeiro de 1997 (DIB), data do falecimento de José Carlos, porém compreendidas as parcelas atrasadas relativas aos cinco anos que antecederam o pedido naquela esfera, vale dizer, de *04 de maio de 1999 a 30 de abril de 2004*, consoante registros do CNIS de fls. 27/30.

Já no feito principal, a recorrida, na qualidade de companheira, logrou obter judicialmente o mesmo benefício, também *retroativo a 01 de janeiro de 1997*, não se incidindo a prescrição quinquenal sobre as prestações devidas porque proposta a demanda no prazo legal (citação em maio de 1997; fls. 11 e 18).

Assim, nos termos do art. 77 da LBPS, o rateio do benefício entre as duas beneficiárias, em cotas iguais, dar-se-ia a partir do *dies a quo* da parcela devida ao ex-cônjuge do falecido, que requereu a pensão por último, não obstante lhe tenha sido concedida antes de a companheira, ora agravada, tê-lo obtido judicialmente.

De logo, constata-se o desacerto do termo inicial fixado pela Autarquia, ao atender o pedido administrativo efetuado por Benedita Nonato de A. Carlos, ao passo que, tendo ela pleiteado a pensão por morte muito após o prazo de 30 dias contados do óbito, ocorrido em 1997, a mesma seria devida somente desde a data do requerimento - 04 de maio de 2004 -, portanto sem efeitos retroativos.

Dessa irregularidade o INSS não se pode valer a fim de prejudicar o direito da recorrida, ainda que a pretexto do risco de pagamento em duplicidade, uma vez que, a resguardar o erário, a legislação previdenciária confere ao Ente autárquico a prerrogativa de reaver quantias repassadas indevidamente, nos exatos termos do art. 115, II e § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Daí se conclui que o *desconto dos valores pagos ao ex-cônjuge* (Benedita Nonato A. Carlos) *sobre o montante devido à companheira* (Maria Piedade Garcia Caldeira), em razão do rateio legal, *deve incidir pela metade, a partir do requerimento administrativo (04 de maio de 2004)*. E porque questão estranha à lide, o ressarcimento das parcelas pagas antes disso constitui objeto a ser discutido na via adequada, limitada a relação jurídica entre o INSS e a primeira pensionista.

Pelo mesmo motivo, como dito antes, não é dado a este Tribunal pronunciar-se acerca do direito da pensão concedida a Benedita Nonato, dada a discricionariedade do ato administrativo que a deferiu, de cuja presunção de legalidade, até o presente momento, não se impugnou litigiosamente em ação própria.

Tornando ao mérito recursal, entendo que a inclusão ou não de parcelas indevidas na memória de execução, que refugam aos critérios disciplinados na sentença e acórdão, bem se insere no contexto do erro material.

O julgados a seguir transcritos ilustram igual orientação:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ERRO MATERIAL. ALEGADA OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA.

1. O erro material que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.

2. Ademais, tanto o Juízo de primeiro grau de jurisdição quanto o Tribunal de origem foram categóricos em afirmar que os índices que a parte pretende incluir no cálculo da execução complementar já foram concedidos, sendo certo que qualquer conclusão em sentido contrário envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 1ª Turma, AGRESP nº 650209, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19/09/2006, DJU 05/10/2006, p. 240)

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO 535 DO CPC - NÃO CONFIGURADA - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA FAZENDA PÚBLICA - COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - PRECLUSÃO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido resolve satisfatoriamente a ques-

tão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.

2. Conforme assentado na jurisprudência pátria, o erro de cálculo que nunca transita em julgado é o erro aritmético que, por omissão ou equívoco, inclui no cálculo parcelas indevidas ou exclui parcelas devidas, não havendo que se falar em erro ou inexatidão material se a questão diz respeito ao critério adotado para estimar determinadas verbas.

3. Questão relativa à compensação de honorários sucumbenciais devidos em razão da procedência dos embargos à execução que não foi oportunamente manifestada pela recorrente, operando-se a preclusão lógica.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(STJ, 2ª Turma, RESP nº 691938, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/09/2005, DJU 10/10/2005, p. 323)

E na esteira do entendimento perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “O erro material a ensejar o conserto da sentença a qualquer tempo é a falha perceptível *prima oculi*, o erro aritmético, a exclusão de parcelas devidas ou a inclusão de indevidas por engano, e não os critérios de cálculo e os seus elementos que ficam cobertos pelas *res judicata*. Precedentes do STF e do STJ” (RESP nº 357376, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/02/2002, DJU 18/03/2002, p. 293, RSTJ Vol. 000159, p. 576).

Dessa forma, constatado o erro material na conta de execução dos autos principais, a qual deixou de descontar metade do valor das prestações pagas ao ex-cônjuge do falecido, a título de pensão por morte desdobrada, desde o requerimento administrativo, de rigor a elaboração de novo cálculo, incluindo-se as parcelas correspondentes.

É de se ressaltar que dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

De seu lado, o denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, “Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder” (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

No caso dos autos, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

A exequente Maria Piedade Garcia é beneficiária de pensão em decorrência da morte de José Carlos, desde 1º.01.1997, por força da decisão judicial proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Comarca de Araraquara/SP, nos autos nº 0004130-79.2003.4.03.6120.

Conquanto a referida decisão tenha transitado em julgado para o INSS aos 20.11.2002, conforme consulta ao Sistema de Acompanhamento Processual - SIAPRO, o mesmo não cuidou de implantar, desde logo, o benefício em questão, o que não impede que aqui se tenha por incontroversa a sua condição de dependente a partir de então.

Ocorre que, na via administrativa, a ex-esposa do mesmo extinto segurado, Sra. Benedita Nonato A. Carlos, habilitou-se e passou a concorrer ao desdobramento da mesma pensão por morte, nos termos da decisão ali obtida, a qual fez retroagir o termo *a quo* a 04 de maio de 1999, considerados a prescrição quinquenal e a data do pedido, em 30 de abril de 2004.

A decisão agravada, após reconhecer a existência de erro material na conta homologada, considerando a inclusão de parcelas indevidas, determinou que o rateio se desse somente a partir da data do requerimento formulado pela segunda pensionista, tendo por fundamento a nova redação trazida pela Lei nº 9.528/97 ao art. 74 da Lei de Benefícios.

Para o agravante, o direito à percepção da quota parte devida a ambas as habilitadas, exsurge a partir da data do óbito, respeitando-se, em relação à segunda, o lapso prescricional anterior aos 5 anos que antecederam o pedido na via administrativa, tendo em vista a regra disposta no inciso I do art. 74 da Lei nº 8.213/91, com a redação vigente ao tempo do fato gerador.

Aqui não compete a análise do termo inicial do pagamento de benefício concedido a terceira pessoa, a qual não participa da lide. Por outro lado, a defesa da posição que adotou a Autarquia Previdenciária na análise do benefício concedido à Sra. Benedita Nonato, ainda que lhe importe no pagamento em duplicidade, não pode prejudicar os interesses da exequente, na medida em que assegurados pela mesma norma previdenciária. Daí porque se justifica estabelecer o termo exato a partir de quando o rateio haverá de começar.

Em geral, nas hipóteses nas quais o óbito tenha ocorrido em data anterior à edição da Lei nº 9.528/97, o termo inicial há de ser concomitante com o evento morte, ainda que decorrido longo prazo para o seu requerimento, pois não havia, como na redação atual, o lapso temporal fixado no inciso I do art. 74 da LB.

Ocorre que, conforme já esclarecido, a segunda habilitação só ocorreu em 30 de abril de 2004. Portanto, somente a partir de então os efeitos financeiros sobre o *quantum* devido à exequente devem sofrer os reflexos decorrentes da quota parte devida à nova habilitada como beneficiária da pensão, fazendo cumprir a norma vazada no art. 76 da Lei 8.213/91, vigente à época do óbito do segurado, *in verbis*:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

Assim, a exequente recebe por inteiro o valor devido desde a data do óbito (em 1º.01.1997) até a data da inscrição ou habilitação da segunda pensionista, em 30.04.2004, a partir de quando há que se efetuar o rateio, em cumprimento ao dispositivo legal supra mencionado.

Considerada a fundamentação acima esposada, tenho que a questão relacionada aos limites do erro material constante na conta de liquidação foi corretamente decidida pela decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, na forma acima.

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS:

Trata-se de agravo legal em sede de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão proferida em fase de execução e na qual foi rejeitada a alegação de erro material na conta homologada.

Sustenta o INSS erro material, diante da omissão da existência de outra beneficiária da pensão, a qual já vinha recebendo as prestações mensais correspondentes, de modo que o valor da execução deveria ser reduzido para a metade, em razão do rateio entre as duas dependentes.

O Relator, na decisão monocrática de fls. 44/51, deu parcial provimento ao agravo de instrumento para anular a conta de execução e determinar a elaboração de novo cálculo, descontando-se metade dos valores de cada prestação mensal paga à ex-esposa do falecido, BENEDITA NONATO A. CARLOS, a partir de 04 de maio de 2004, atualizadas monetariamente, decisão que é objeto do recurso em julgamento.

Na sessão de 03/09/2012, o Exmo. Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves apresentou voto negando provimento ao agravo legal, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor exame da questão, aguardando para votar a Exma. Desembargadora Federal Daldice Santana.

Ao analisar os autos, constato que a exequente teve seu pedido de pensão julgado procedente, em razão do falecimento de JOSÉ CARLOS - seu companheiro, desde o óbito (01/01/1997), o qual estava em gozo de auxílio-doença previdenciário (NB 31/103.951.507-7, com DIB em 30/08/1996).

Consta ainda que, no curso da ação principal - movida pela companheira, a ex-cônjuge do falecido, BENEDITA NONATO DE A. CARLOS, após 30 anos de separação de fato, requereu administrativamente o mesmo benefício (DER - 04/05/04), sendo-lhe deferida a pensão por morte também a partir do óbito, observada a prescrição quinquenal, o que gerou o direito ao recebimento de valores atrasados no período de 04 de maio de 1999 a 30 de abril de 2004.

Assim, o Relator entendeu que o valor da pensão por morte a ser pago à exequente deveria sofrer a redução reflexa daquilo que foi pago à ex-cônjuge do segurado instituidor do benefício, entendimento partilhado pela autarquia eis que ao consultar o sistema Plenus/Dataprev constata-se que, na ocasião da implantação do benefício à companheira, MARIA PIEDADE G. CALDEIRA, também foi reduzida a RM do benefício pago a BENEDITA NONATO DE A. CARLOS.

Sustenta o Relator que errou duas vezes o INSS, quando concedeu pensão a BENEDITA NONATO DE A. CARLOS e ao pagar as parcelas atrasadas, pois supõe indevida a sua concessão e por entender que após a Lei 9.528/97, o benefício é devido na somente na DER (04/05/2004) e, portanto, a autora MARIA PIEDADE G. CALDEIRA teria parcelas integrais a executar a partir do óbito (01/01/1997) até a data do requerimento administrativo (04/05/2004) e, a partir daí, somente metade do valor lhe seria devido.

Neste ponto, discordo do entendimento esposado pelo i. Relator.

Entendo que esta correta a conduta da autarquia ao fixar a DIB da pensão para a beneficiária BENEDITA NONATO DE A. CARLOS, na data do óbito, tendo em vista que o evento morte ocorreu antes da alteração promovida pela Lei 9.528/97, não cabendo, nesta sede, a discussão sobre o acerto ou não da concessão do referido benefício à ex-cônjuge do falecido.

Assim, diante da concessão administrativa a outro habilitado, tanto o benefício concedido à ex-esposa, como o deferido à exequente devem ser rateados, *desde a data do óbito*, respeitada a prescrição quinquenal, e não somente a partir do requerimento administrativo formulado pela ex-cônjuge, em 04/05/2004.

Entendo que o cálculo deve ser refeito, porém, fixo os padrões da nova conta de execução a ser elaborada em primeiro grau, devendo ser pagas as parcelas deduzidas de metade do valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005.

Com essas considerações, divergindo *data vênia* do entendimento do E. Relator, dou provimento ao agravo legal do INSS para reformar, em parte, a decisão atacada (fls. 44/50) e fixar que todas as parcelas deverão ser pagas à exequente deduzidas de metade de seu valor, desde a data do óbito do segurado, ocorrido em 01/01/1997 até 08/2005, observada a prescrição quinquenal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora para o Acórdão

- Sobre o rateio de pensão por morte entre ex-cônjuge e companheira, veja também o seguinte julgado: REOMS 1999.61.11.001063-0/SP, Relator Desembargador Federal Aricê Amaral, publicada na RTRF3R 48/297.

APELAÇÃO CÍVEL
0012374-97.2007.4.03.6106
(2007.61.06.012374-2)

Apelante: APARECIDA ROSA DOS SANTOS CARRIGE (= ou > de 65 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AC 1451170
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta por APARECIDA ROSA DOS SANTOS CARRIGE em face de sentença proferida pela 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto/SP, que julgou improcedente demanda por meio da qual a autora postulava o restabelecimento do benefício de pensão por morte, cessado em 10.09.88. Honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observado o disposto nos artigos 11, § 2º, e 12, ambos da Lei 1.060/50.

Alega a apelante, em síntese, a ilegalidade do ato que cassou a pensão por morte por ela percebida após a celebração de seu segundo matrimônio, não só por conta de sua precária situação econômica, mas também pela incidência da legislação superveniente (Lei 8.213/91).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, observo que o benefício da pensão por morte decorrente do falecimento do primeiro marido da autora foi cessado em virtude do novo matrimônio, celebrado em 10.09.88 (fls. 15), aplicando-se o art. 50, inciso II, do Decreto 89.312/84, a seguir transcrito:

Art. 50. A cota da pensão se extingue:

(...)

II - para o pensionista do sexo feminino, pelo casamento;

Nesse diapasão, destaco que, para efeito de restabelecimento de pensão por morte, deve ser aplicada a lei vigente na data de sua cessação (na hipótese, a celebração do segundo casamento), sendo vedada a aplicação de lei superveniente, em homenagem ao princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, precedente desta Corte, abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - RESTABELECIMENTO - ÓBITO OCORRIDO EM 1980 - SEGUNDAS NÚPCIAS EM 1981 - ART. 18, VIII, *a*, DO DECRETO 83.080/79 - PERDA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO POSTERIOR. I. A pensão foi concedida na vigência do Decreto 83.080/1979, quando a autora

tinha a qualidade de dependente. Casou-se em 13.06.1981, e, com isso, perdeu a qualidade de dependente, na forma do disposto no art. 18, VIII, “a”, do mesmo Decreto: II. Perda da qualidade de dependente, a superveniência de legislação em 1991 que permite o recebimento da pensão por morte do segurado falecido pelo cônjuge que venha a se casar novamente não alcança, no caso, a autora. Isso porque, a relação jurídica entre a autora e o INSS estava extinta desde 13.06.1981, quando se casou novamente. Para que se beneficiasse da nova legislação, esta deveria trazer expressa a previsão de inclusão no rol de dependentes de pessoas já excluídas na vigência da legislação anterior. III. Remessa oficial e apelação providas.

(AC 00206676120004039999, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, DJU DATA: 10/08/2005 FONTE REPUBLICACAO)

A despeito da aplicação do Decreto 89.312/84 na hipótese, a jurisprudência mitigou o teor dessa norma para permitir a fruição do benefício mesmo após a celebração de novo casamento, desde que subsista a dependência econômica em relação ao cônjuge falecido, conforme Súmula 170 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*:

Súmula 170. Não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício.

Entretanto, a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia em comprovar que o novo casamento não lhe proporcionou melhorias em seu nível socioeconômico, de maneira a amparar o restabelecimento da pensão por morte ora pretendida.

Ao revés, o INSS apurou que a recorrente manteve sua subsistência por meio de atividade laborativa (fls. 99/100) que, acrescida dos proventos de seu cônjuge (fls. 80/81), aumentou seu padrão de vida logo após a celebração de seu segundo matrimônio, de maneira a tornar desnecessária a manutenção do benefício em comento.

Logo, sem comprovação da situação de dependência econômica, que também resta afastada em face da percepção de aposentadoria por invalidez (fls. 106), não há lugar para o restabelecimento da pensão por morte que, sendo de rigor a manutenção da sentença recorrida que julgou improcedente o pedido.

Assim se posiciona a jurisprudência desta Corte, conforme ementas a seguir transcritas:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - ÓBITO EM 1978 - RESTABELECIMENTO - CÔNJUGE - NOVO CASAMENTO - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA. A legislação aplicada na concessão do benefício pensão por morte é aquela vigente na época do evento morte. Assim, a fruição da pensão por morte, em análise, tem como pressupostos a implementação de todos os requisitos previstos na legislação previdenciária para a concessão do benefício, quais sejam, a existência de um vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição previdenciária, a dependência econômica entre a pessoa beneficiária e o segurado e a morte do segurado. Estando o evento do casamento elencado no rol das situações a ensejar a extinção do benefício de pensão por morte, consoante o artigo 39 da Lei nº 3.807/60, legislação aplicável no tempo do óbito, agiu corretamente a Autarquia Previdenciária ao suspender o pagamento do referido benefício e, posteriormente, encerrá-lo, quando se casou pela segunda vez a viúva beneficiária. E não obstante ser admitida a manutenção do benefício na hipótese do novo matrimônio não resultar melhora na situação financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício, consoante dispunha a Súmula nº 170 do extinto Tribunal Federal de Recursos, observo que não há prova de que a autora continuou a depender do benefício de pensão por morte. Apelação da parte autora improvida.

(AC 00356148620014039999, DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/03/2010 PÁGINA: 531 FONTE REPUBLICACAO)

PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO LEGAL - RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE - NOVO CASAMENTO. 1. A causa posta foi examinada à luz da legislação de regência, com a análise fundamentada de todo conjunto probatório trazido aos autos. 2. Não se desincumbiu a autora do ônus de demonstrar que o novo casamento não representou alteração em seu nível sócio-econômico, de modo a legitimar a restauração do benefício da pensão por morte. 3. Agravo legal desprovido.

(AC 00305639420014039999, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2010 PÁGINA: 924 FONTE REPUBLICACAO)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO FALECIDO. ÓBITO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SEGUNDAS NÚPCIAS. AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO PRIMEIRO MARIDO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. I - Para efeito de restabelecimento do benefício de pensão por morte, deve ser considerada a legislação vigente à época do segundo casamento da autora, segundo o princípio do *tempus regit actum*. II - O regime jurídico a ser observado é o regramento traçado pelo inciso II, do artigo 50 do Decreto nº 89.312/84, que dispõe acerca da extinção do direito da mulher ao recebimento do benefício da pensão por morte desde que, conforme entendimento jurisprudencial, do novo casamento decorresse melhoria de sua situação econômica. III - No caso em comento, para que a autora continuasse a perceber a pensão por morte deveria demonstrar que, apesar de ter contraído o segundo matrimônio, ainda continuava dependente financeiramente do primeiro marido. Entretanto, a requerente não produziu qualquer prova material ou testemunhal que comprovasse a relação de dependência em relação ao primeiro cônjuge. Ora, a produção de provas era indispensável para aferir a questão relativa à situação econômico-financeira da viúva, haja vista que o fato da autora ter se casado novamente não lhe excluiu o direito à pensão, se dessas novas núpcias não houve melhoria da sua condição econômica. No entanto, concedido a oportunidade para a especificação de provas pelo juízo sentenciante, a requerente limitou-se a requerer o julgamento do feito, quedando-se inerte quanto a comprovação de sua dependência econômica. IV - Não há condenação da demandante aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Apelação da autora desprovida.

(AC 00161604720064039999, JUIZ CONVOCADO DAVID DINIZ, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJU DATA: 05/03/2008 PÁGINA: 733 FONTE REPUBLICACAO)

Posto isso, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO à apelação.

Publique-se. Intimem-se

Após ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

- Sobre a cumulação de pensão por morte com aposentadoria por invalidez, veja também o seguinte julgado: AC 2001.03.99.042087-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 66/246.
- Sobre o restabelecimento de pensão por morte extinta em razão de novo casamento da viúva, veja também os seguintes julgados: AC 89.03.030362-8/SP, Relator Juiz José Kallás, publicada na RTRF3R 8/71 e AC 95.03.066590-6/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 39/214.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0001593-63.2009.4.03.6003

(2009.60.03.001593-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 170/173

Apelante: DALVA ABONIZIO DOS SANTOS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 1509014

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADA.

I - Entre o termo final do último vínculo empregatício do falecido (01.11.2004) e a data do óbito (25.11.2006) transcorreram 24 (vinte e quatro) meses, o que implicaria, em tese, a perda da qualidade de segurado. Todavia, o compulsar dos autos revela que o falecido sofria de etilismo crônico, haja vista a informação constante da ficha de atendimento médico (21.11.2006; fl. 40), no sentido de que o *de cujus* era “... paciente alcoólatra ...”.

II - É possível inferir que o falecido encontrava-se em situação de desemprego no período imediatamente anterior ao óbito, pois neste momento já estaria configurado o etilismo crônico, de forma a lhe retirar a necessária sobriedade para arrumar uma colocação no mercado de trabalho.

III - O “... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social”, constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de “graça” prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

IV - Configurada a situação de desemprego, este manteve sua qualidade de segurado até a data do óbito, considerando os 24 (vinte e quatro) meses do período de “graça” previsto no art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

V - Agravo do INSS desprovido (art. 557, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interposto pelo INSS, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, em face de decisão de fls. 170/173, que deu provimento à apelação da parte autora, para julgar procedente o pedido, condenando o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, no valor a ser apurado segundo o critério inserto no art. 75 da Lei nº 8.213/91, a contar da data da citação.

Objetiva o réu, ora agravante, a reconsideração de tal decisão ou o provimento do presente agravo, alegando que o *de cujus* houvera perdido a qualidade de segurado, uma vez que quando do óbito, já havia sido ultrapassado o prazo de 12 (doze) meses desde o último vínculo empregatício; que a parte autora não demonstrou, através de prova documental, que o falecido havia procedido ao registro da situação de desemprego em órgão próprio do Ministério do Trabalho; que a ausência de anotação em CTPS não substitui tal registro.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): A matéria de fundo veiculada pelo presente agravo cinge-se na questão acerca da qualidade de segurado do falecido, notadamente quanto à prorrogação do período de “graça” em razão do reconhecimento da situação de desemprego, nos termos do art. 15, § 2º da Lei nº 8.213/91.

Relembre-se que entre o termo final do último vínculo empregatício do falecido (01.11.2004; fl. 101) e a data do óbito (25.11.2006) transcorreram 24 (vinte e quatro) meses, o que implicaria, em tese, a perda da qualidade de segurado. Todavia, o compulsar dos autos revela que o falecido sofria de etilismo crônico, haja vista a informação constante da ficha de atendimento médico (21.11.2006; fl. 40), no sentido de que o *de cujus* era “... paciente alcoólatra ...”.

Dada a situação acima descrita, é possível inferir que o falecido encontrava-se em situação de desemprego no período imediatamente anterior ao óbito, pois neste momento já estaria configurado o etilismo crônico, de forma a lhe retirar a necessária sobriedade para arrumar uma colocação no mercado de trabalho.

Importante esclarecer que o “... registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social”, constante da redação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, constitui prova absoluta da situação de desemprego, o que não impede que tal fato seja comprovado por outros meios de prova, como fez a r. decisão agravada. Na verdade, a extensão do período de “graça” prevista no aludido preceito tem por escopo resguardar os direitos previdenciários do trabalhador atingido pelo desemprego, de modo que não me parece razoável cerceá-lo na busca desses direitos por meio de séria limitação probatória.

Em síntese, configurada a situação de desemprego, este manteve sua qualidade de segurado até a data do óbito, considerando os 24 (vinte e quatro) meses do período de “graça” previsto no art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pelo INSS*, na forma do art. 557, § 1º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

- Sobre a comprovação da condição de desempregado para fins de prorrogação do período de graça, veja também o seguinte julgado: EDcl AC 0046248-29.2010.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicados na RTRF3R 112/228.

APELAÇÃO CÍVEL
0000290-85.2011.4.03.6183
(2011.61.83.000290-9)

Apelante: JOAO ALBERTO MAGRINI
 Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
 Classe do Processo: AC 1808852
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. “DESAPOSENTAÇÃO”. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELAS EGRÉGIAS SÉTIMA TURMA E TERCEIRA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. NECESSIDADE DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO E DA PACIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS, COM A ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO AFIRMADO NESTA CORTE REGIONAL, A DESPEITO DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DO BENEFICIÁRIO DESPROVIDO.

- As Egrégias Sétima Turma e Terceira Seção deste C. Tribunal Regional Federal - 3ª Região assentaram entendimento no sentido de que: “o cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigo 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, ao fundamento de que as contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”. (*Precedentes: TRF-3ª Região - EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1545547, Processo 0017678-69.2009.4.03.6183, Terceira Seção, rel. Des. Federal Nelson Bernardes, m.v., julg.:24.05.2012, e-DJF3-Judicial de 11.06.2012; TRF-3ª Região - AC - APELAÇÃO CÍVEL - ptocesso 1729146 - 0011492-23.2012.4.03.9999 - Sétima Turma - Rel. Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, julg.: 04.06.2012, e-DJF3-Judicial de 15.06.2012*).

- Necessidade da unificação do Direito e da pacificação dos litígios, com a adoção do entendimento afirmado nesta Corte Regional, a despeito do entendimento pessoal do relator.

- Decisão agravada mantida.

- Agravado do particular desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao

recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Trata-se de agravo legal, previsto pelo art. 557, § 1º, do CPC, interposto pela parte autora contra a r. decisão monocrática proferida nos autos da ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em que pleiteia a desaposentação, com vistas à obtenção de benefício mais vantajoso, cujo conteúdo não reconheceu seu direito.

A agravante sustenta, em apertada síntese, o cabimento da desaposentação sem a necessidade de devolução do que foi recebido a título do benefício ao qual pretende renunciar, pelo que requer seja reformada a r. decisão recorrida, com a consequente procedência de seu pedido.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): De início, deixo anotado que este julgado está em consonância com o art. 97 da Constituição Federal e com a Súmula Vinculante nº 10, do E. STF, uma vez que não há declaração expressa ou implícita de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nem negativa da incidência desses atos normativos (no todo ou em parte), inexistindo declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto. Este pronunciamento se assenta em interpretações realizadas mediante o reconhecimento da plena constitucionalidade das normas que regem a matéria, aliás, seguindo entendimento semelhante esposado em vários julgados deste E. Tribunal Regional Federal.

Superadas estas questões processuais, assevero não ser o caso de se falar em decadência ou em prescrição em decorrência de o tempo a que se pretende considerar para a “desaposentação” ser recente. Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/1991 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a concessão de novo benefício com o cancelamento de benefício anterior, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda mensal do benefício anterior. Já no que tange à prescrição, é de observar-se que, em relações jurídicas de natureza continuativa, o fundo do direito não é atingido, mas tão-somente as prestações compreendidas no quinquênio anterior à propositura da ação, tal como prevê a Súmula 85 do STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure com devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”. Considerando que a desaposentação somente pode ser conferida para efeitos futuros, não há que se cogitar em prescrição.

No que concerne ao tema de mérito, propriamente dito, em meu entendimento pessoal, as pretensões deduzidas pela parte-autora têm parcial fundamento. Com amparo no princípio da isonomia que serve de vetor para a compreensão da legislação ordinária que rege a matéria, parece-me claro o direito de a parte-autora ver reconhecido o direito à “desaposentação” com cessação de benefício anterior e imediata implantação de novo benefício (considerando o tempo e as contribuições tanto anteriores quanto posteriores à concessão da aposentadoria a qual se renuncia), contudo, mediante a devolução do que recebeu até a nova implantação.

Para esclarecer meu posicionamento particular, tomo como referência a situação do “Trabalhador A” que, mesmo tendo a possibilidade de pedir administrativamente a aposentadoria proporcional, preferiu continuar seu labor e suas contribuições previdenciárias para ter direito à aposentadoria integral. Nesse caso, mediante um número de meses trabalhados e certa quantidade de contribuições vertidas ao sistema de Seguridade (observados ainda outros requisitos previstos na legislação de regência), esse Trabalhador A fez jus à aposentadoria integral.

Por sua vez, o “Trabalhador B” fez opção diversa, na medida em que exerceu direito à aposentadoria proporcional e passou a receber benefício do sistema de Seguridade. Concomitantemente aos meses em que recebeu sua aposentadoria proporcional, esse mesmo Trabalhador B continuou seu labor e, suas novas remunerações ficaram obrigatoriamente sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias, de modo que, após determinado lapso de tempo, esse trabalhador apresentou número de meses e de contribuições suficientes para sua aposentadoria integral (obviamente, considerando o tempo e as contribuições anteriores e posteriores à concessão da aposentadoria que até então recebe).

Considerando que o tema posto nos autos envolve aposentadoria por tempo de serviço, acredito que o tratamento isonômico deve ter como parâmetro, essencialmente, o tempo trabalhado, a carência, e a condição de segurado, além de outros critérios previstos na legislação que rege a matéria. Ora, tendo em vista que estão em situações equivalentes o Trabalhador A e o Trabalhador B (neste caso, considerado o labor e contribuições posteriores à concessão de benefício proporcional), por certo que a legislação ordinária deve ser interpretada como permissiva ao pleito da denominada “desaposentação”, todavia, mediante devolução do que o Trabalhador B recebeu até a nova implantação (já que o Trabalhador A nada recebeu antes de completar os requisitos para a aposentadoria integral).

Também sob o fundamento da isonomia, em meu entendimento, terá direito à desaposentação o trabalhador que recebia aposentadoria integral mas suas novas contribuições ensejam reflexos no fator previdenciário, no cálculo do benefício (observado o teto) ou em qualquer outra situação que o coloque em injusta situação de desvantagem em comparação àquele que trabalhou o mesmo tempo, contribuiu o mesmo número de meses e tem igual idade. Tivesse o trabalhador obtido direito à aposentadoria integral e pelo valor do teto de benefício, caso voltasse a trabalhar, suas novas remunerações seriam tributadas e devidas ao sistema de seguridade em razão do princípio da solidariedade (já que nada poderia reclamar junto ao INSS), mas não sendo esse o caso, as novas circunstâncias (contribuições, tempo de trabalho, mudança no contexto do fator previdenciário etc.) devem ser consideradas para fins da desaposentação à luz do contido no art. 201 da Constituição, segundo o qual ao § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 deve ser interpretado de modo a não causar desigual tratamento e injusto desequilíbrio na equação ditada pelo sistema de seguridade.

Acredito ainda que o contido no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 (na redação dada pela Lei 9.528/1997) autoriza a “desaposentação”, pois o aposentado pelo Regime Geral de Previdência

Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a esse Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade (exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado), uma vez que se não se trata de nova prestação previdenciária mas sim de cessação de um benefício para a concessão do mesmo benefício recalculado, sempre no mesmo regime e à luz do princípio da isonomia.

Parece-me claro que, tratando-se de interesses disponíveis, o beneficiário pode renunciar às prestações pertinentes à aposentadoria anteriormente concedida dado ao caráter patrimonial dessas verbas. E, considerando circunstâncias supervenientes às quais ficou exposto, não há que se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido como impeditivos à “desaposentação”. A possibilidade da renúncia a benefícios já foi enfrentada pelo E. STJ no AGREsp 497.683/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 04.08.2003.

Convém também observar que a Previdência Social está organizada com base em critérios contributivos e de filiação obrigatória (art. 201, *caput*, da Constituição), no qual se afirma a constitucionalidade do § 3º do art. 11 da Lei 8.213/1991 (na redação dada pelo art. 3º da Lei 9.032/1995), daí porque o aposentado pelo RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por esse regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, vale dizer, compulsoriamente fica sujeito às contribuições previdenciárias previstas na Lei 8.212/1991, já que foi extinto o denominado pecúlio que possibilitava a restituição das contribuições implementadas após a aposentadoria.

Em consonância com meu entendimento, no que concerne à devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria que se pretende renunciar, há duas situações distintas: 1ª) renúncia à aposentadoria para obtenção de nova aposentadoria em regime de previdência distinto do RGPS; 2ª) renúncia de benefício buscando posterior concessão de outro no próprio RGPS. No caso de renúncia visando obtenção de nova aposentadoria em regime distinto do RGPS, a jurisprudência se afirmou pela possibilidade de “desaposentação” sem a devolução dos valores recebidos a título do amparo no regime geral para fins de cômputo do tempo de serviço prestado nesse regime, anterior à aposentadoria, na concessão de benefício previdenciário em regime previdenciário próprio, tendo em vista a edição da Lei 9.796/1999, regulamentada pelo Decreto 3.112/19999 (nesse sentido, no E. STJ, o REsp 692.628/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 05-9-2005). No que tange à “desaposentação” para posterior aposentadoria no próprio RGPS, acredito que a desconstituição da aposentadoria anterior deve se dar com a devolução dos valores percebidos até a concessão da nova aposentadoria (justamente em face da isonomia), mediante desconto mensal sobre o montante da nova aposentadoria a ser paga, observados os seguintes limites, dos dois o menor: 30% do montante do novo benefício, ou o que restou acrescido quando comparados o montante mensal até então pago e o novo benefício apurado. Acredito que essa limitação é providência razoável e coerente com o reconhecimento do direito à “desaposentação” e à natureza alimentar das prestações previdenciárias, sem representar burla ou violação à legislação de regência, muito menos empréstimo sem garantia (mesmo porque, não fosse o reconhecimento do direito à renúncia, o INSS teria de adimplir com as prestações previdenciárias), mas sim medida necessária e imperativa para tornar exequível o próprio reconhecimento do direito à “desaposentação”, sem criar nenhum ônus imediato ao sistema de seguridade ou imposição desproporcional ao beneficiário.

Esse meu entendimento sobre “desaposentação” foi inicialmente acolhido na 7ª Turma desta Corte Federal, como se pode notar na AC nº 1453614, de minha relatoria, j. 06/06/2011, DJF3 CJ1 de 24/06/2011, p. 428. Contudo, não foi essa a posição que restou adotada pela 3ª Seção deste E. TRF, que afirmou o descabimento da “desaposentação”, como se pode notar nos

EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1545547, Processo 0017678-69.2009.4.03.6183, Terceira Seção, Desembargador Federal Nelson Bernardes, m.v., julgamento em 24/05/2012, e-DJF3-Judicial 1 de 11/06/2012:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ADESIVO. INADMISSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 18, § 2º, Lei 8.213/91. ART. 181-B, DECRETO Nº 3.048/99. 1 - Conquanto contemplada, nas hipóteses em que ambos os litigantes são vencidos, a possibilidade de aderência aos embargos infringentes interpostos pela parte contrária (art. 500, II, CPC), o recurso adesivo se sujeita aos mesmos pressupostos de admissibilidade daquele ao qual se prende. 2 - Embora não unânime, o julgado em questão não contempla um voto minoritário no sentido da tese defendida pelo recorrente. Logo, ainda que houvesse sido interposto como recurso principal, a peça de irresignação não ultrapassaria o juízo de admissibilidade, por ausência de interesse na prevalência do posicionamento isolado, elemento essencial que, no caso dos autos, lhe é prejudicial. 3 - A questão não cuida de mera renúncia, mas do aproveitamento do tempo considerado na concessão de um benefício, já implantado e mantido pelo sistema previdenciário, na implantação de um outro economicamente mais viável ao contribuinte, para o que seria necessário somar períodos não existentes ao tempo do ato concessor. 4 - A Lei de Benefícios, conquanto não tenha disposto expressamente acerca da renúncia à aposentadoria, estabeleceu que as contribuições vertidas após o ato de concessão não seriam consideradas em nenhuma hipótese. 5 - A contribuição individual dos segurados que integram a Seguridade Social, conforme decorre do nosso ordenamento jurídico, não se destina somente e a qualquer custo à satisfação dos interesses particulares, especialmente se desprovidos de amparo legal. Nunca é demais lembrar que o financiamento aos benefícios geridos pela Seguridade Social decorre do princípio da solidariedade social estabelecido no art. 195 da CF/88. Dessa forma, toda a sociedade, de forma direta e indireta, contribui para o sistema. 6 - Não há correlação entre parcelas pagas e benefício auferido, dado o já mencionado caráter solidário da seguridade social. 7 - A aposentadoria é um direito patrimonial e, portanto, disponível. Não obstante, as prestações previdenciárias recolhidas após a sua concessão não dão direito a qualquer benefício, exceto ao salário família e à reabilitação profissional, em face do § 2º do art. 18, da Lei 8.213/91, conforme já exposto e, dessa forma, não podem ser consideradas no recálculo da renda em manutenção. 8 - Recurso adesivo não conhecido. Embargos infringentes providos.

Também na Sétima Turma deste E. TRF o entendimento restou posteriormente sedimentado pelo descabimento da “desaposentação”, como se pode notar na AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1729146, Processo 0011492-23.2012.4.03.9999, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, julgamento em 04/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 de 15/06/2012:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA Lei 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA Lei 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. - Embargos de declaração recebidos como agravo, em conformidade com o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que a oposição daqueles ocorreu dentro do prazo legal para a interposição do recurso cabível. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte. - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigo 12, § 4º, da Lei

8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91. - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação. - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida. - Agravo desprovido.

É verdade que o tema da “desaposentação” ainda encontra-se aberto e pendente de solução no E. STF, no qual, no RE 381.367/RS, cujo julgamento foi iniciado em 16.09.2010, o Rel. Min. Marco Aurélio votou pelo cabimento da “desaposentação” e pela interpretação válida do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 (emprestando alcance consentâneo com a Constituição para afastar a duplicidade de benefício, mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita), sobrevivendo pedido de vista do Min. Dias Toffoli. Entretanto, a afirmação da jurisprudência como manifestação do Direito Judicial deve assegurar previsibilidade e segurança dentro das Cortes, motivo pelo qual, curvo-me ao entendimento assentado pela E. Sétima Turma e pela E. Terceira Seção deste C. Tribunal Regional Federal, em favor da unificação do Direito e da pacificação dos litígios.

Feitas estas considerações, entendo que a r. decisão agravada deva ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, *nego provimento ao agravo legal interposto pela parte autora*, para manter, *in totum*, a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre o cômputo do tempo de contribuição laborado após a aposentadoria para fins de revisão da renda mensal inicial do benefício, veja também os seguintes julgados: ApelReex 0003440-19.2004.4.03.9999/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, publicada na RTRF3R 106/99 e AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002845-75.2011.4.03.6183

(2011.61.83.002845-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 121/126

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: MARCELO LEOPOLDO SOARES DA SILVA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1734482

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2013

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. ELETRICIDADE. PERICULOSIDADE COMPROVADA. CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL. LEI 11.960/09. APLICAÇÃO COM RELAÇÃO À CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Decreto 53.831/64, ao dispor sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807/60, considerou perigosa a atividade profissional sujeita ao agente físico “eletricidade”, em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes, tais como eletricitas, cabistas, montadores e outros, expostos à tensão superior a 250 volts (item 1.18 do anexo).
2. A Lei 7.369/85 reconheceu a condição de periculosidade ao trabalhador do setor de energia elétrica, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa.
3. O Decreto 93.412/86 regulamentou-a para assegurar o direito à remuneração adicional ao empregado que permanecesse habitualmente na área de risco e em situação de exposição contínua, ou nela ingressasse de modo intermitente e habitual, onde houvesse equipamentos e instalações, de cujo contato físico ou exposição aos efeitos da eletricidade resultassem incapacitação, invalidez permanente ou morte (Arts. 1º e 2º), exceto o ingresso e permanência eventual, tendo referida norma especificado, ainda, as atividades e áreas de risco correspondentes, na forma de seu anexo.
4. Natureza especial do trabalho sujeito à eletricidade. Precedentes: STJ.
5. No que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09.
6. Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal, contra decisão que não conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento à apelação interposta para reformar a r. sentença, tão só, no que toca aos juros de mora e à base de cálculo dos honorários advocatícios, mantendo o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

Sustenta o agravante, em suma, a impossibilidade do reconhecimento da atividade especial dos períodos de 06.03.97 a 14.10.10, porquanto, a contar de 28.04.95, data do início de vigência da Lei 9.032/95, deixou de ser possível a conversão de tempo de serviço, unicamente em razão da atividade de risco exercida pelo segurado, passando a ser exigida a efetiva exposição a agente agressivo para tanto.

Aduz, ainda, violação aos Arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.032/95.

Requer, por fim, a aplicação dos critérios contidos na Lei 11.960/09, no tocante à correção monetária.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): A decisão agravada (fls. 121/126) foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação da autarquia, em ação de conhecimento ajuizada em 22/03/11, que tem por objeto condenar a autarquia a conceder a aposentadoria especial, mediante o reconhecimento do tempo de serviço trabalhado em condições especiais de 06/03/97 a 14/12/10.

O MM. Juízo “a quo”, em sentença datada de 29/11/11, submetida ao reexame necessário, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o exercício de atividades especiais de 06/03/97 a 14/10/10 e condenando a autarquia a conceder a aposentadoria especial, a partir da DER (14/12/10 - fls. 21), bem como a pagar os valores em atraso com juros de mora e correção monetária, além de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação. Determinou a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 92/95).

Em seu recurso, a autarquia pede que a apelação seja recebida no duplo efeito. No mais, pugna pela reforma integral da decisão recorrida, senão, ao menos, a redução da verba honorária para 5% sobre o valor das parcelas devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ e a reforma no tocante aos juros de mora e correção monetária (fls. 100/110).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Por primeiro, no que pertine ao recebimento do recurso no seu duplo efeito, pacífica a jurisprudência no sentido de que a sentença que defere ou confirma a antecipação de tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, ex vi do Art. 520, VII, do CPC. O efeito suspensivo é excepcional, justificado somente nos casos de irreversibilidade da medida. Tratando-se de benefícios previdenciários ou assistenciais, o perigo de grave lesão existe para o segurado ou necessitado, e não para o ente autárquico, haja vista o caráter alimentar das verbas, imprescindíveis à própria subsistência do ser.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA SENTENÇA. EFEITO DA APELAÇÃO. I - A apelação interposta contra sentença em que deferida a antecipação de tutela deve ser recebida no efeito devolutivo. O art. 520 do Código de Processo Civil deve ser interpretado teleologicamente a fim de que se considere como hipótese de incidência o deferimento de tutela de urgência Precedentes. II - Agravo Regimental improvido.” (AGA 200901233945; AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1217740; Relator(a) SIDNEI BENETI; Sigla do órgão STJ Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJE DATA: 01/07/2010);

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. TUTELA CONCEDIDA NO BOJO DA SENTENÇA. 1. Presente a verossimilhança do direito à concessão do benefício de aposentadoria, uma vez que a sentença proferida reconheceu o período de atividade rural, havendo elementos firmes para tal conclusão, a tutela específica, concedida por ocasião da sentença se legitima. Assim, o efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto não tem cabimento. 2. Ausentes os pressupostos de lesão grave e de difícil reparação, bem como relevante fundamentação a conferir à apelação efeito suspensivo como pleiteado. 3. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, não se pode falar em irreversibilidade da medida antecipatória da tutela, pois ela não esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício ser suspenso a qualquer tempo, se alterada a situação fática que alicerçou a tutela antecipada. 4. Agravo de instrumento desprovido.”

(AG 200703000484044 AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 300589 Relator(a) JUIZ JEDIAEL GALVÃO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador DÉCIMA TURMA Fonte DJF3 DATA: 14/05/2008).

Nos casos de benefício de valor mínimo e ações declaratórias de valor inferior a 60 salários-mínimos não há remessa oficial, nos termos do Art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pelo Art. 1º, da Lei nº 10.352/01, que entrou em vigor em 27 de março de 2002.

Passo ao exame da matéria de fundo.

A questão tratada nestes autos diz respeito ao reconhecimento do tempo trabalhado em condições especiais, objetivando a concessão da aposentadoria especial.

Segundo o Art. 57, da Lei 8.213/91:

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.”

Define-se como atividade especial aquela desempenhada sob certas condições peculiares - insalubridade, penosidade ou periculosidade - que, de alguma forma cause prejuízo à saúde ou integridade física do trabalhador.

Em virtude das várias modificações legislativas, algumas considerações devem ser feitas.

Num primeiro momento, tem-se que “direito à contagem de tempo de serviço” é diverso do “direito a aposentadoria”. Na esfera previdenciária o direito adquirido à fruição de um benefício surge quando implementados todos os requisitos e condições. Até porque não existe direito adquirido à manutenção de um regime jurídico específico. Contudo, a contagem de tempo de serviço deve ser feita pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

Até 05/03/1997, quando foi publicado o Decreto 2.172, que regulamentou a Lei 9.032/95 e a MP 1.523/96 (convertida na Lei 9.528/97), o segurado deveria comprovar o tempo de serviço

laborado em condições especiais, em virtude da exposição de agentes nocivos à saúde e à integridade física dos segurados, mediante o enquadramento da atividade exercida no rol dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e, posteriormente, do Decreto 611/92, e apresentação do formulário SB40, exceto em relação ao ruído e calor, para os quais sempre foi necessário a existência do laudo pericial.

A partir da Lei 9.032/95, passou-se a exigir o formulário SB40, laudo técnico e enquadramento das atividades nos citados decretos e, a partir 05/03/1997, as atividades devem ser enquadradas no Decreto 2.172/97.

Nesse sentido, trago à colação julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. DESNECESSIDADE. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA LEI COMPROVADO MEDIANTE LAUDO ESPECÍFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, consubstanciam instrumento processual apto a sanar omissão, obscuridade ou contradição, e corrigir eventual erro material.

2. Até a edição da Lei 9.032/95 (28/4/95), existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no anexo dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 tão-só pela atividade profissional, quando então passou a ser exigida a sua comprovação por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas até a data da publicação do Decreto 2.172/97. *In casu*, apesar da correta fundamentação, foi reconhecido, pela atividade profissional, o tempo de serviço até 5/3/97, verificando-se, dessa forma, a apontada contradição no voto do recurso especial.

4. A constatação do alegado vício, entretanto, em nada prejudica a conclusão alcançada pelo aresto ora embargado, uma vez que o restante do tempo considerado especial - entre 29/4/95 e 5/3/97 - foi devidamente comprovado mediante formulários emitidos pela empresa, na forma estabelecida pelo INSS.

5. Embargos de declaração acolhidos para suprir a contradição, sem a atribuição de efeitos infringentes.”

(STJ, EDcl no Resp 415.298/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 06/04/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO PERÍODO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEI Nº 9.711/1998. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. LEIS NºS 9.032/1995 E 9.528/1997. OPERADOR DE MÁQUINAS. RUÍDO E CALOR. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese de que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso especial resta afastada, em razão do dispositivo legal apontado como violado.

2. Até o advento da Lei nº 9.032/1995 é possível o reconhecimento do tempo de serviço especial em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador. A partir dessa lei, a comprovação da atividade especial se dá através dos formulários SB-40 e DSS-8030, expedidos pelo INSS e preenchidos pelo empregador, situação modificada com a Lei nº 9.528/1997, que passou a exigir laudo técnico.

3. Contudo, para comprovação da exposição a agentes insalubres (ruído e calor) sempre foi necessário aferição por laudo técnico, o que não se verificou nos presentes autos.

4. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ, AgRg no REsp 877.972/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010).

Resumindo, tem-se que até 28/04/95, basta a comprovação do enquadramento em atividade classificada como especial, conforme rol constante dos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, mediante qualquer meio de prova, exceto ruído e calor, que exigem a apresentação de laudo pericial.

De 29/04/95 a 05/03/97, a comprovação deve ser feita mediante a apresentação de formulários a efetiva exposição de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, arrolados nos Decretos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, salvo ruído e calor que exigem a apresentação do formulário e de laudo pericial. A partir de 05/03/97, a prova da efetiva exposição dos agentes previstos ou não no Decreto 2.172, deve ser realizada por meio de formulário-padrão, fundamentado em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, assinado por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho. Cabe ressaltar ainda que, o Decreto 4.827 de 03/09/03, permitiu a conversão do tempo especial em comum ao serviço laborado em qualquer período, alterando os dispositivos que vedavam tal conversão.

Quanto a agressividade do agente ruído, é importante destacar que o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, revogou os dois outros Decretos anteriormente citados (53.831/64 e 83.080/79), e passou a considerar o nível de ruídos superior 90 decibéis como prejudicial à saúde. Desse modo, conclui-se que, até ser editado o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal Decreto esse nível voltou a ser de 85 dB (Art. 2º, do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99) - (STJ, 6ª Turma, AGRESP 727497, Processo nº 200500299746/ RS, DJ 01/08/2005, p. 603, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Houve, assim, um abrandamento da norma até então vigente, a qual considerava como agente agressivo à saúde a exposição acima de 90 decibéis, razão pela qual é de se considerar o nível de ruídos superior a 85 dB a partir de 05.03.1997.

Ademais, dispõe o Decreto nº 4.827/03 (que deu nova redação ao Art. 70, do Decreto nº 3.048/99):

“Art. 1º, § 2º - As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Nesse sentido: STJ, REsp 1151363/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 05/04/2011.

Por sua vez, o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Nesse sentido: TRF3, AMS 2006.61.26.003803-1, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJF3 04/03/2009, p. 990; APELREE 2009.61.26.009886-5, Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo, 7ª Turma, DJF 29/05/09, p. 391.

“A menção nos laudos técnicos periciais, por si só, do fornecimento de EPI e sua recomendação, não tem o condão de afastar os danos inerentes à ocupação. É que tal exigência só se tornou efetiva em 11 de dezembro de 1998, com a entrada em vigor da Lei nº 9.732, que alterou a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Ademais, é pacífico o entendimento de que a simples referência aos EPI's não elide o enquadramento da ocupação como especial, já que não se garante sua utilização por todo o período abrangido, principalmente levando-se em consideração que o lapso temporal em questões como a presente envolve décadas e a fiscalização, à época, nem sempre demonstrou-se efetiva, não se permitindo concluir que a medida protetória permite eliminar a insalubridade.” (TRF3, AI 2005.03.00.082880-0, 8ª Turma,

Juíza Convocada Márcia Hoffmann, DJF3 CJ1 19/05/2011, p: 1519)

Atualmente, no que tange a comprovação de atividade especial, assim dispõe o § 2º, do Art. 68, do Decreto 3.048/99, *in verbis*:

“Art. 68.

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.” (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)

Assim sendo, a legislação previdenciária não mais exige a apresentação do laudo técnico para fins de comprovação de atividade especial, sendo que embora continue a ser elaborado e emitido por profissional habilitado, qual seja, médico ou engenheiro do trabalho, o laudo permanece em poder da empresa que, com base nos dados ambientais ali contidos, emite o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, que reúne em um só documento tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental, e no qual consta o nome do profissional que efetuou o laudo técnico, sendo que o PPP é assinado pela empresa ou seu preposto.

Na conversão, deve ser efetuado o fator de conversão 1,4 (Decreto 611/92), vigente à época do implemento das condições para a aposentadoria.

A necessidade de comprovação de trabalho “não ocasional nem intermitente, em condições especiais” passou a ser exigida apenas a partir de 29/4/1995, data em que foi publicada a Lei 9.032/95, que alterou a redação do Art. 57, § 3º, da lei 8.213/91, não podendo, portanto, incidir sobre períodos pretéritos. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2000.61.02.010393-2, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, 10ª Turma, DJF3 30/6/2010, p. 798 e APELREE 2003.61.83.004945-0, Relator Desembargador Federal Marianina Galante, 8ª Turma, DJF3 22/9/2010, p. 445.

Tecidas essas considerações gerais a respeito da matéria, passo a análise da documentação do caso em tela.

Assim fazendo, verifico que a parte autora comprovou que exerceu atividade especial no período de 06/03/97 a 14/10/10, laborado na empresa Elektro Eletricidade e Serviços S/A, em condições consideradas especiais, com exposição habitual e permanente ao agente agressivo eletricidade, com tensão superior à 250 volts (item 1.1.8 do Decreto nº 53.831/1964) (fls. 29). Esclareço que filio-me ao entendimento da jurisprudência desta Corte, não é necessário que o laudo pericial seja contemporâneo ao período em que exercia a atividade insalubre, ante a inexistência de previsão legal. Nesse sentido: TRF3, APELREE 2007.61.14.006680-5, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, 10ª Turma, DJF3 20/05/2009, p. 759.

Cumprido esclarecer que o período de 06/11/84 a 05/03/97 já foi reconhecido como trabalho especial na esfera administrativa (fls. 36).

Portanto, é reconhecido como especial o período de 06/03/97 a 14/10/10.

Assim, o tempo de atividade exercido sob condições especiais perfaz 25 anos, 11 meses e 09 dias até a DER (14/12/10 - fls. 21).

Reconhecido o direito à aposentadoria especial, passo a dispor sobre os consectários incidentes sobre as parcelas vencidas e a sucumbência.

Quanto aos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que “o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.”

O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas

de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Desta forma, por força do Art. 31, da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A, da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derogat lex generali*).

Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º, da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, *verbis*:

“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO .

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.

2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.”

(EREsp nº 1.207.197/RS; unânime; Relator Ministro Castro Meira; d.j. 18.05.11)

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

Os valores já pagos na esfera administrativa serão compensados por ocasião da execução do julgado.

O percentual da verba honorária deve ser mantido, porquanto fixado de acordo com o entendimento da Turma. Entretanto, a base de cálculo deve estar em conformidade com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença.

Ante o exposto, e com base no Art.557, caput e § 1º-A, do CPC, não conheço da remessa oficial e dou parcial provimento à apelação interposta para reformar a r. sentença, tão só, no que toca aos juros de mora e à base de cálculo dos honorários advocatícios, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Como se observa, os argumentos trazidos na irresignação da agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada.

O Decreto 53.831/64, ao dispor sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807/60, considerou perigosa a atividade profissional sujeita ao agente físico “eletricidade”, em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes, tais como eletricitas, cabistas, montadores e outros, expostos à tensão superior a 250 volts (item 1.18 do anexo).

De seu lado, a Lei 7.369/85 reconheceu a condição de periculosidade ao trabalhador do setor de energia elétrica, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa.

A seguir, o Decreto 93.412/86 regulamentou-a para assegurar o direito à remuneração adicional ao empregado que permanecesse habitualmente na área de risco e em situação de exposição contínua, ou nela ingressasse de modo intermitente e habitual, onde houvesse equipamentos e instalações, de cujo contato físico ou exposição aos efeitos da eletricidade resultassem incapacitação, invalidez permanente ou morte (Arts. 1º e 2º), exceto o ingresso e permanência eventual, tendo referida norma especificado, ainda, as atividades e áreas de risco correspondentes, na forma de seu anexo.

Tem, assim, natureza especial o trabalho sujeito à eletricidade e exercido nas condições acima previstas, consoante os anexos regulamentares, suscetível da conversão em tempo de serviço comum, desde que comprovada a efetiva exposição ao agente físico nos moldes da legislação previdenciária, e, excepcionalmente, à falta de formulários ou laudos eventualmente exigidos, se demonstrado o pagamento da remuneração adicional de periculosidade ao empregado durante tal período.

E, é possível a conversão do tempo especial em comum também a partir de 28/4/95, pois o E. STJ modificou sua jurisprudência e passou a adotar o posicionamento supra, conforme ementa *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* E *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURADOS. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE.

1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, sendo, portanto, julgados sob tal orientação exegética.
2. Tratando-se de correção de mero erro material do autor e não tendo sido alterada a natureza do pedido, resta afastada a configuração do julgamento *extra petita*.
3. Tendo o Tribunal *a quo* apenas adequado os cálculos do tempo de serviço laborado pelo autor aos termos da sentença, não há que se falar em *reformatio in pejus*, a ensejar a nulidade do julgado.
4. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum.

5. Recurso Especial improvido.

(REsp 956110/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/08/2007, DJ 22/10/2007, p. 367).

No que se refere à Lei 11.960/09, a Egrégia 10^a Turma, acompanhando o posicionamento do Colendo STJ, reformulou seu entendimento, para adotar, a partir de 30.06.09, o Art. 5º, da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei 9.494/97, *verbis*:

Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Superior:

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC INEXISTENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA.IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão embargado tratou, de forma fundamentada, de todas as questões relevantes à solução da lide, sendo certo que: i) as argumentações atinentes ao artigo 7º, I, da LC 95/98 e à inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 configuram inovação recursal, e ii) a coisa julgada não impede a aplicação da Lei 11.960/2009, a qual deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, em relação ao período posterior à sua vigência, até o efetivo cumprimento da obrigação, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. Precedentes: AgRg nos EREsp 953.460/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 25/05/2012; EREsp 935.608/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, DJe 06/02/2012; REsp 1.111.117/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 02/09/2010.

2. Embargos declaratórios rejeitados.

(EDcl no REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/10/2012, DJe 26/10/2012)

Como se observa, no que tange à correção monetária, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica, a partir da vigência da Lei 11.960/09.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo, para alterar a correção monetária.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0010281-49.2012.4.03.9999
(2012.03.99.010281-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DANILO JOSÉ GOULART DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE LEME - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1726957
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIO. RESTABELECIMENTO. PRETENSA REPETIÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA PAGA. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO.

I - Meu entendimento é de que não há previsão na legislação previdenciária para a extensão do pagamento do benefício além de 21 (vinte e um) anos, em razão de curso superior, ou até o implemento da idade de 24 (vinte e quatro) anos.

II - Contudo, acompanho o entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, e adiro, com a ressalva já formulada, a manutenção do pagamento da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos até a conclusão do curso superior ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

III - No caso dos autos, o benefício deverá ser restabelecido desde a data da cessão, e mantido até que a parte autora complete 24 anos de idade ou conclua o curso universitário, evento que ocorrer primeiro.

IV - Em razão do caráter alimentar que se reveste o benefício previdenciário e da boa-fé do autor, torna-se inviável a restituição dos valores recebidos em virtude da concessão dos efeitos da tutela, posteriormente revogada.

V - Apelação do INSS desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de ação ajuizada por Danilo José Goulart dos Santos em face do INSS objetivando o restabelecimento do benefício de pensão por morte nº 131.539.208-6/21 até que completasse 24 anos de idade ou até a conclusão do curso universitário.

A r. sentença de fls. 124/130 julgou procedente o pedido para condenar o INSS ao restabelecimento do benefício até a conclusão do curso superior ou o autor completasse 24 anos de idade. Contudo, constatando que o autor já havia concluído o curso superior, revogou a tutela antecipada, determinado o cancelamento do benefício, sem condenação na devolução dos valores, em razão do caráter alimentar. Condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 800,00.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o pedido da parte autora encontra óbice no art. 77, § 2º, II, da Lei 8.213/91. Alega que a manutenção do pagamento da pensão por morte para o filho maior de 21 anos de idade, não inválido, fere o princípio da legalidade, eis que o rol de dependentes previstos na lei previdenciária é taxativo, não se podendo fazer interpretação extensiva com a dependência para efeito de imposto de renda. Alega que não há impeditivo para o autor exercer atividade laborativa. Sustenta, por fim, que tendo sido deferida a tutela antecipada, porém, revogada na prolação da sentença, a devolução das parcelas recebidas é indiscutível, eis que amparada no artigo 115, II, da Lei 8.213/91.

Sem as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): A questão dos autos está em definir se a parte autora, ora Apelante, possui o direito a manutenção do pagamento da pensão por morte prevista no art. 74 da Lei nº 8.213/91, após completar 21 anos de idade, por ainda cursar a universidade.

No caso dos autos, o documento de fl. 25, comprova que a parte autora estava regularmente matriculada no 7º período noturno do ano letivo 2009, no Curso de Psicologia - do Centro Universitário Hermínio Ometto - UNIARARAS.

O rol dos dependentes para fins do benefício de pensão por morte do Regime Geral da Previdência Social está elencado no art. 16 da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

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 que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
(...)

O art. 77 da Lei nº 8.213/91 preceitua:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se:

I - pela morte do pensionista;

II - *para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;*

III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição.

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á.

§ 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora.

Verifica-se que é da própria letra da lei que a qualidade de dependente do filho não-inválido extingue-se no momento em que completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido ou incapaz, nos termos do art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Conclui-se, portanto, que a exceção possível na legislação previdenciária para manutenção do pagamento pensão por morte ao filho maior de 21 anos de idade é a invalidez/incapacidade constatada na data do óbito do instituidor do benefício ou a superveniência da incapacidade laborativa no curso do pagamento do benefício, hipótese em que a dependência econômica em relação ao segurado falecido resta presumida.

Desta forma, meu entendimento é de que não há previsão na legislação previdenciária para a extensão do pagamento do benefício além de 21 (vinte e um) anos, em razão de curso superior, ou até o implemento da idade de 24 (vinte e quatro) anos.

Portanto, ante a ausência de previsão legal, não cabe ao Poder Judiciário legislar positivamente, estendendo o pagamento da pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior.

Contudo, a E. Décima Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido de que deve haver o restabelecimento de pensão por morte formulado por filho de segurado da Previdência Social, maior de 21 (vinte e um) anos, que cursa o ensino superior e não exerce atividade remunerada, conforme os precedentes que se seguem:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - Mesmo com o advento do Estado Constitucional Social, os métodos tradicionais de interpretação do direito podem ainda ser utilizados nos casos que versem sobre a proteção de direitos individuais, pois em tais casos deve prevalecer a legalidade estrita (direito penal, direito tributário, etc.), mas impõe-se reconhecer que para os direitos sociais é insuficiente a concepção de interpretação como técnica de subsunção do fato ao texto normativo, já que na aplicação desses direitos prevalece o critério “justiça” e não o critério “segurança jurídica”, tendo, assim, a jurisprudência um relevante papel na atualização das leis, como já se verificou, por exemplo, em relação aos direitos da concubina e dos filhos ilegítimos, em que houve primeiramente o reconhecimento judicial dos aludidos direitos, e somente em um segundo momento o legislador fixou a previsão legal deles. II - É importante destacar que no direito de família a jurisprudência é pacífica no sentido de que a pensão alimentícia é devida ao alimentando universitário até que ele complete 24 anos de idade ou conclua seu

curso superior, não se justificando, assim, que o filho universitário de um segurado do INSS seja considerado dependente no âmbito cível e até tributário (depende do imposto de renda), mas não seja considerado dependente para fins previdenciários. III - Filha universitária de segurada da Previdência Social faz jus à pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior, desde que comprovado o ingresso em universidade. IV - O benefício deverá ser estendido a contar da data em que a demandante completou 21 anos de idade (19.02.2011), até que complete 24 anos de idade ou que conclua o curso universitário, evento que ocorrer primeiro. V - A correção monetária e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os critérios fixados no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, observada a aplicação imediata da Lei nº 11.960/09, a partir da sua vigência, independentemente da data do ajuizamento da ação (REsp 1.207.197/RS; REsp 1.205.946/SP), e a incidência dos juros de mora até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR 492.779/DF). VI - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações que seriam devidas até a data do presente julgamento, uma vez que o pedido foi julgado improcedente no r. juízo *a quo*, a teor da Súmula 111 do E. STJ, em sua nova redação e de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. VII - No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas destas (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único). VIII - Apelação da parte autora provida. (Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, AC nº 0066295820114036119, DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. FILHO UNIVERSITÁRIO. MAIOR DE 21 ANOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A E. 10ª Turma desta Corte firmou posicionamento no sentido da possibilidade de manutenção da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos que cursam ensino superior até conclusão ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro. 2. Recurso desprovido. (Relator Desembargador Federal Batista Pereira, AC 00018825620114036122, DJF3 Judicial 1 DATA: 12/09/2012)

AGRAVO EM AGRAVO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. FILHO UNIVERSITÁRIO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE ENQUANTO ESTIVER ESTUDANDO ATÉ COMPLETAR 24 (VINTE E QUATRO) ANOS. I - A pensão por morte é benefício devido ao dependente do segurado que falecer (art. 74, da Lei nº 8.213/91), considerando-se dependentes as pessoas constantes do art. 16 da mesma lei. II - Ocorre que, conforme leciona a doutrina e esclarece também, a jurisprudência, a interpretação do ordenamento jurídico deve se dar de forma sistemática. Ou seja, não se pode permitir que a aplicação isolada de um dispositivo legal venha a impedir a realização de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades regionais e sociais (incisos I e III do artigo 3º da CF). III - A presunção de dependência econômica dos filhos não deve se pautar tão somente pela idade ou pela incapacidade do dependente, mas sim, pela demonstração efetiva da necessidade. Isto é, deve-se ter em conta, ao analisar o caso concreto, se esta pensão é, ou não, necessária à manutenção de uma condição digna de vida ao dependente. IV - Ressalte-se que a extensão do direito à percepção da pensão por morte, ao filho maior de 21 anos e não inválido, enquanto estiver estudando até completar 24 anos, é medida que se coaduna, não só com o princípio da dignidade humana, mas também com o direito constitucionalmente garantido à educação (artigo 205 da CF) e à igualdade (*caput* do art. 5º da CF). Precedentes. V - Agravo a que se nega provimento. (Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, AI 00058941520124030000, DJF3 Judicial 1 DATA: 20/06/2012)

Assim sendo, entendo prudente acompanhar o entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, e adiro, com a ressalva já formulada, a manutenção do pagamento da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos até a conclusão do curso superior ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Anoto, ainda, que é entendimento desta 10ª Turma que o fato de a parte autora trabalhar ou está apta para o trabalho, por si só, não representa impeditivo ao restabelecimento do benefício, eis que não se exige a demonstração da miserabilidade absoluta do requerente.

Quanto ao pedido de devolução das parcelas recebidas em razão da antecipação dos efeitos da tutela, o artigo 115, da Lei nº 8.213/91 assim prevê:

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

II - *pagamento de benefício além do devido*;

III - Imposto de Renda retido na fonte;

IV - pensão de alimentos decretada em sentença judicial;

V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados.

VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício. (Incluído pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (Renumerado pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

§ 2º Na hipótese dos incisos II e VI, haverá prevalência do desconto do inciso II. (Incluído pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003)

Ocorre que, conforme entendimento do Egrégio STJ o “art. 115 da Lei nº 8.213/91 regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não agraciando os casos majorados por força de decisão judicial” (AgRg no REsp 1.054.163/RS, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/6/08).

Assim, diante do caráter alimentar de que se reveste o benefício previdenciário, bem como da boa-fé do autor, torna-se inviável a restituição dos valores auferidos, sendo que o restabelecimento do benefício se deu em virtude da concessão dos efeitos da tutela, posteriormente revogada. Nesse sentido:

PREVIDENCIARIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. TUTELA ANTECIPADA. MÁ FÉ. PREQUESTIONAMENTO. I - Não há que se falar em restituição de valores pagos pelo INSS a título de tutela antecipada, posteriormente revogada, tendo em vista que tais quantias auferidas pela parte autora tiveram como suporte decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nela insertos, de modo que não resta caracterizada a sua má-fé. II- Portanto, não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, apenas, o que deseja a embargante é fazer prevalecer entendimento diverso, ou seja, rediscutir a matéria, o que não é possível em sede de embargos de declaração. III- Os embargos de declaração foram interpostos com notório propósito de prequestionamento, razão pela qual não têm caráter protelatório (Súmula nº 98 do E. STJ). IV - Embargos de declaração interpostos pelo réu rejeitados. (Processo AC

00418544220114039999 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1689545 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador DÉCIMA TURMA Fonte TRF3 CJ1 DATA: 28/03/2012 FONTE REPUBLICACAO: Data da Decisão 20/03/2012 Data da Publicação 28/03/2012)

Neste ponto, a r. sentença recorrida está em conformidade com o entendimento desta 10ª Turma.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

- Sobre o pagamento do benefício de pensão por morte a filho universitário maior de 21 anos, veja os seguintes artigos doutrinários: “Pensão por morte a dependente universitário”, de autoria do Desembargador Federal Carlos André de Castro Guerra, publicado na RTRF3R 78/159 e “O direito à pensão por morte do estudante universitário”, de autoria do Juiz Federal Aroldo José Washington, publicado na RTRF3R 107/56; e os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.083611-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicado na RTRF3R 81/170; AMS 2005.61.07.006152-9/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 88/524; AC 2005.61.26.006316-1/SP, Relator Desembargador Federal Jedíael Galvão, publicada na RTRF3R 91/519; AC 2004.03.99.033591-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicado na RTRF3R 97/250 e Ag AC 0035585-84.2011.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicado na RTRF3R 113/286.

Direito Processual Civil



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0088276-02.1992.4.03.6100

(2003.03.99.006076-6)

Agravante: PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 163/165v.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA

Classe do Processo: AC 858561

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. PRECEDENTES.

I - Consoante o *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, na hipótese de manifesta inadmissibilidade, improcedência ou confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior a negar seguimento ou dar provimento ao recurso.

II - A decisão agravada foi prolatada em consonância com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e desta Corte, reformando a sentença, para julgar improcedente o pedido, com a consequente condenação nos ônus da sucumbência.

III - Consoante previsto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal.

IV - Nas hipóteses do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal, não estando o julgador vinculado a nenhum percentual ou valor determinado, podendo fixar a verba honorária utilizando percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como arbitrar os honorários de sucumbência em valor fixo. Precedentes.

V - A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, nas ações ordinárias semelhantes, orienta-se no sentido de fixação da verba honorária de sucumbência em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, limitado à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), seja a favor ou contra a Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da isonomia.

VI - Tendo em vista que a aplicação do percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, supera, na espécie, o limite que o Colegiado entende adequado para remunerar o trabalho do advogado da parte vencedora, configura-se equânime e razoável a fixação dos honorários advocatícios, à luz dos critérios apontados no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, no valor de R\$ 20.000,00, a ser atualizado

a partir da decisão impugnada, na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

VII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto por PARPLAN AGROPECUÁRIA LTDA., contra decisão que, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, deu provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, tida por ocorrida, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, condenando a Autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), consoante o disposto no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, atualizados na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Sustenta, a Agravante, em síntese, ser inadmissível a fixação dos honorários de sucumbência em patamares que entende elevados, sem a devida apreciação pelo órgão colegiado, requerendo o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada, reduzindo-se a verba honorária (fls. 169/170).

Não verificando razões para retratação da decisão, apresento o recurso em mesa para pronunciamento do Colegiado.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Não assiste razão à Agravante.

Inicialmente, nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

Com efeito, a decisão agravada foi prolatada em consonância com a jurisprudência dominante do Colendo Supremo Tribunal Federal, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e desta Corte, quanto à exigência da Contribuição Social sobre o Lucro, e impossibilidade de compensação de bases de cálculo negativa e prejuízos fiscais, consoante pleiteado, reforman-

do a sentença de parcial procedência, para julgar improcedente o pedido, com a consequente condenação nos ônus da sucumbência.

No específico, não colhe a irresignação quanto ao valor da condenação nos honorários advocatícios, tido por excessivo.

Com efeito, no sistema do Código de Processo Civil, em regra, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho desenvolvido pelo patrono e o tempo despendido na execução do serviço, conforme disposto no art. 20, § 3º, alíneas “a” a “c”, do Código de Processo Civil.

Entretanto, consoante previsto no art. 20, § 4º, do mesmo estatuto, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal.

Cumprе observar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, inexistindo condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários podem ser fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz (CPC, art. 20, § 4º) em montante fixo, não se impondo a adoção do valor da causa (REsp 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 10.03.10, DJ 06.04.10).

Por sua vez, na esteira da Corte Superior, nas hipóteses do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa, observados os critérios constantes das alíneas do § 3º do referido dispositivo legal, não estando o julgador vinculado a nenhum percentual ou valor determinado, podendo fixar a verba honorária utilizando percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem como arbitrar os honorários de sucumbência em valor fixo (cf.: STJ, AgRg nos EResp 858.035/SP, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16.08.2010; e REsp 1.155.125/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 06.04.10).

Nessa linha, aliás, o entendimento consolidado na Sexta Turma desta Corte (AMS nº 512772, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 02/09/2010, DJe de 20.09.2010).

A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, em ações ordinárias de complexidade semelhante, orienta-se no sentido da fixação da verba honorária de sucumbência em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, limitado à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), seja a favor ou contra a Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da isonomia (v.g. AC nº 0061914-55.1995.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 30.09.10, v.u., DJF3 08.10.10, p. 1114).

Dessa forma, tendo em vista que a aplicação do percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, supera, na espécie, o limite que esta Turma entende adequado para remunerar o trabalho do advogado da parte vencedora, configura-se equânime e razoável a fixação dos honorários advocatícios, à luz dos critérios apontados no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, no valor de R\$ 20.000,00, a ser atualizado a partir da decisão impugnada, na forma prevista pela Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0025835-73.2002.4.03.9999
(2002.03.99.025835-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: ANTONIO APARECIDO DE ARRUDA E OUTROS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE IPUA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 810739
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2013

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face da sentença de fls. 29/30, que julgou *improcedentes* estes embargos e, após parecer favorável da contadoria do Juízo, acolheu os cálculos elaborados pelo embargado, no valor de R\$ 2.674,72, atualizado para setembro de 2001. Sem condenação em honorários advocatícios (sucumbência recíproca), determinou que, após o trânsito em julgado, fosse expedido o Requisitório para pagamento.

Aduz, em síntese, ter havido majoração dos juros de mora, que não espelham o *decisum*, além de a apuração dos honorários advocatícios ter de ser realizada sobre montante com dedução dos pagamentos administrativos, na forma dos cálculos ofertados na inicial dos embargos, cujo acolhimento requer.

Contrarrazões da apelação à fl. 37.

Em grau de recurso adesivo (fls. 39/41), o embargado requer a condenação do INSS em honorários advocatícios de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, com respaldo no § 3º do artigo 20 do CPC, em virtude da improcedência dos embargos.

Contrarrazões do recurso adesivo, pelo INSS, às fls. 45/47.

Vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

Presentes os requisitos previstos no artigo 557 do Código de Processo Civil, julgo de forma monocrática.

Trata-se de demanda ajuizada pelos sucessores da pensionista Jacira da Silva Arruda, cujo pagamento previsto na Portaria nº 714/93 foi interrompido em face do óbito ocorrido em 16/5/95, sendo então o resíduo pago a eles por alvará judicial, sobre o qual requerem correção monetária e juros de mora.

A sentença, prolatada na fase de conhecimento, assim dispôs:

Os valores apresentados pelos autores, todavia, estão incorretos. Conforme informa a Sra. Contadora do Juízo, à fls. 57-verso, o cálculo deve ser destinado a apurar eventuais diferenças entre o valor devido e o valor pago. Sobre a quantia encontrada, deverá ser aplicada a correção monetária.

Nesse sentido, os cálculos de fls. 53/54, apresentados pelo réu, estão corretos.

ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a ação para CONDENAR O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS a:

pagar aos autores a quantia de R\$ 40,44 (quarenta reais e quarenta e quatro centavos), relativa a diferenças apuradas entre os valores efetivamente pagos e os valores devidos em razão da incidência de correção monetária e juros de mora, tudo decorrente da aplicação do art. 201, parágrafo 5º, da Constituição Federal.

Denota-se, da decisão emanada desta Corte, que “a parte autora apresentou apelação sustentando, em resumo, que a autarquia deve ser condenada ao pagamento do valor apurado pela Contadoria do Juízo, onde se apurou o valor correspondente a 1089,78 UFIR's. Sustenta não haver recebido o valor que a autarquia pretende seja descontado, vez que alega haver efetuado o pagamento. Requer, ainda, o pagamento das diferenças apuradas em juros de mora a contar da citação”.

Esta Corte assim decidiu:

Em verdade, negando-se a atualização de valores de parcelas pagas com atraso, face à defasagem causada pela desvalorização monetária, estar-se-ia promovendo o enriquecimento sem causa do réu com relação à parte autora.

(...)

Assim, a correção monetária incide desde quando devidas as prestações pagas com atraso até o efetivo pagamento.

Igualmente, os juros de mora são devidos em virtude do retardamento no pagamento do benefício.

Isto posto, *dou parcial provimento* ao recurso da parte autora para que os valores sejam apurados em regular conta de liquidação. Todavia, *nego provimento* à remessa oficial.

Mantenho quanto o mais a douta sentença recorrida.

Em sede de embargos de declaração interpostos pelo INSS, esta Corte fez constar o seguinte:

Conforme entendimento reiterado desta Turma, os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre o montante da condenação em causas desta complexidade, não incidindo, porém, sobre prestações vincendas.

No que diz respeito às custas processuais, tratando-se, *in casu*, de beneficiário da justiça gratuita não há reembolso a ser efetuado pela autarquia sucumbente.

Ante o exposto, *acolho* os presentes embargos para, suprimindo a omissão apontada, reduzir a verba honorária ao percentual de 15% sobre o total da condenação e excluir o pagamento das custas processuais, alterando a conclusão do v. acórdão para dar parcial provimento à remessa oficial.

O trânsito em julgado ocorreu em 26/3/2001.

A parte autora, ora embargada, apresentou cálculos de liquidação às fls. 96/97 do apenso, no importe de R\$ 4.302,20, atualizado para junho de 2001, contrapostos nestes embargos, ante a ausência de dedução dos valores pagos na esfera administrativa, na forma apurada pelo INSS, no montante de R\$ 507,56, atualizado para a mesma data (fl. 5).

Em réplica, o embargado retifica os cálculos ofertados nos autos principais, sendo en-

tão deduzido o valor pago, na forma aduzida pelo INSS (fls. 12/15), com parecer favorável da contadoria (fl. 22).

Extrai-se do *decisum* tratar-se de diferenças oriundas da correção monetária e dos juros de mora decorrentes do pagamento a destempo do preceito contido no § 5º do artigo 201 da Constituição Federal, recebido, por Alvará Judicial, pelos sucessores da pensionista já falecida.

Assim, as diferenças devem ater-se ao pagamento de saldo remanescente, consistente na diferença entre o valor pago e o salário mínimo, com acréscimo de juros de mora, o que não abrange o abono anual dos anos de 1988 e 1989.

Isso, porque os benefícios de espécie rural somente passaram a receber a gratificação natalina a partir do ano de 1990, em face da previsão contida na Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990, cujo artigo 5º aqui transcrevo:

Art. 5º. É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social Urbana e Rural que, durante o ano, recebeu o auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria, pensão ou auxílio-reclusão. Parágrafo único. A partir de 1990 o abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a gratificação de natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.

Ausente o pagamento, afasta-se a apuração do abono anual, porquanto não previsto no § 5º do artigo 201 da Constituição Federal, cujo remanescente *foi requerido nesta demanda*, o que torna parte ilegítima os sucessores da finada para o pleito de valores devidos, o qual não foi exercitado em vida pela ex-beneficiária da Previdência Social, não se incorporando ao seu patrimônio.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL PARA ANISTIADO. ATO DECLARATÓRIO DA MINISTRA DO TRABALHO. RECONHECIMENTO. EFEITOS FINANCEIROS. LEGITIMIDADE DE PARTE. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A apelada é parte ilegítima para pleitear os valores que seriam devidos a seu marido se este tivesse requerido a conversão de sua aposentadoria comum em especial. Trata-se de direito pessoal que, não tendo sido exercido em vida, não pode ser exercitado pelos sucessores. A legitimação da apelada decorre apenas do seu direito próprio à pensão especial e, por isso, pode pedir a revisão da aposentadoria do marido para, em decorrência dela, ter revista sua pensão. Os efeitos financeiros dessa revisão, todavia, limitam-se ao que a apelada receberia a título de pensão, jamais ao que seu marido teria direito a receber em vida. Do contrário, estar-se-ia infringindo o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil. 2. A condição de anistiado do marido da apelada foi comprovada por Ato da Ministra do Trabalho publicado no Diário Oficial. 3. Comprovada a condição de anistiado de seu marido, a apelada tem direito à conversão de sua pensão por morte comum em pensão excepcional, bem como às diferenças pecuniárias disso decorrentes, descontando-se os valores pagos a título de pensão por morte comum. 4. Apelação do INSS parcialmente provida. (AC 02007734419924036104, JUIZ CONVOCADO NINO TOLDO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJU DATA: 18/11/2002)

Somado a isso está que a sentença exequenda, ao acolher os cálculos elaborados pelo próprio INSS, alterada por esta Corte tão somente “para que os valores sejam apurados em regular

conta de liquidação”, excluiu diferenças oriundas do abono anual, operando-se a preclusão.

Tendo o embargado se afastado da orientação acima, *não* há como manter os cálculos por ele apresentados (fls. 12/15), cabendo a reforma da sentença que os acolheu.

Quanto ao valor dos juros, *com* razão está o INSS, por ter o embargado adotado como marco para a sua incidência a data da última competência devida (abril de 1991), em detrimento da data da citação, que constitui em mora o réu, a ser considerada em caso de omissão do título judicial, ante a previsão contida no artigo 219 do CPC.

Nesse sentido (g.n.):

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO ATÉ A HOMOLOGAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. BASE DE CÁLCULO. PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA. SÚMULA 111/STJ. PRECEDENTES DO STJ. 1. De acordo com o art. 86, § 2º da Lei 8.213/91, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. 2. Entretanto, não havendo concessão de auxílio-doença, bem como ausente o prévio requerimento administrativo para concessão do auxílio-acidente, como no caso, o termo *a quo* para o recebimento desse benefício é a data da citação, visto que, a par de o laudo pericial apenas nortear o livre convencimento do Juiz e tão-somente constatar alguma incapacidade ou mal surgidos anteriormente à propositura da ação, *é a citação válida que constitui em mora o demandado (art. 219 do CPC)*. 3. *Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida (Súm. 204/STJ)*. 4. Efetuado o pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor dentro do prazo legal, somente devem incidir juros moratórios até a data da homologação da conta de liquidação. 5. A revisão dos critérios e do percentual relativo à sucumbência resulta em reexame necessário de matéria fático-probatória, sendo, portanto, insuscetível de reapreciação em sede de Recurso Especial, por incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 6. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença (Súm. 111/STJ). 7. Agravo Regimental do INSS e do segurado desprovidos.

(AGRESP 200800837013, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/11/2008)

De igual forma, tendo ocorrido o último pagamento em abril de 1996 - data *anterior* à propositura da ação (julho de 1997) -, os valores pagos na esfera administrativa deverão compor a base de cálculo dos honorários advocatícios, a qual somente seria preservada se o pagamento tivesse ocorrido após a citação, momento em que o réu toma ciência do débito que lhe está sendo cobrado.

Nesse sentido, colaciono decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (g.n.):

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LEI Nº 8.880/94. CONVERSÃO SALARIAL EM URV. LEI Nº 9.421/96. LIMITAÇÃO TEMPORAL. NÃO INCIDÊNCIA. LEI Nº 10.475/02. INOVAÇÃO. APRECIACÃO INCABÍVEL. VALORES RECEBIDOS ADMINISTRATIVAMENTE APÓS A CITAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS. DESCABIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs 2.321/DF e 2.323/DF,

decidiu que o percentual de 11,98%, resultante de erro no critério de conversão dos vencimentos em URVs, não pode ser considerado como reajuste ou aumento de vencimentos, mas mero acerto para recomposição estipendiária que não pode ser suprimido, sob pena de indevida diminuição do estipêndio funcional, superando a limitação temporal estabelecida no julgamento da ADI nº 1797/PE.

2. É inviável a apreciação da questão relativa à limitação temporal em face da edição da Lei 10.475/02, por se tratar de inovação em agravo regimental, estranha à matéria posta no recurso especial.

3. Os valores pagos administrativamente ao autor após a citação na ação de conhecimento não podem ser subtraídos da base de cálculo dos honorários fixados naquela fase processual.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1128287/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, v.u., julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

Contudo, também não há como acolher os cálculos elaborados pelo INSS (fl. 5), por ter se limitado à dedução do valor pago via alvará judicial (abril de 1996), furtando-se, assim como o embargado, à dedução das parcelas pagas à finada, no período de março de 1994 a abril de 1995, cuja cessação deu-se em face do óbito, razão da continuidade de pagamento aos seus sucessores.

Esses pagamentos seguem comprovados mediante extração da Relação de Créditos - Histórico de Créditos e Benefícios do INSS - HISCREWEB - e Discriminativo de Cálculo do Pagamento Administrativo - Art. 201 -, os quais *integram esta decisão*.

O acima contido corrobora o informado pelo INSS à fl. 42 do apenso, no sentido de que o Pagamento Alternativo de Benefício (PAB) nº 002, em 17/4/96, refere-se ao resíduo de dezesseis (16) parcelas - período de maio de 1995 a agosto de 1996 - não pagas à ex-segurada em face do óbito, a qual apenas recebera quatorze (14) parcelas (período de março de 1994 a abril de 1995).

A soma das parcelas pagas à pensionista com aquelas pagas aos seus sucessores totaliza 30 (trinta) parcelas, na forma prevista na Portaria nº 714/93.

Tratando-se de resíduo de valores devidos à pensionista falecida, devem ser considerados os pagamentos por ela recebidos, sob pena de promover o enriquecimento ilícito de um em detrimento de *outrem*, a configurar evidente erro material.

Ademais, tratando-se de valor pago a destempo, a correção monetária deverá adotar por termo inicial a data em que devida cada parcela mensal (vencimento), cujo procedimento não foi observado pelas partes, na contramão do *decisum* e da Súmula nº 8 desta Corte (*in verbis*):

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.

Em conclusão, nas circunstâncias apontadas, todos os cálculos apresentados, e não apenas os recorridos, por terem extrapolado o título judicial passado em julgado, encontram-se maculados por vício, corrigível a qualquer tempo, *ex officio* ou a requerimento das partes, sem que daí resulte ofensa à coisa julgada ou violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante uníssonas doutrina e jurisprudência.

A propósito, colaciono os seguintes julgados (g.n.):

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO - SUMULA 260 DO STJ - ERRO MATERIAL - CALCULOS DIS-SOCIADOS DO COMANDO CONTIDO NO TÍTULO. 1. Em sede de liquidação/execução é vedado às partes modificar a sentença, por força do *princípio da fidelidade ao título judicial*. Inteligência do revogado art. 610 e atual art. 475-G, do CPC. 2. Tratando-se de execução cujo título judicial condenou a autarquia a revisar os benefícios dos autores, nos termos da Sumula 260 do TFR, correção monetária na forma da Súmula 71 do TFR, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação; é vedado inovar, na fase de execução, aplicando-se índices diversos de correção ou juros indevidos não estabelecidos no título. 3. Constatado erro material, devem ser declarados nulos todos os atos praticados a partir da violação à coisa julgada; no caso, a partir da prolação da sentença. 4. Remessa dos autos ao contador/perito judicial (em 1ª Instância) para elaboração de novos cálculos. Inteligência do art. 475-B, § 3º do CPC. 5. Sentença anulada de ofício. Recursos prejudicados.

(TRF3, AC 543417 Processo 1999.03.99.101675-5, Relator: Desembargadora Federal Marisa Santos, Nona Turma, DJF3 CJ1 Data: 16/12/2010, p. 820)

PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ERRO DE CÁLCULO.

- *Os pagamentos administrativos devem ser objeto de desconto, sob pena de enriquecimento ilícito.* Assim, embora o INSS tenha inicialmente concordado com a conta de liquidação, não há que se permitir o prosseguimento de execução fundada em demonstrativo eivado de vícios, em flagrante excesso de execução.

- A correção de erro de cálculo não esbarra em alegação de preclusão, nem em eventual trânsito em julgado. Sua retificação se admite a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem que se coloque em risco a autoridade da coisa julgada.

- Cabível a ação anulatória proposta com fundamento no artigo 486 do Código de Processo Civil.

(...)

- Remessa oficial e apelação do INSS às quais se dá provimento, para determinar a elaboração de nova conta de liquidação, considerando-se os pagamentos efetuados na via administrativa. (TRF3, Processo: 2002.03.99.035784-9 UF: SP Relator Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Órgão Julgador Oitava Turma, Data do Julgamento 06/12/2010, Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ1 16/12/2010, p. 463)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. NÃO OFENSA À COISA JULGADA.

1. A coisa julgada abarca o dispositivo da sentença exeqüenda, não os cálculos eventualmente feitos pelo contador, que podem conter erros intoleráveis, ainda que não impugnados em tempo oportuno pela parte interessada.

2. Recurso conhecido e não provido.

(STJ, RESP 127426/SP, Relator Min. Edson Vidigal, decisão unânime, DJU 01/03/1999, p. 356)

Ante o aqui decidido, *prejudicado* está o recurso adesivo interposto pela parte autora, o que conduz à sucumbência recíproca, na forma já fixada na decisão recorrida.

Impõe-se o refazimento dos cálculos, de sorte a espelhar a condenação.

Em homenagem ao princípio da celeridade processual, mormente o largo tempo decorrido, seguem cálculos de liquidação nos termos expendidos nesta decisão, *os quais a integram*.

Esses cálculos comprovam a *inexistência de créditos*, ainda que haja a inclusão dos abonos anuais dos anos de 1988 e 1989, não previstos na condenação, pois os valores pagos na esfera administrativa suplantaram a condenação.

Poder-se-ia argumentar subsistir diferença em razão da falta de previsão de pagamento de juros de mora em sede administrativa, o que, porém, não se verifica, em face de ter o INSS apurado o montante a ser pago com correção desde cada competência devida, em detrimento do vencimento - termo *a quo* fixado no *decisum*.

O procedimento do INSS em sede administrativa tem supedâneo no artigo 2º da Portaria de nº 714/93, abaixo transcrita:

Art. 2º A Empresa de Processamento de Dados da previdência Social - DATAPREV deverá calcular as diferenças mencionadas no artigo anterior, e atualizá-las monetariamente até o mês de dezembro de 1993:

I - pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC entre o mês da competência a que se referir cada diferença e dezembro de 1992; e

II - pela variação acumulada do Índice para Reajuste do Salário Mínimo - IRSM de janeiro a novembro de 1993.

Isso posto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, *julgo prejudicado* o recurso adesivo intentado pela parte autora e *dou provimento* à apelação interposta pelo INSS, porém nos moldes da fundamentação desta decisão, bem como *declaro* o erro material evidente e *julgo extinta* a execução nos termos dos artigos 794, I, e 795 do Código de Processo Civil.

Em consequência, mantenho a sucumbência recíproca, sem condenação em honorários advocatícios.

Decorrido o prazo legal, restitua-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0018322-29.2012.4.03.0000

(2012.03.00.018322-2)

Agravante: DIRCEU SCARIOT

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Partes Autoras: GUIOMAR DA CONCEIÇÃO CALDEIRA FERREIRA E TATIANE FERREIRA LIMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI

Classe do Processo: AI 478650

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2013

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÓBITO DE UM DOS DEFENSORES DA AUTORA. LEVANTAMENTO DA VERBA SUCUMBENCIAL PELO OUTRO ADVOGADO CONSTITUÍDO NA RAZÃO DE 50%.

I - Trata-se de ação proposta por Guiomar da Conceição Caldeira Ferreira e outro, representada pelos advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot, conforme procuração firmada em 13/12/2002.

II - Julgada procedente a demanda e iniciada a fase executiva foi expedido ofício requisitório, relativo aos valores devidos a título de honorários de sucumbência, em nome do advogado Jamir Zanatta, com data de pagamento em 24/04/2012.

III - Informado nos autos o óbito do defensor Jamir Zanatta, em 29/07/2010, foi requerida a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado Dirceu Scariot, ora apelante.

IV - O pleito foi indeferido pela Juíza de Primeiro Grau, ao fundamento de que os valores disponibilizados em favor do beneficiário, integram a esfera patrimonial do *de cujus*. Na mesma decisão, determinou a apresentação dos dados do inventário dos bens deixados pelo falecido, para disponibilização do valor, perante o Juízo competente.

V - Os advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot foram regularmente constituídos pela parte autora, mediante instrumento de procuração, bem como atuaram conjuntamente no feito, como demonstra o Termo de Audiência de Conciliação e Instrução.

VI - Ambos fazem jus aos valores devidos.

VII - Autorizo o levantamento dos valores depositados, pelo advogado agravante, na razão de 50% (cinquenta por cento), levando-se em conta o disposto no art. 257 do Código Civil.

VIII - Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Dirceu Scariot agravou de instrumento, da decisão reproduzida a fls. 74, que indeferiu pedido do advogado, ora agravante, formulado para que os valores depositados em nome do advogado Jamir Zanatta, falecido, sejam transferidos ao ora agravante, a fim de viabilizar a expedição de alvará de levantamento do RPV. A decisão agravada teve por fundamento o fato de que os valores foram requisitados e disponibilizados em favor do beneficiário, integrando a esfera patrimonial do *de cujus*.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a procuração para atuar no feito foi outorgada pelo autor em nome dos dois advogados, com iguais poderes para receber e dar quitação nos autos.

Em despacho inicial foi deferido em parte o pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Compulsando os autos, verifico que se trata de ação proposta por Guiomar da Conceição Caldeira Ferreira e outro, representada pelos advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot, conforme procuração firmada em 13/12/2002 (fls. 18).

Julgada procedente a demanda e iniciada a fase executiva foi expedido ofício requisitório, relativo aos valores devidos a título de honorários de sucumbência, em nome do advogado Jamir Zanatta, com data de pagamento em 24/04/2012.

Em face disso, foi informado nos autos o óbito do defensor Jamir Zanatta, em 29/07/2010, razão pela qual foi requerida a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado Dirceu Scariot, ora apelante.

O pleito foi indeferido pela Juíza de Primeiro Grau, ao fundamento de que os valores disponibilizados em favor do beneficiário, integram a esfera patrimonial do *de cujus*. Na mesma decisão, determinou a juntada dos dados do inventário dos bens deixados pelo falecido, para disponibilização do valor, perante o Juízo competente.

Neste caso, verifico que os advogados Jamir Zanatta e Dirceu Scariot foram regularmente constituídos pela parte autora, mediante instrumento de procuração, a fls. 18, bem como atuaram conjuntamente no feito, como demonstra o Termo de Audiência de Conciliação e Instrução, a fls. 24.

Considerando que ambos fazem jus aos valores devidos, a melhor solução para a situação em apreço consiste em autorizar o levantamento dos valores depositados, pelo advogado agravante, na razão de 50% (cinquenta por cento), levando-se em conta o disposto no art. 257 do Código Civil, que diz:

Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigações divisíveis, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores ou devedores.

Posto isso, defiro em parte o pedido de efeito suspensivo ao recurso, a fim de autorizar a expedição de alvará de levantamento, em nome do advogado agravante, na razão de 50% dos valores depositados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0030441-22.2012.4.03.0000

(2012.03.00.030441-4)

Agravante: BRAMPAC S/A

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1070/1076

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE OSASCO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AI 489125

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR REQUERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA, OBJETIVANDO O PROCESSAMENTO PELA RECEITA FEDERAL DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÉGIDE DO DECRETO Nº 70.235/72 C.C. ART. 74, § 9º, DA LEI Nº 9.430/96, COM SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE DÉBITOS - COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TERCEIROS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO E. STJ - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTEZA E LIQUIDEZ DO DIREITO INVOCADO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. A autoridade fazendária é submissa ao princípio da estrita legalidade. A lei pode restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação de créditos de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso de poder na conduta da autoridade dita coatora ao receber as insurgências da agravante como “recursos hierárquicos”.

2. Tratando-se de caso em que se tem como *não declarada* a compensação porque versa sobre créditos de terceiros (considerada, portanto, como *inexistente*), não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a *manifestação de inconformidade*, já que essa figura de índole “recursal” (que é regrada pelo Decreto nº 70.235/72 e provoca o efeito do inc. III do art. 151 do CTN - § 11) é prevista *somente para a compensação não homologada* (§§ 9º e 7º do art. 74) com recurso ao Conselho de Contribuintes (§ 10).

3. A lei somente autoriza que se proceda ao *encontro de contas* entre créditos fiscais com créditos *do próprio sujeito passivo*, não abrindo possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros (*alheios*) na compensação tributária; os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver *manifestação de inconformidade do contribuinte*, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento. Precedentes do E. STJ.

4. O mandado de segurança exige a demonstração inequívoca, mediante prova pré constituída, do direito líquido e certo invocado; ausentes os requisitos ensejadores da concessão de medida liminar, impõe-se a manutenção da decisão de indeferimento.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de recurso de agravo interposto por BRAMPAC S/A, nos termos do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento (fls. 1070/1076), interposto contra decisão que indeferiu medida liminar requerida em mandado de segurança, objetivando o processamento pela Receita Federal dos recursos administrativos sob a égide do Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, com suspensão da exigibilidade de débitos.

Foi proferida decisão negando seguimento ao recurso, por contrariar jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: a) a lei pode restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação de créditos de terceiros, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso de poder na conduta da autoridade dita coatora ao receber as insurgências da agravante como “recursos hierárquicos”; b) em se tratando de compensação de créditos de terceiros, não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a “manifestação de inconformidade” (regrada pelo Decreto nº 70.235/72 implicando a suspensão da exigibilidade do crédito na forma do art. 151, III, CTN), prevista especificamente para a hipótese de compensação não homologada (art. 74, §§ 7º e 9º da Lei nº 9.430/96); c) o instrumento do mandado de segurança exige a demonstração inequívoca, mediante prova pré constituída, do direito líquido e certo invocado, sendo que no caso em questão não se vislumbra a liquidez e certeza do direito, ante a alegação da autoridade impetrada de que os créditos objeto da compensação já haviam sido aproveitados no passado e a existência de ação rescisória julgada parcialmente procedente para reduzir o período de apuração de tais créditos.

Inconformada, a impetrante interpôs o presente agravo legal em face da decisão de fls. 1070/1076, no intuito de obter uma decisão colegiada acerca do tema. Argumenta que as compensações efetivadas aproveitando-se de créditos de terceiros, consideradas pelo Fisco como “não declaradas”, possuem amparo na coisa julgada, decorrente de decisões judiciais em mandados de segurança decididos na 2ª Região. Sustenta “por mais que a autoridade impetrada e até mesmo o MM. Juízo *a quo* não concordem com os procedimentos compensatórios, é insofismável que a agravante tem ao menos o direito de discutir o conteúdo e alcance das decisões a respeito do direito à compensação do crédito perante a DRJ competente e também perante o CARF” (fls. 1079/1089).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Observo que os argumentos apresentados no agravo legal não modificaram o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão de fls. 1070/1076. Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

Agravo de Instrumento cujo objetivo é, em antecipação de tutela, suplantando a decisão proferida em mandado de segurança que *indeferiu liminar* onde a impetrante buscava, como pleito acautelatório, o mesmo objeto do *mandamus* (imediato processamento pela Receita Federal dos recursos em processos administrativos mencionados, sob a égide do Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, com suspensão da exigibilidade de débitos que tem para com o Fisco Federal).

A decisão agravada acha-se a fls. 1053/1060.

Consta que a empresa apresentou à Delegacia da Receita Federal em Osasco múltiplos pedidos de compensação de créditos que no passado teriam sido reconhecidos em favor da empresa coligada NITRIPLEX S/A através de mandados de segurança decididos na 2ª Região; mas a autoridade fazendária considerou-os “não declarados” posto tratarem-se de *créditos de terceiros* que seriam insuscetíveis de compensação (redação dada ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 10.637/2002, art. 49, e pela Lei nº 11.051/2002); ainda, a autoridade impetrada desconsiderou a possibilidade de compensação porque a própria NITRIPLEX S/A já teria aproveitado esses créditos (superiores a sessenta milhões de reais).

Consta, ainda, que a autoridade impetrada julgou “não declarados” os créditos ditos compensáveis - porque eram créditos de terceiros e porque já teriam sido utilizados pelo próprio terceiro - conforme o § 3º do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Contra essas decisões administrativas a empresa propôs *manifestações de inconformidade*, que pretendia ver processadas conforme o Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, justamente para obter com isso a *suspensividade da cobrança dos débitos* com os quais pretendia *compensar* os supostos créditos; sucedeu que a autoridade fazendária começou a processar os inconformismos com base no art. 56 da Lei nº 9.784/99 - recursos ditos *hierárquicos*, desprovidos de efeito suspensivo.

A interlocutória agravada negou a liminar e agora, reiterando os argumentos já exarados em 1ª instância, a empresa pretende - com antecipação de tutela recursal - obter ordem que imponha ao Delegado da Receita Federal de Osasco que processe os inconformismos consoante o disposto no Decreto nº 70.235/72 c.c. art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96, para que a agravante possa se valer do art. 151, III, do CTN (suspensão da exigibilidade de débitos com os quais pretendia o *encontro de contas*).

Decido.

A autoridade fazendária é submissa ao princípio da estrita legalidade.

Recebendo múltiplas declarações de compensação em que a firma BRAMPAC S/A noticiava o uso em benefício dela de valores de supostos créditos auridos pela coligada NITRIPLEX S/A (que disporia de decisões judiciais em seu favor), o Delegado da Receita Federal de Osasco considerou as compensações *não declaradas (inexistentes para quaisquer efeitos)* porque se tratavam de *créditos de terceiros* (no caso, a NITRIPLEX S/A), e a Lei nº 9.430/96 é que determina essa postura (§ 12, II, “a”, do art. 74, com redação da Lei nº 11.051/2004).

Ora, a compensação é medida possível *nos termos da lei*, como soa o art. 170 do CTN (regra matriz da compensação) e por isso mesmo não era esperável da Administração Tributária uma conduta *contra legem*. Aliás, é de se lembrar sempre que “... o Direito Tributário opera em regime de estrita legalidade” (STJ - AgRg no REsp 1307687/RS, Rel. Ministro CASTRO

MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012).

É compreensão cediça que a compensação fiscal exige autorização legislativa que lhe dê seus contornos. A propósito, invoco o seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE PRECATÓRIOS. MEDIDA QUE RECLAMA A EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL AUTORIZADORA. ENTENDIMENTO PACÍFICO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. ‘A jurisprudência pacificada desta Corte considera que a compensação de tributos depende da existência de lei autorizativa editada pelo respectivo ente federativo’ (AgRg no RMS 35.365/PR, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 10/5/12).

2. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no AREsp 120.392/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)

As contravérsias surdidas em seara de compensação tributária devem ser tratadas e resolvidas conforme as leis de regência, desde que não declaradas como inconstitucionais.

É o que se impõe fazer na espécie.

Tratando-se de caso em que se tem como *não declarada* a compensação porque versa sobre créditos de terceiros (considerada, portanto, como *inexistente*), não há previsão na Lei nº 9.430/96 para a *manifestação de inconformidade*, já que essa figura de índole “recursal” (que é regrada pelo Decreto nº 70.236/72 e provoca o efeito do inc. III do art. 151 do CTN - § 11) é prevista *somente* para a *compensação não homologada* (§§ 9º e 7º do art. 74) com recurso ao Conselho de Contribuintes (§ 10).

Assim, como a compensação de crédito de terceiro não é juridicamente possível (*caput* do art. 74) e se o contribuinte apresenta uma pretensão nesse sentido, a Administração Tributária tem o dever legal de considerá-la *não declarada* (§ 12, II, “a”, do art. 74, com redação da Lei nº 11.051/2004); como decorrência, é óbvio que a autoridade fazendária *não pode receber a manifestação de inconformidade* que - como visto - é figura restrita aos casos em que o procedimento compensatório, realizado *sponte sua* pelo contribuinte, não é *homologado*. Uma coisa é *não homologar* a compensação; outra coisa é tê-la como *inexistente* (não declarada). Portanto, também não há que se falar na incidência do inc. III do art. 151 do CTN, efeito restrito nos termos da lei ao caso de inconformidade com a decisão que *não homologa* o procedimento compensatório declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil na forma do § 1º do art. 74.

A propósito do tema registro precedentes do STJ no sentido da possibilidade da lei restringir práticas compensatórias, impedindo a compensação dos créditos de terceiros. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. ART. 74, CAPUT, DA LEI Nº 9.430/96. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO DE TERCEIRO. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. PENDÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE E RECURSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VIA LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 1....

2. Não homologada a compensação o crédito tributário não está mais previamente extinto, o que abre caminho para sua constituição mediante lançamento de ofício. Efetivamente, a manifestação de inconformidade e demais recursos administrativos subsequentes interpostos contra a negativa de homologação de compensação efetuada pelo contribuinte apenas suspendem a exigibilidade do crédito tributário a teor do art. 151, III, do CTN, c/c art. 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, mas isso não significa que impeçam a sua constituição via auto de infração acaso ainda não tenha sido constituído.

3. O art. 74, *caput*, da Lei nº 9.430/96 é claro ao exigir que o crédito e o débito para a compensação tributária sejam do próprio sujeito passivo, portanto, não se admite a compensação tributária com crédito de terceiro, como pretende o contribuinte.

4. Recurso especial não provido”.

(REsp 1173921/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. CESSÃO DE CRÉDITOS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.430/96. PROIBIÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM CRÉDITOS DE TERCEIROS.

1. A Lei nº 9.430/96, no artigo 74, utilizando-se da faculdade que lhe foi conferida pelo CTN, proíbe a compensação de débitos tributários com créditos de terceiros, *in verbis*: ‘Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.’ (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

2. *In casu*, trata-se de decisão transitada em julgado reconhecendo o direito de compensação da cedente em face da Fazenda Nacional. Não obstante a admissibilidade da cessão de créditos na seara tributária, verifica-se a existência de óbice legal à efetivação da compensação nos moldes requeridos pelas recorrentes (com créditos de terceiros), qual seja, o mandamento inserto no art. 74 da Lei 9.430/96, o que conduz à ineficácia da cessão de créditos perante o fisco e, conseqüentemente, à inoperosidade da substituição processual almejada. (Precedentes: REsp 1121045/RS, DJe 15/10/2009; REsp 939.651/RS, DJ 27/02/2008)

3. ...

4. Não obstante, o Direito Tributário, conquanto não possa alterar o conceito da cessão de crédito da lei civil, pode-lhe atribuir efeitos próprios na seara tributária, inclusive dispendo sobre requisitos de validade da cessão. (Precedente: AgRg no Ag 1228671/PR, DJe 03/05/2010)

5. ‘... o legislador ordinário tem total liberdade para fixar a forma como os créditos do contribuinte poderão - ou não - ser compensados. Os critérios que nortearão o estabelecimento das regras da compensação serão aqueles ditados pelas conveniências da política fiscal, não havendo restrição no CTN que limite a atuação estatal. Desse modo, poderá o legislador admitir a compensação apenas de alguns tipos de créditos e não de outros, estabelecer restrições quanto à data da constituição do crédito, quanto à origem do crédito e até quanto ao seu montante. Não há nada que impeça o legislador de admitir a compensação apenas de parte do crédito do contribuinte, deixando que o restante seja passível de repetição.’ (Leandro Paulsen, *in Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Livraria do Advogado, 18ª ed., p. 1121)

6. Sob esse enfoque, o Código Tributário Nacional, em seu art. 170, autoriza que lei ordinária possa estipular condições ou atribuir à autoridade administrativa a estipulação de condições, para a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. (Precedentes: AgRg no Ag 1228671/PR, DJe 03/05/2010; AgRg no RMS 30.340/PR, DJe 30/03/2010)

7. Conquanto as recorrentes aleguem o objetivo exclusivo de execução do título executivo pela cessionária, é certo que o mesmo autorizou a compensação do indébito nos registros contábeis e fiscais da cedente, razão pela qual incide, *in casu*, a vedação expressa do art. 74, da Lei 9.430/96.

8. Recurso especial desprovido”.

(REsp 993.925/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 19/08/2010)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPI. COMPENSAÇÃO. DÉBITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. IN/SRF 41/2000. LEGALIDADE.

1. Esta Corte já se pronunciou no sentido da legalidade do art. 1º da IN/SRF 41/2000, a qual vedou a compensação de créditos com débitos tributários de terceiros. Precedentes: REsp 653.553/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 13.9.2007; REsp 677.874/

PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 24.4.2006.

2. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no REsp 677.330/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 26/02/2010)

“TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS - TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS A TERCEIROS - LEI 9.430/96 - IN SRF 21/97 E 41/2000 - LEGALIDADE.

1. A Lei 9.430/96 permitiu que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, autorizasse a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

2. O art. 15 da IN 21/97, permitiu a transferência de créditos do contribuinte que excedessem o total de seus débitos, o que foi posteriormente proibido com o advento da IN 41/2000 (exceto se se tratasse de débito consolidado no âmbito do REFIS) e passou a constar expressamente do art. 74, § 12, II, ‘a’ da Lei 9.430/96.

3. Dentro do poder discricionário que lhe foi outorgado, a Secretaria da Receita Federal poderia alterar os critérios da compensação, sem que isso importe em ofensa à Lei 9.430/96.

4. Recurso especial provido”.

(REsp 677874/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 24/04/2006, p. 386)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. PARADIGMA JULGADO MONOCRATICAMENTE. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NO MOMENTO DO ENCONTRO DE CONTAS. CRÉDITO DE TERCEIRO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. CESSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. O processamento da compensação subordina-se à legislação vigente no momento do encontro de contas, sendo vedada a apreciação de eventual pedido de compensação ou declaração de compensação com fundamento em legislação revogada ou superveniente.

3. Com o advento da Lei 10.637/02, passou-se a utilizar a data da transmissão da declaração de compensação (PER/DCOMP), já que ‘[a] compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação’ (art. 74, § 2º, da Lei 9.430/96).

4. No caso, busca-se compensar crédito de terceiro, referente ao benefício fiscal do crédito-prêmio de IPI. Incidência das alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/96, incluídas pela Lei 11.051, de 2004.

5. ‘A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em consequência de negócio jurídico de cessão celebrado. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros’ (REsp 939.651/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 27.02.08).

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido”.

(REsp 1121045/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO DE TERCEIRO. CESSÃO.COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. ‘(...) a Lei 11.051, de dezembro de 2004, modificando o art. 74 da Lei 9.430/96, passou a proibir, em seu § 12, qualquer hipótese de compensação de débitos próprios com créditos de terceiros, como se depreende do seu regulamento, IN SRF 600, de 28 de dezembro de 2005 (art. 26), a qual levou em consideração tanto a Lei 11.051/2004 e a Lei 9.964/2000, quanto a Resolução CG/Refis nº 21, de 8 de novembro de 2001’ (REsp 845.376/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14.10.08).

2. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no REsp 1077445/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 08/05/2009)

“COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO DE INCONFORMIDADE. ART. 74, § 11, DA LEI 9.430/96. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 151, III, DO CTN. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

I - ...

II - ...

III - O artigo 170 do CTN está plasmado no sentido de somente admitir que se proceda ao encontro de contas entre créditos fiscais com créditos do próprio sujeito passivo, não fazendo qualquer alusão à possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros na compensação tributária.

IV - Recurso especial provido”.

(REsp 1068830/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 25/08/2008)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CESSÃO DE CRÉDITO. COMPENSAÇÃO.

1. A compensação de crédito tributário só pode ser feita pela empresa que obteve a sua certificação judicial. Impossível a sua utilização por terceiro, em consequência de negócio jurídico de cessão celebrado.

2. Não há dispositivo legal autorizando que contribuinte utilize créditos de terceiros para quitação de débitos.

3. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros.

4. A Lei nº 11.051, de 2004, em seu art. 4º, determina (fl. 261): ‘Art. 4º. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 74 § 3º (...) § 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: 1 - previstas no § 3º deste artigo;

II - em que o crédito: a) seja de terceiros;

b) refira-se a ‘credito-prêmio’ instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado”;

5. Recurso especial não-provido”.

(REsp 939651/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 27/02/2008, p. 173)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DO SUJEITO PASSIVO COM DÉBITOS DE TERCEIROS.

1. ...

2. ...

3. Assim, é imperioso concluir que não há ilegalidade na vedação contida no art. 1º da Instrução Normativa 41/2000 da SRF, porquanto amparada no art. 74 da Lei 9.430/96 (redação vigente à época da impetração). Por fim, cabe frisar, no tocante à nova redação do artigo acima referido, que ‘será considerada não declarada a compensação nas hipóteses em que o crédito seja de terceiros’ (art. 74, § 12, II, ‘a’, da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004).

4. Recurso especial desprovido”.

(REsp 653553/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 13/09/2007, p. 155)

Diante desse quadro, está longe de representar ilegalidade ou abuso de poder a conduta do Delegado da Receita Federal de Osasco em receber as insurgências da BRAMPAC S/A como

“recursos hierárquicos” e processá-las dessa forma.

No ponto, destaco a jurisprudência dominante no STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. COMPENSAÇÃO NÃO-DECLARADA.

1. O disposto no art. 74, § 3º, VI, da Lei 9.430/96 veda a compensação com supostos créditos já indeferidos em pedido administrativo de restituição, embora pendente de recurso, hipótese em que o procedimento é considerado não declarado (§ 12) e por conseguinte, incabível apresentar a manifestação de conformidade, consoante o § 13 do mesmo cânon.

2. ...

3. Recurso especial não provido”.

(REsp 1073243/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 05/11/2008)

“COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO DE INCONFORMIDADE. ART. 74, § 11, DA LEI 9.430/96. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 151, III, DO CTN. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

I - Os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver manifestação de inconformidade do contribuinte, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento. Precedentes: REsp nº 653.553/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 13.09.2007 e REsp nº 677.874/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 24.04.2006.

II - ‘O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, redação da Lei nº 10.037, de 2002, determina que os créditos apurados perante a Secretaria de Receita Federal só poderão ser utilizados na compensação de débitos próprios e não de terceiros’. (REsp nº 939.651/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 27.02.2008).

III - O artigo 170 do CTN está plasmado no sentido de somente admitir que se proceda ao encontro de contas entre créditos fiscais com créditos do próprio sujeito passivo, não fazendo qualquer alusão à possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros na compensação tributária.

IV - Recurso especial provido”.

(REsp 1068830/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 25/08/2008)

Diante desse rol de arestos, tem-se como certo perante o STJ que: (1) a lei somente autoriza que se proceda ao *encontro de contas* entre créditos fiscais com créditos *do próprio sujeito passivo*, não abrindo possibilidade do aproveitamento de créditos de terceiros (*alheios*) na compensação tributária; (2) os artigos 151, III, do CTN e 74, § 11, da Lei nº 9.430/96, que determinam a suspensão da exigibilidade tributária quando houver *manifestação de inconformidade do contribuinte*, não se aplicam na hipótese de utilização de créditos tributários de terceiros, haja vista que as leis reguladoras do processo tributário não autorizam tal aproveitamento. Portanto, o presente recurso conflita com a jurisprudência do STJ.

Entretanto, a demonstrar que o recurso é também de manifesta improcedência, outros destaques são relevantes.

Como já foi dito com notável percuciência pela d. Juíza Federal Substituta dr^a Renata Coelho Padilha, os fatos subjacentes ao *mandamus* originário da decisão agravada não têm a *clareza* que a impetração/minuta pretende lhes emprestar; é dizer: a matéria que subjaz à pretensão deduzida no *writ*, referente aos supostos *créditos válidos* da NITRIFLEX S/A que a impetrante/recorrente pretendia aproveitar para si junto ao Fisco, é bastante *duvidosa*.

Consta que a própria NITRIFLEX S/A já teria se aproveitado dos créditos ao longo de muitos anos; inclusive já teria “negociado” tais créditos (reconhecidos pela Delegacia da Receita Federal em Nova Iguaçu/RJ, no PA nº 10735.000.001/99-18, onde foi proferido um despacho administrativo ainda em 13/12/2000); ora, esse panorama descrito pela autoridade fazendária

- que goza da presunção de veracidade - por si só retira a *liquidez e certeza* dos fatos subjacentes ao suposto direito líquido e certo deduzido no mandado de segurança onde foi proferida a interlocutória agravada, como, repito, já foi intuído pela operosa e inteligente Sr^a Juíza *a qua*. Ainda, existe uma realidade jurídica que não pode passar despercebida: existe uma *ação rescisória* julgada parcialmente procedente para reduzir o período de apuração dos tais créditos e, consequentemente, o valor deles. É certo que existe uma Reclamação ajuizada no STF com liminar suspensiva dos efeitos dessa rescisória. Mas tudo isso só serve para demonstrar a *conturbação* que permeia a validade dos supostos créditos da NITRIFLEX S/A que a agravante/impetrante pretende aproveitar em seu favor.

Esse cenário deslegitima uma medida acautelatória *obrigando* a Receita Federal a processar recursos administrativos segundo bem entende o contribuinte; em sede de mandado de segurança os fatos de que deriva o suposto direito líquido e certo (aqui, o “direito” a ver os recursos administrativos serem processados com suspensão dos débitos da impetrante com os quais ela pretende a compensação) devem estar cumpridamente comprovados por meio de prova documental irretorquível; e isso, aqui, está bem longe de ter ocorrido.

É que os “fatos” não são confortáveis para as teses manifestadas pela recorrente tanto no *writ* quanto neste Agravo de Instrumento, pois a existência da *totalidade* dos “créditos compensáveis” é altamente discutível e essa situação não pode ser cuidada em mandado de segurança. Destarte, a própria sobrevivência do *mandamus* originário é dificultosa, a teor da sabença do STJ:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO VINCULADA A REPARAÇÃO DE DANO COM INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PARA LEGITIMAR A VIA MANDAMENTAL. IMPUGNAÇÃO DA SUSPENSÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. ‘No mandado de segurança revela-se como condição elementar à demonstração de liquidez e certeza do direito a prova documental, que deve ser ministrada no ato da impetração, importando a falta desse requisito o indeferimento da inicial (art. 8º, da Lei 1.533/51)’ (AgRg no MS 8.325/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 11/11/2002).

2. Não restando presente prova pré-constituída, conforme asseverado pelo Tribunal de piso, não se evidencia a alegada ofensa a direito pela via mandamental.

3. ...

4. ...

5. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no RMS 32.149/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENADE. NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. PRETENSÃO DE DISPENSA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUANTO AO ATO COATOR. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS.

1. O Mandado de Segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado. Não admite, portanto, dilação probatória, ficando a cargo do impetrante juntar aos autos documentação necessária ao apoio de sua pretensão.

2.

3.

4. Assim, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado na inicial encontra, no caso, insuperável empecilho, dada a falta de comprovação sobre fatos essenciais, cuja elucidação demandaria atividade probatória insuscetível de ser promovida na via eleita. Precedentes desta Corte.

5. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, ressalvando a possibilidade do impetrante buscar o direito alegado nas vias ordinárias”.

(MS 18.301/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS POLICIAIS MILITARES. ACUIDADE VISUAL. EXIGÊNCIA DO EDITAL. LEGALIDADE. DIREITO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO IMPROVIDO.

- ...

- Como a via mandamental não comporta dilação probatória, uma vez não comprovadas a liquidez e a certeza do direito que os impetrantes disseram ter, impunha-se, só por isso, a denegação da ordem.

Recurso ordinário improvido”.

(RMS 36.308/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/05/2012)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 160 E 161, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSOR DATIVO. DESIGNAÇÃO. PREJUÍZO EFETIVO PARA A DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. NULIDADES AFASTADAS.

1. O mandado de segurança não se mostra adequado à reavaliação do conjunto probatório produzido no processo administrativo, reclamando prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito vindicado.

2. ...

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. Segurança denegada”.

(MS 15.090/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 03/09/2012)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REPETIÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE REPOSIÇÃO FLORESTAL. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONFORMISMO DA EMBARGANTE. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. ...

2. Em se tratando de mandado de segurança, exige-se a prova pré-constituída do direito líquido e certo violado ou ameaçado, de modo que é imprescindível a apresentação, juntamente com a inicial, de todas as provas necessárias à demonstração da verdade dos fatos alegados, já que o mandado de segurança possui caráter documental, e no seu âmbito não se admite dilação probatória.

3. ...

4. ...

5. ...

6. ...

7. Embargos de declaração rejeitados”.

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1042816/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 07/12/2011)

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. LEI ESTADUAL 14.226/2002. TRABALHO DE VIGILÂNCIA REALIZADO NO DEPÓSITO DE REJEITOS RADIOATIVOS DO CÉSIO 137.

NÃO INDICAÇÃO DA NATUREZA DA MOLÉSTIA CONTRAÍDA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. ...

2. A documentação trazida aos autos não permite juízo de certeza quanto aos fatos alegados na impetração, razão pela qual forçoso reconhecer a falta de prova pré-constituída necessária ao reconhecimento do direito afirmado no mandado de segurança.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento”.

(RMS 33.321/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 30/09/2011)

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo legal*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relatório

Direito Processual Penal



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL

0006507-68.2002.4.03.6181

(2002.61.81.006507-0)

Embargante: JUSTIÇA PÚBLICA

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 1.072

Interessado: FABIO MONTEIRO DE BARROS FILHO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: ACr 32575

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2013

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PORTARIA Nº 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARÂMETRO PARA BALIZAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os embargos de declaração têm por finalidade sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão, não sendo cabível para anular ou modificar decisões.

2. Não se trata de discutir a incidência da Portaria nº 75/2012 sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se busca com a aplicação do valor estabelecido na Portaria é a adoção de um parâmetro para balizar o princípio da insignificância.

3. O Superior Tribunal de Justiça seguiu orientação pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (STJ, REsp nº 1112748/TO, Ministro Relator FELIX FISCHER).

4. A *quaestio* concerne ao fato de que não sendo a cobrança da dívida de interesse da Administração Fazendária, também não o será da seara penal. Não se tem em consideração o valor monetário, mas o desinteresse da Administração na arrecadação dos valores tributários. Trata-se de aferir a relevância da conduta atribuída ao acusado para o Direito Penal, considerado a *ultima ratio*.

5. Foi editada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, em 22 de março de 2012, a qual determinou o “não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)” e revogou expressamente a Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, que tratava da mesma matéria, elevando o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

6. O novo montante a ser considerado para a aplicação do princípio da insignificância é aquele estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

7. Não há óbice legal à adoção do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria, pois os limites pertinentes à aplicação do princípio da bagatela são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária.

8. Não se trata da aplicação de norma sancionatória, de competência do Legislador ordinário, mas de integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior, que estabelece diretriz inserida na competência do poder regulamentar da Administração, cuja atuação, na maioria das vezes, revela-se mais célere e conforme a realidade social que a do Poder Legislativo. Precedentes.

9. O acórdão embargado examinou a matéria em sua integralidade e, ao contrário das alegações do embargante, não incide em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 619 do Código de Processo Penal, uma vez que todas as questões postas a desate foram devidamente analisadas.

10. Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de embargos de declaração (fls. 1.082/1.083), opostos pelo Ministério Público Federal, contra o v. acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade da sentença e, de ofício, decretou a absolvição do réu, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, em razão da aplicação do princípio da insignificância, e julgou prejudicado o mérito do recurso (fl. 1.072).

O acórdão foi assim ementado:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. MÉRITO DO RECURSO PREJUDICADO.

1. O réu foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 168-A c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal.

2. O magistrado de primeiro grau ao proferir sentença, com acerto, afastou o alegado cerceamento do direito de defesa. Os documentos constantes dos autos são suficientes à instrução processual, não resultando do indeferimento das diligências qualquer prejuízo à defesa do réu (CPP, art. 563). Preliminar rejeitada.

3. Aplicação do princípio da insignificância. O valor da contribuição previdenciária não recolhida, afastados juros de mora e multa, é inferior àquele previsto como o valor mínimo executável ou que permite o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e da na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, a qual elevou o referido montante para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

4. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Decretada, de ofício, a absolvição do réu diante da atipicidade material da conduta. Prejudicado o exame do mérito do recurso.

O *Parquet* Federal alegou, em síntese, que o acórdão incorreu em omissão e contradição, pois, apesar de mencionar que o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e a Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda estabelecem valores diferentes para fins de arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, aquele R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e esta R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não esclarece porque a previsão da Portaria em questão prevalece sobre a da Lei nº 10.522/2002, especialmente sob o aspecto da hierarquia das normas, uma vez que disposição prevista em Lei ordinária, em tese, não poderia ser revogada por ato normativo inferior, salvo expressa autorização legal.

Por fim, requereu o acolhimento dos presentes embargos a fim de sanar os vícios apontados.

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Os embargos de declaração têm por finalidade sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão, não sendo cabível para anular ou modificar decisões.

No caso dos autos, os embargos não merecem ser acolhidos. Vejamos:

O Ministério Público Federal argumenta que o acórdão incorreu em omissão e contradição, pois sob o viés da hierarquia normativa, não poderia prevalecer o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, sobre o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), disposto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, para o fim de aplicação do princípio da insignificância.

Entretanto, não se trata de discutir a incidência da referida Portaria sob o ponto de vista da hierarquia das normas. O que se busca com a aplicação do valor estabelecido na Portaria é a adoção de um parâmetro para balizar o princípio da insignificância.

Por primeiro, anoto que o Superior Tribunal de Justiça seguiu orientação pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância é aquele previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (STJ, REsp nº 1112748/TO, Ministro Relator FELIX FISCHER).

Confira-se acórdão da Excelsa Corte da lavra da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PACIENTE PROCESSADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (DESCAMINHO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado.

2. A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento,

sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei nº 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei nº 10.522/02), equivalente a R\$ 100,00.

3. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

4. Ordem concedida. (grifo nosso)

(STF, HC nº 96309, Ministra Relatora, CÁRMEN LÚCIA, DJe 24.04.2009)

Por segundo, registro que a *quaestio* concerne ao fato de que não sendo a cobrança da dívida de interesse da Administração Fazendária, também não o será da seara penal. Não se tem em consideração o valor monetário, mas o desinteresse da Administração na arrecadação dos valores tributários.

Com efeito, trata-se de aferir a relevância da conduta atribuída ao acusado para o Direito Penal, considerado a *ultima ratio*.

Por terceiro, observo que o mesmo patamar adotado nos citados julgados para o delito descrito no artigo 334 do Código Penal tem aplicabilidade também nos crimes previstos nos artigos 168-A e 337-A do *Codex*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 168-A, § 3º, II, e 337-A, § 2º, II, AMBOS DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RESP REPETITIVO Nº 1.112.748/TO. DÉBITO NÃO SUPERIOR A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. LEI 11.457/07. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Lei 11.457/07 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Assim, *não há porque fazer distinção, na seara penal, entre os crimes de descaminho e de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual deve se estender a aplicação do princípio da insignificância a este último delito, quando o valor do débito não for superior R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)

(STJ - AgRg no REsp - 1171559/RS - Ministra Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - DJe 28.09.2011)

Por quarto, verifico que, posteriormente, foi editada a Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, em 22 de março de 2012, a qual determinou o “não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)” e revogou expressamente a Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, que tratava da mesma matéria, elevando o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Assim, o novo montante a ser considerado para a aplicação do princípio da insignificância é aquele estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, ainda que não tenha ocorrido a edição de nova Lei com a finalidade de revogar, expressamente, o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

Por quinto, ressalto que não há óbice legal à adoção do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil

reais), previsto na Portaria, pois os limites pertinentes à aplicação do princípio da bagatela são fruto de construção jurisprudencial e doutrinária.

Ademais, assinalo que não se trata da aplicação de norma sancionatória, de competência do Legislador ordinário, mas de integração da norma jurídica, em benefício do réu, por ato normativo inferior, que estabelece diretriz inserida na competência do poder regulamentar da Administração, cuja atuação, na maioria das vezes, revela-se mais célere e conforme a realidade social que a do Poder Legislativo.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

PENAL. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. PORTARIA. HIERARQUIA DE LEIS.

Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o valor do tributo não recolhido é igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), patamar esse instituído pelo art. 1º, II, da Portaria MF nº 75 de 22/03/2012.

O princípio da reserva legal não foi desrespeitado, porque a ordem jurídica, como regra, impõe a elaboração de normas sancionatórias ao legislador ordinário, mas reconhece as excepcionalidades ditadas por circunstâncias várias e admite, a partir da descrição de alguns elementos essenciais pela lei ordinária, a integração da norma punitiva por diplomas de inferior graduação na hierarquia de posituação legal, como é o caso de resoluções e portarias. O tipo é previsto em lei editada pelo parlamento, mas a casuística do cotidiano e da vida social faz com que o ordenamento reconheça as inúmeras situações excepcionais, a permitir o imediato acompanhamento dos fatos pela normatização especializada do Executivo, ao invés dos diversos procedimentos legislativos. (grifo nosso)

(TRF4 - ACR - 00077012820084047002/PR - Juiz Federal Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA - DJe 25.07.2012)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO E DESCAMINHO. ART. 334, § 1º, b, DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A jurisprudência vem reconhecendo a aplicação do *princípio da insignificância* no crime de descaminho quando o valor do tributo iludido é inferior ao estipulado como mínimo para o ajuizamento da execução fiscal, *valor esse que atualmente é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), consoante o disposto na Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012.*

2. Ainda que as ações supostamente praticadas se amoldem ao tipo penal de contrabando, deve ser adotada a orientação dada ao delito de descaminho, para aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

3. *O caráter fragmentário do Direito Penal legitima a sua atuação apenas naquelas hipóteses em que outros ramos do Direito sejam incapazes de combater, com eficiência, um determinado comportamento antijurídico. Não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma penal, que deve funcionar como a ultima ratio do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas outras com poder sancionador mais brando.*

4. Apelação provida, para absolver o réu, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (grifo nosso)

(TRF3 - ACR - 00080636620064036181/SP - Desembargador Federal Relator COTRIM GUIMARÃES - DJe 31.10.2012)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 337-A, I E III DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE SE APLICA DE OFÍCIO. MATÉRIA

PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. Compete à Justiça Federal apreciar e julgar o feito, por se tratar de crime praticado em detrimento de bens, serviços e interesse de entidade autárquica, como dispõe o artigo 109, IV, da Constituição Federal. Matéria preliminar rejeitada.
 2. O réu foi condenado como incurso no artigo 337-A, I e III do Código Penal, por ter contratado garçom para prestar serviços contínuos e subordinados em seu estabelecimento comercial, de 20/01/2001 a 27/02/2003, sem registro em Carteira de Trabalho e sem o recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes, que perfazem o total de R\$ 7.881,82 (sete mil, oitocentos e oitenta e um reais e oitenta e dois centavos).
 3. O artigo 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.033/2004, autoriza o arquivamento dos autos da execução fiscal, sem baixa na distribuição, quando o valor devido for de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais).
 4. *Hodiernamente, a Portaria nº 75 de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazenda dispõe, em seu primeiro artigo, que a Dívida Ativa da Fazenda Nacional de valor consolidado de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não será ajuizada.*
 5. O valor do débito, tal como indicado na denúncia, é inferior ao patamar legal, sendo plenamente aplicável o princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, o qual estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto.
 7. Matéria preliminar rejeitada. Apelação a que se nega provimento, aplicando-se, de ofício, o princípio da insignificância para julgar extinta a punibilidade do apelado com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal. (grifo nosso)
- (TRF3 - ACR - 00110744220034036106/SP - Desembargador Federal Relator JOSÉ LUNARDELLI - DJe 06.06.2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESCAMINHO. DOCUMENTOS IDEOLOGICAMENTE FALSOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETROS. PRETENDIDO EFEITO INFRINGENTE. PORTARIA Nº 49, de 1º de ABRIL de 2004. REVOGAÇÃO EXPRESSA PELA PORTARIA Nº 75/12 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. EFEITO INFRINGENTE. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS IMPROVIDOS.

- 1- Não há contradição, ou omissão, no v. acórdão, capaz de conferir aos embargos declaratórios o pretendido efeito infringente.
- 2- O recorrente se espelha na premissa de que, segundo a redação do art. 1º, da Portaria nº 75/12, o fisco não dispensa automaticamente a cobrança de dívidas inferiores a R\$ 20.000,00.
- 3- *Discussão que gira em torno dos parâmetros para a incidência do princípio da insignificância, como já levada a efeito nos autos do citado Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.112.748-TO.*
- 4- Na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, em atenção à orientação pacificada no Supremo Tribunal Federal, que o vetor para a aplicação do princípio da insignificância seria aquele previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (R\$ 10.000,00), relativo ao não ajuizamento de ação de execução, ou arquivamento sem baixa na distribuição, excluindo, como vetor, o disposto no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002, que determina o cancelamento da dívida tributária igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).
- 5- Da leitura do voto, verifica-se que, justamente, a questão levantada era aquela concernente o desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária.
- 6- Ocorre que a Portaria nº 75/12 revogou expressamente os termos da Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, do Ministério da Fazenda, que tratava sobre o mesmo assunto, levando a crer que o mesmo raciocínio pode ser aplicado nestes autos, agora, em face da novo ato normativo, ainda que sem a expressa revogação do art. 20, da Lei nº 10.522/02.
- 7- Esta a fundamentação do v. acórdão embargado, de forma que não padece de vício de

omissão ou contradição, apenas acolhe conclusão diversa da pretendida pelo recorrente. Precedente da Corte no mesmo sentido.

8- Segundo ainda o v. acórdão, o feito principal deverá prosseguir em relação ao delito do art. 299, do Código Penal, uma vez que a ordem foi parcialmente concedida, apenas para determinar o trancamento do feito no que se refere ao delito de descaminho e em face do reconhecimento do princípio da insignificância.

9- Embargos de declaração a que se nega provimento. (grifo nosso)

(TRF3 - ACR - 00091263520124030000/SP - Desembargador Federal Relator LUIZ STEFANINI - DJe 18.12.2012)

O acórdão embargado examinou a matéria em sua integralidade, como segue:

Apreciada a matéria preliminar, cumpre verificar se o dano decorrente da conduta praticada pelo agente pode ser considerado penalmente irrisório, ou seja, se é possível a exclusão da tipicidade diante da irrelevância da violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, aplicando-se o *princípio da insignificância*.

Em decisões anteriores, esta Relatora posicionou-se no sentido de que, o parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância em relação aos débitos previdenciários, *por se tratar de legislação especial*, era o disposto no artigo 1º da Lei 9.441/97, o qual consolidou a *extinção do crédito para valores iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais)*.

Todavia, curvo-me ao entendimento já esposado por esta Primeira Turma e pelo C. Superior Tribunal de Justiça que considera aplicável o princípio da insignificância aos delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, nos moldes do preconizado pelo artigo 20 da Lei nº 10.522/02, porquanto os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias são considerados dívidas da União (Lei nº 11.457/07).

Confira-se:

(...)

Assim, tendo em vista tais precedentes, adoto a posição de ser cabível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária, nos termos do artigo 20 da Lei 10.522/02, considerando o montante principal do débito.

No caso em apreço, excluídos juros e multa, o débito totaliza R\$ 16.131,44, (dezesesseis mil, cento e trinta e um reais e quarenta e quatro centavos) (fl. 275).

Portanto, o prejuízo suportado pela Fazenda Pública Federal não ultrapassa o valor mínimo executável, conforme recente Portaria do Ministério da Fazenda nº 75, a qual elevou o referido valor para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, por conseguinte, não é objeto de execução fiscal. Desta feita, diante da atipicidade material da conduta, de ofício, absolvo o acusado da prática do delito descrito no artigo 168-A c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal.

Ao contrário das alegações do embargante, o acórdão não incide em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 619 do Código de Processo Penal, uma vez que todas as questões postas a desate foram devidamente analisadas.

Destarte, não merecem acolhimento os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal.

Por esses fundamentos, nego provimento aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA**0031082-10.2012.4.03.0000****(2012.03.00.031082-7)**

Impetrantes: ROBERTO SODRE VIANA EGREJA E OUTROS

Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW - QUINTA TURMA

Interessada: CIA. AÇUCAREIRA DE PENÁPOLIS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: MS 341232

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2012

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra suposta omissão no julgamento de pedido incidental de substituição de 10 veículos automotores usados.

Os impetrantes noticiam que, no curso de operação policial, os bens foram afetados por seqüestro. Liberados anos depois, com a concordância do próprio Ministério Público Federal, a Fazenda Nacional foi admitida na ação cautelar e, então, nova constrição foi imposta.

Inconformados, interpuseram apelação, ora em tramitação neste Tribunal.

Com a intenção de preservar o patrimônio, os impetrantes pediram a substituição dos veículos, com a manutenção da garantia do juízo.

Passados mais de 7 meses, o pedido não foi apreciado, porque o digno Relator da apelação entendeu de reservar o exame da matéria incidental, para a oportunidade do julgamento do próprio mérito recursal.

Invoca-se, neste contexto, o princípio constitucional da duração razoável do processo.

É uma síntese do necessário.

A norma constitucional: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º inc. LXXVIII).

A Constituição não faz ressalva. O vocábulo “todos” abrange os Magistrados. Em relação a esta parcela da Sociedade, nem seria necessária tão densa explicitação.

O Poder Judiciário existe para a prestação jurisdicional. Como em tantas outras utilidades sociais - os serviços de saúde, de polícia e outros -, só haverá funcionalidade se a prestação puder ser entregue a tempo e modo.

Ocorre que a prestação do serviço depende não apenas das qualificações e das intenções do profissional, como também dos “meios” disponíveis.

A norma constitucional é clara. O princípio é o da duração razoável do processo e dos meios disponíveis.

No caso concreto, a petição inicial não está acompanhada de prova alguma a respeito dos meios disponíveis para o julgamento. A providência é indispensável.

A propósito, com lealdade processual, a petição inicial registra que os impetrantes “não

são insensíveis às mazelas do Poder Judiciário e ao excesso de trabalho deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Muito pelo contrário: Estes defensores têm amplo conhecimento da enorme quantidade de feitos que, dia a dia, é remetida para os gabinetes dos i. Desembargadores Federais, em especial da autoridade coatora, a quem, diga-se, nutrem profundo respeito pelo trabalho exercido na magistratura” (fls. 16).

As estatísticas do Tribunal são e sempre foram públicas, listadas mensalmente no diário oficial, com a especificação dos nomes dos Magistrados, cargos e quantidade circunstanciada de processos, por gabinete.

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado a relevância do tempo, para a solução adequada das lides - como lembram os impetrantes, na petição inicial -, mas isto tem levado em conta a situação particular da liberdade de locomoção, no julgamento de ações penais com réus presos ou de “habeas corpus”.

Aqui, em uma Turma com competência criminal, à qual se encontram vinculados dezenas ou centenas de réus presos, os impetrantes buscam precedência para o julgamento de questão envolvendo 10 veículos automotores usados.

Repita-se o ponto central: os impetrantes não produziram prova sobre o meios colocados à disposição do Magistrado. Ao contrário: com lealdade, reconheceram que Sua Excelência tem feito o possível.

Indefiro a petição inicial.

Publique-se.

Comunique-se.

Intimem-se

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

“HABEAS CORPUS”

0 031197-31.2012.4.03.0000

(2012.03.00.031197-2)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Paciente: DANILO JOSÉ DA SILVA (réu preso)

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: HC 51659

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2013

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. APREENSÃO DA *RES*. EVIDÊNCIA DE MATERIALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE E CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PERICULOSIDADE. AUSÊNCIA DE ENDEREÇO CERTO E DE ATIVIDADE PROFISSIONAL LÍCITA. ORDEM DENEGADA.

1. A apreensão da coisa em poder do paciente, logo após o roubo, associada à confissão apresentada à autoridade policial, revela a materialidade e os indícios de autoria.
2. Perigoso não é somente aquele que, pessoal e diretamente, “enquadra” a vítima, dando-lhe voz de assalto e verbalizando a grave ameaça; também o é aquele outro que, mesmo limitando-se a dirigir o veículo roubado, aquiescera à conduta do primeiro, com este mantendo liame subjetivo configurador de coautoria.
3. Em tema de prisão cautelar, a ausência de endereço certo e a falta de atividade lícita revelam a fragilidade de vínculos do paciente, autorizando a afirmação de que é concreto o risco de, uma vez posto em liberdade, não mais ser encontrado.
4. A prisão preventiva decretada para acautelar a ordem pública não se abala pelo precipitado prognóstico de que o paciente, se condenado, será submetido a regime prisional semiaberto.
5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de janeiro de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública da União*, em favor de *Danilo José da Silva*,

contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo, SP.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, denunciado como incurso nas disposições do artigo 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal (roubo majorado por concurso de agentes e por restrição da liberdade da vítima).

Alega a impetrante que a prisão cautelar, *in casu*, é ilegal, uma vez que:

- a) o paciente é primário, não possui maus antecedentes e não se revela perigoso;
- b) o paciente não foi reconhecido pela vítima, a qual, ademais, teria sido abordada por terceira pessoa;
- c) o desemprego e a ausência de residência fixa não justificam a prisão, configurando tais argumentos, aliás, uma forma de exclusão social;
- d) não há testemunhas sendo ameaçadas e tampouco qualquer indício de que o paciente pretenda empreender fuga;
- e) caso seja condenado, o paciente provavelmente será submetido a regime prisional semiaberto;
- f) o paciente faz jus à liberdade provisória independentemente de fiança;
- g) na pior das hipóteses, seria caso de substituir a prisão cautelar por outra das medidas previstas pela legislação processual penal.

O pedido de liminar foi indeferido.

Prestadas informações pela autoridade impetrada, a d. Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Elton Venturi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Não há ilegalidade na prisão cautelar do paciente.

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi abordado por policiais militares quando dirigia um veículo pertencente à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e, uma vez questionado, revelou ter concorrido para a prática, pouco antes, de um delito de roubo.

Segundo o paciente, o crime foi perpetrado por ele e outro indivíduo; que sua tarefa era apenas a de dirigir o veículo, enquanto a seu comparsa coube “enquadrar” o funcionário dos Correios mediante simulação de uso de arma.

A apreensão do veículo revela a materialidade do delito, ao passo que a prisão em flagrante, somada à confissão à autoridade policial, configura indício suficiente de autoria.

É certo que, encerrada a colheita da prova, já não subsiste a conveniência da instrução como fundamento para a prisão cautelar.

Ocorre, todavia, que a custódia preventiva fundou-se, também, na periculosidade do agente.

Nesse passo, a impetrante afirma que o paciente não é perigoso, porquanto primário e possuidor de bons antecedentes; e que o fato de não possuir emprego e endereço certo não o prejudica.

Com a devida vênia, perigoso não é somente aquele que, pessoalmente, “enquadra” a vítima, dando-lhe voz de assalto e verbalizando a grave ameaça. Também o é o agente que, mesmo limitando-se a dirigir o veículo roubado, aquiesceu à conduta do primeiro, com este mantendo liame subjetivo configurador de coautoria.

Ademais, o próprio paciente afirma que, ainda na menoridade, teria subtraído uma bicicleta alheia. Essa circunstância, aliada à ausência de atividade profissional definida, indica para o risco à ordem pública, na medida em que conforta a probabilidade de que o paciente possui propensão à prática de ilícitos contra o patrimônio.

Nem se diga que não há registro de condenação definitiva. Ainda que não se possa exasperar a pena sem condenação criminal transitada em julgado, daí não resulta que não se possa inferir a periculosidade do agente com base em elementos outros, máxime quando se sabe que a prisão preventiva é modalidade de tutela cautelar, a qual é prestada mediante cognição sumária.

Lembre-se, ainda, de que a jurisprudência pátria é firme no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes não garantem, por si sós, a liberdade provisória.

A tudo isso se acresça que, em tema de prisão cautelar, a ausência de endereço certo e a falta de atividade lícita revelam a fragilidade de vínculos do paciente, autorizando a afirmação de que é concreto o risco de, uma vez posto em liberdade, não mais ser encontrado.

É imperioso destacar, também, que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública não se abala pelo precipitado prognóstico de que o paciente, se condenado, será submetido a regime prisional semiaberto.

Por fim, saliente-se que nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão é suficiente para assegurar a manutenção da ordem pública, daí porque não procede, igualmente, o pedido subsidiário formulado pela impetrante.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

Direito Trabalhista



RECURSO ORDINÁRIO
0017278-82.1987.4.03.6100
(2002.03.99.031874-1)

Recorrente: LAVINIA VIEIRA VENTO (= ou > de 60 anos)
Recorrida: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ROTRAB 885
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PROPOSTA ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COMPETÊNCIA RESIDUAL DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 27, § 10 DO ADCT/88. AUXILIAR ADMINISTRATIVO NO CONSULADO GERAL DO BRASIL EM PARIS/FRANÇA. REGIME CELETISTA. NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 5.809/72. ESTABILIDADE DECENAL. ART. 492 DA CLT. REINTEGRAÇÃO AO TRABALHO INVIÁVEL. INDENIZAÇÃO. ARTS. 495, 496 e 497 DA CLT. CUMULAÇÃO NÃO PERMITIDA COM FGTS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OPÇÃO ÀQUELE REGIME. AVISO PRÉVIO. COMPROVAÇÃO DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DENTRO DO PRAZO LEGAL. PEDIDO AFASTADO. GRATIFICAÇÃO NATALINA. DIREITO À PERCEPÇÃO, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL. FÉRIAS. DOCUMENTOS QUE APONTAM AS DATAS DE FRUIÇÃO E PERCEPÇÃO DE ALGUNS PERÍODOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS. PIS. INADMISSIBILIDADE. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ARTIGO 818 DA CLT. NÃO RECONHECIMENTO. INDENIZAÇÃO JÁ RECEBIDA A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO DE SAÍDA. COMPENSAÇÃO DEVIDA. ANOTAÇÃO NA CTPS. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

I. Nos moldes dos precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça, cabe à Justiça Federal comum o julgamento das reclamações trabalhistas nela propostas antes do advento da Constituição Federal de 1988 (art.27, § 10 do ADCT).

II. A autora exerceu a função de auxiliar administrativo perante o Consulado Geral do Brasil na França, no período de 01/06/1975 a 03/11/1985, quando de sua dispensa. Não ocupava cargo público - vez que não exercia função comissionada e não foi aprovada em concurso público de provimento efetivo - razão pela qual não se pode atribuir a ela a condição de servidora pública. O trabalho por ela prestado ocorreu de forma permanente em órgão da União Federal no exterior, em regime de subordinação funcional e salário certo, preenchendo os requisitos para que seja caracterizada a condição de empregado público, motivo pelo qual se aplica o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

III. Não há que se falar na aplicação da Lei nº 5.809/72, vez que a autora não se encontrava em missão no exterior, afinal, nunca serviu no Brasil e nem foi designada ou transferida para prestar serviços na condição de missão fora do país. Encontrava-se,

portanto, na condição de pessoa contratada, o que se deu, desde o início, na cidade de Paris, sob o regime da CLT.

IV. Nos moldes do art. 492 da CLT, antes da instituição do FGTS, o empregado que contasse com mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido, senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, sob pena de reintegração (art. 495 da CLT) ou de indenização dobrada (arts. 496 e 497 da CLT).

V. No caso em tela, restou comprovado que a autora trabalhou por mais de dez anos junto ao Consulado Geral do Brasil na França e que a sua dispensa não se por nenhum dos motivos elencados no referido artigo 492 da CLT. Ainda, não houve a juntada de qualquer documento que comprovasse que a mesma era optante do regime do FGTS, donde se conclui que a mesma preencheu os requisitos para o seu enquadramento na estabilidade decenal, tendo direito à indenização por rescisão, a ser paga em dobro (artigos 495, 496 e 497 da CLT), vez que a reintegração tornou-se inviável em virtude do decurso do tempo.

VI. Há de ser afastada a pretensão à percepção de indenização atinente ao FGTS, vez que a mesma é inacumulável com a indenização atinente à estabilidade decenal. Ademais, a reclamante não comprovou a sua opção ao FGTS, a qual, na época, ainda não era obrigatória.

VI. A dispensa da autora não se deu de maneira abrupta e repentina, tendo sido precedida de comunicação, a qual observou o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 487 da CLT (aviso prévio). Ademais, a ré comprovou o pagamento de salário relativo exatamente ao mês atinente ao respectivo aviso prévio, não sendo possível, portanto, admitir-se a pretensão autoral acerca da percepção de tal verba, nos moldes do § 1º do artigo 487 da CLT.

VII. Houve comprovação documental acerca do gozo regular das férias da reclamante relativas aos anos de 1982, 1983 e 1984, o que afasta a aplicação do artigo 137 da CLT. Contudo, a reclamada não logrou êxito em comprovar o pagamento das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985, motivo pelo qual merece ser condenada ao pagamento das mesmas, na proporção de 5/12 (cinco doze avos), nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.

VIII. No que se refere ao 13º salário, a própria União Federal reconheceu, expressamente, que não pagou a referida gratificação natalina à reclamante, fundamentando-se, para tanto, na Lei nº 5.809/72 e no Parecer da Consultoria Geral da República nº SR-018, de 20/12/1986. A reclamante, contudo, não se enquadra na classificação de “servidor com exercício no exterior” e, portanto, não se submete ao disposto na referida lei, fazendo jus a tal gratificação por ser trabalhadora regida pela CLT.

IX. Há de se reconhecer, portanto, em favor da reclamante, o direito de percepção ao 13º (décimo terceiro) salário dos anos por ela trabalhados, respeitando-se, contudo, a prescrição quinquenal, a contar retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo 7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST.

X. O recolhimento do PIS não é devido pelo Consulado Geral do Brasil no exterior, vez que o mesmo não se enquadra no conceito de empresa, previsto no art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 7/70. Ademais, a própria Instrução Normativa SRF nº 387, de 20 de janeiro de 2004, desobriga os consulados gerais à entrega do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (Dacon), donde se ratifica a desobrigatoriedade do mesmo quanto a tal recolhimento.

XI. No tocante ao pedido de horas extras, horas extras noturnas, domingos e feriados

trabalhados, caberia à autora provar o fato constitutivo do seu direito, a teor do artigo 818 da CLT c.c. art. 333, inc. I do CPC. Isso, contudo, não ocorreu, vez que os depoimentos testemunhais colhidos nos autos nada comprovaram acerca da efetiva realização de hora extra em caráter habitual e permanente por parte da mesma.

XII. Em decorrência do acolhimento parcial do recurso ordinário interposto pela autora, os valores atinentes às verbas a ela conferidas devem ser apuradas em sede de liquidação de sentença. Sobre os mesmos devem incidir correção monetária e juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, nos moldes do Decreto-lei nº 2.322/87, o qual deve perdurar até a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, datada de 24 de agosto de 2001. A partir de então, os mesmos deverão incidir no percentual de 6% (seis por cento) ao ano até o advento da Lei nº 11.960/2009, ocasião na qual passarão a ser calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 5º da referida lei.

XIII. Tais valores devem ser compensados com o quanto por ela já percebido em janeiro/1986 (US\$ 7.738,10), a título de indenização de saída, cuja atualização deve incidir nos mesmos moldes do quanto fixado.

XIV. Há de se proceder a anotação da CTPS da reclamante do período em que a mesma trabalhou junto ao Consulado Geral do Brasil.

XV - Recurso ordinário parcialmente acolhido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso ordinário interposto pela reclamante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *recurso ordinário* no bojo de ação trabalhista interposta por LAVÍNIA VIEIRA VENTO em face da UNIÃO FEDERAL visando o pagamento de verbas oriundas de indenização trabalhista decorrente de estabilidade do vínculo empregatício, aviso prévio, férias, décimo terceiro salário, PIS/PASEP, FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - e horas extras diurnas e noturnas, inclusive as trabalhadas aos sábados e domingos. Alternativamente, requereu a reintegração ao cargo de auxiliar administrativo, exercido a partir de 01 de junho de 1975, no Consulado do Brasil em Paris, com o pagamento de todos os salários, corrigidos desde o afastamento, o qual ocorreu em 03 de novembro de 1985, nos termos do artigo 492 e seguintes da CLT (fls. 555/570).

A União Federal, por sua vez, alega que a reclamante percebeu a título de indenização o valor correspondente a U\$ 7.738,10 (sete mil, setecentos e trinta e oito dólares e dez centavos), pagos pela Fundação Visconde de Cabo Frio ao Fundo de Assistência Social (FAS), instituições criadas no âmbito do Ministério das Relações Externas com a finalidade de prestar assistência

previdenciária aos servidores da União Federal por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho. Afirma, também, que, no tocante ao aviso prévio, a despedida foi precedida por comunicação, conforme ofício datado de 04 de setembro de 1985, juntado pela própria reclamante, o que afastaria o direito ao pagamento pleiteado, uma vez que seu efetivo afastamento ocorreu em 03 de novembro de 1985, portanto após 60 (sessenta) dias da comunicação. Aduz, ainda, que conforme a ficha de controle de férias do Consulado a recorrente gozou as férias relativas aos exercícios de 1983 a 1985; não havendo registro de qualquer convocação para serviços extraordinários, inclusive nos finais de semana. Por fim, assevera que a relação dos serviços prestados no exterior à União Federal é regida pela Lei nº 5.809/72, que exclui o recebimento de qualquer vantagem pecuniária não prevista na referida lei.

Em primeira instância houve audiência de conciliação, realizada em *30 de agosto de 1989*, ocasião em que a recorrida apresentou o rol de testemunhas a serem ouvidas por meio de carta rogatória.

O MM. Juízo de primeira instância prolatou sentença em *20 de outubro de 2000*, julgando improcedente o pedido, ao argumento de que a recorrente não faria jus às verbas pleiteadas na inicial, uma vez que estava subordinada aos preceitos normativos da Lei nº 5.809/72, tendo, inclusive, sido paga indenização e demais verbas pela Fundação Cabo Frio, de forma regular.

Subiram os autos a este E. Tribunal em *10 de setembro de 2002*.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, o parecer emitido foi no sentido de ser desprovido o recurso interposto, por entender a i. Procuradora Regional da República, que a CLT - Consolidação das Leis do trabalho - é inaplicável ao caso concreto, tendo em vista a edição da Lei nº 5.809/72, que regulamenta o serviço prestado à União no exterior, razão pela qual sustenta a improcedência do pedido inicial formulado pela recorrente.

Às fls. 398/405 foi proferido acórdão por esta E. Corte, o qual declarou a incompetência originária e absoluta da Justiça Federal para análise e julgamento do feito, anulando, por consequência, a r. sentença proferida pelo Juízo *a quo*, com a determinação para que os autos fossem remetidos a uma das Varas da Justiça Trabalhista do Estado de São Paulo, restando prejudicado o mérito do recurso ordinário interposto.

Os autos foram distribuídos à 27ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, tendo aquele Juízo, quando da prolação da r. sentença, suscitado o conflito negativo de competência, determinando o encaminhamento dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Às fls. 499/501, o colendo Superior Tribunal de Justiça conheceu do referido conflito negativo, declarando competente este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para julgar o recurso ordinário interposto pela reclamante. Tal decisão foi objeto de agravo regimental por parte da reclamante, ao qual foi negado provimento, por unanimidade, por aquele órgão julgador.

É o relatório.

Ao revisor.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): A questão em deslinde no presente feito depende, eminentemente, de definição acerca do regime jurídico ao qual estava vinculada a recorrente quando exercia a função de auxiliar administrativo perante o Consulado Geral do Brasil em Paris, França, no período entre 1º de junho de 1975 e 03 de

novembro de 1985, quando foi demitida por sua chefia.

Primeiramente, destaco que a recorrente não ocupava cargo público, haja vista que não exercia função comissionada, nem foi aprovada em concurso público de provimento efetivo, razão pela qual não se pode atribuir a ela a condição de servidor público.

Por outro lado, verifico que o trabalho prestado ocorreu de forma permanente em órgão da União Federal no exterior, em regime de subordinação funcional e salário certo, preenchendo os requisitos para que seja caracterizada a condição de empregado público.

Assim, de acordo com as características do vínculo empregatício firmado entre a recorrente e a União Federal, tenho por aplicável o regime da Consolidação das Leis do Trabalho ao caso concreto.

Como esteio a este entendimento, trago à baila trechos de voto exarado pelo Exmo. Ministro Vicente Leal, do C. STJ, quando do julgamento de caso praticamente idêntico ao destes autos, encartada neste feito pela própria recorrente, conforme transcrevo:

O tema central da presente demanda consiste na determinação do regime jurídico a que se encontrava subordinada a reclamante enquanto servidora da União Federal, com atividade no Consulado Brasileiro em Paris - França.

(...).

Temos assim que os servidores da Administração Direta ou são *funcionários públicos*, titulares de cargo público criado por lei - de *provimento efetivo ou em comissão* - ou são *empregados públicos, sujeitos ao regime da CLT*. (...).

Feitas essas premissas, indaga-se: qual o regime que estava sujeita a ora reclamante, admitida como Auxiliar Administrativo no Consulado Geral do Brasil em Paris - França, onde prestou serviços durante mais de vinte anos?

Assinale-se, de logo, que a mesma *não era titular de cargo público*, afastando-se, de consequência, a idéia de ser ela funcionária pública. Jandira Telles *nunca exerceu qualquer cargo público, seja em comissão, seja em caráter efetivo*.

Todavia, trabalhou permanentemente *em órgão da União Federal*, dedicando-se em caráter profissional, *ao serviço público* durante grande parte de sua vida útil e laborativa.

Depreende-se daí que a situação funcional de Jandira Telles há de ser, indubitavelmente, regida pela legislação trabalhista brasileira. Trabalhava em atividade não eventual, em regime de subordinação funcional e mediante salário certo, enquadrando-se, com todas as letras, *na situação conceituada no art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho*. (grifei)

Destaco, ainda, que em outros trechos do v. julgado supra citado, o i. prolator reforça a idéia da aplicação da CLT ao caso análogo, pelo que reservo-me o direito de não transcrevê-los eis que o conteúdo integral da decisão encontra-se a fls. 141 e seguintes destes autos.

Por outro prisma, não se encontram presentes os requisitos necessários à aplicação da Lei nº 5.809/72 ao caso que ora se analisa.

Explico: segundo a rubrica da legislação especial supra citada, tal norma dispõe sobre a retribuição e direitos do pessoal civil e militar em serviço da União no exterior e dá outras providências a este respeito.

Da leitura do referido texto de lei depreende-se que o funcionário ou empregado público enquadrado naquela legislação estará equiparado ao servidor público para os efeitos daquela norma.

No entanto, verifico que a recorrente não se enquadra no contexto de funcionário ou empregado contrato pela União *em missão no exterior*, haja vista que nunca serviu no Brasil, nem mesmo nunca foi designada ou transferida para prestar serviços na condição de missão fora do país.

Assim, a recorrente é empregada pública, sujeita ao regime celetista, uma vez que não se encontrava, desde o início de suas atividades, em missão no exterior. Senão, vejamos.

O artigo 3º, da referida Lei nº 5.809/72 reza que:

O servidor em *serviço no exterior* - assim considerado *aquele que se encontra em missão fora do País por ter sido nomeado ou designado para o desempenho* ou exercício de cargo, de função ou atividade no exterior - pode ser enquadrado em uma das seguintes missões ou atividades:

I - quanto ao tipo:

- a) missão permanente;
- b) missão transitória; e
- c) missão eventual

II - quanto à natureza;

- a) diplomática;
- b) militar; e
- c) administrativa.

De tal forma, verifica-se que a recorrente, por não ter sido nem nomeada, nem designada para servir no exterior, encontra-se na condição de pessoa contratada, o que se deu desde o início no exterior na cidade de Paris, onde vivia a recorrente (fls. 38), não sendo aplicável a ela a condição de servidor que se encontra em missão fora do país.

Verifico, destarte, que a relação jurídica mantida entre a recorrente e a União Federal é, indubitavelmente, como constante das palavras do citado e. Ministro Vicente Leal, regida pela CLT, razão pela qual passo a analisar os pedidos por ela formulados, à luz da referida legislação específica.

Aduz, a reclamante, que trabalhou na condição de auxiliar administrativo junto ao Consulado Geral do Brasil em Paris/França no período de 01/06/1975 a 03/11/1985, ocasião na qual "(...) foi abruptamente despedida, sem receber os consectários legais a que faz jus (*sic*) por Lei." Alega, ainda, que auferia, a título de salário, a importância de US\$ 1.550,00 (um mil, quinhentos e cinquenta dólares) mensais, bem como que, nos últimos dois anos, ocupou expediente extraordinário, trabalhando das 10hs às 24hs, durante quatro vezes ao mês, além de três domingos normais por mês, o que perfaz um total de 74 (setenta e quatro) horas extras realizadas.

Diante disso, pleiteia:

- a) Indenização prevista no artigo 492 da CLT, pelo seu tempo de serviço, qual seja: 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 02 (dois) dias;
- b) Aviso Prévio, nos moldes do artigo 487 do CLT;
- c) Férias, nos moldes dos artigos 129 e seguintes da CLT (01 simples e 02 em dobro);
- d) 13º salário pelo período de dois anos, nos moldes do quanto disposto pela Lei nº 4.090/1962;
- e) FGTS, nos moldes da Lei nº 5.107/66;
- f) PIS/PASEP;
- g) Horas extras; horas extras noturnas; e domingos e feriados trabalhados.

Ante a diversidade de pedidos, necessário se faz a análise pormenorizada de cada um deles, no intuito de se analisar as suas peculiaridades.

A) INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 492 DA CLT e FGTS, nos moldes da Lei nº 5.107/66.

O artigo 492 da CLT assim prevê:

Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Trata o artigo supra transcrito da estabilidade decenal - como é conhecida a indenização ora pretendida - sendo que texto legal mencionado garantia ao trabalhador, *antes da instituição do FGTS*, o direito de receber um salário por ano, após dez anos de serviço na mesma empresa, quando da demissão sem justa causa. Com a criação do FGTS (Lei nº 5.107/66), tal estabilidade passou a atingir apenas os não-optantes do FGTS. De se dizer, ainda, que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o regime do FGTS tornou-se obrigatório, donde se extrai que só possuem estabilidade decenal aqueles que adquiriram 10 (dez) anos de serviço até 04.10.88, não sendo optantes do regime do FGTS.

De se ressaltar, contudo, que, de acordo com os entendimentos jurisprudenciais proferidos pelo c. Tribunal Superior do Trabalho, a opção pelo regime do FGTS, por si só, não elimina o direito à indenização relativa ao período contratual anterior a essa opção, o que se confere através do disposto no art. 16 da Lei nº 5.107/66 - vigente à data da opção pelo Fundo - no art. 497 da CLT e no art. 14 da Lei 8.036/90, vez que restou assegurado ao empregado optante pelo regime do FGTS e que já contasse, nesse momento, com mais de dez anos de serviço, o direito ao recebimento da indenização atinente ao período anterior a sua opção.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. OPÇÃO PELO REGIME DO FGTS. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO PERÍODO ANTERIOR À OPÇÃO. Na época em que os Reclamantes optaram pelo regime do FGTS vigoravam os termos da Lei nº 5.107/66, a qual, em seu art. 16 dispunha, que -os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta Lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no art. 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta Lei-. Conclui-se, portanto, que a opção pelo regime do FGTS exercida pelos Reclamantes e a consequente renúncia à estabilidade decenal do art. 492 da CLT, não afasta o direito à percepção de indenização correspondente ao período contratual anterior à opção pelo regime do FGTS, já que se trata de direito adquirido. Nesse passo, a continuidade do vínculo empregatício e a rescisão contratual por iniciativa da Reclamada exigem todas as reparações decorrentes da despedida injusta, incluindo as indenizações dos arts. 477, 478 e 497 da CLT quanto ao período anterior à opção pelo FGTS. Agravo de Instrumento desprovido.

(TST - AIRR, Processo: 479-80.2011.5.03.0104, órgão Julgador: Quarta Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT DATA: 14/09/2012)

Após tais considerações, passo a analisar as peculiaridades do caso concreto, o que faço nos seguintes termos:

Não há, nos autos, qualquer elemento probatório capaz de demonstrar que a autora era optante do regime do FGTS (Termo de Opção assinado pela reclamante ou mesmo a sua CTPS). Por outro lado, restou devidamente comprovado que a mesma trabalhou perante o Consulado Geral do Brasil em Paris/França, exercendo a função de auxiliar administrativa,

por dez anos, cinco meses e dois dias (fls. 09), donde se depreende que preencheu os requisitos para o enquadramento na estabilidade decenal.

Assim, considerando que a sua demissão não se deu por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, mas sim sem justa causa, verifico que a mesma teria direito à reintegração ao serviço ou à conversão de tal reintegração em indenização por rescisão, a ser paga em dobro, nos moldes do quanto disposto nos artigos 495, 496 e 497 da CLT, *in verbis*:

Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

Tendo em vista que a reintegração da autora, a essa altura, se mostra totalmente inviável em virtude (i) do lapso de tempo entre a sua dispensa e o julgamento do presente feito, (ii) do fato do Consulado se encontrar instalado em outro país; e (iii) da autora residir na cidade de São Paulo desde 1986 (fls. 08), sem qualquer notícia, até a presente data, de eventual mudança em seu domicílio - entendo deva ser convertida a reintegração em indenização trabalhista, a qual deve lhe ser paga em dobro, nos termos dos artigos 478 e 487 da CLT.

Por fim, em decorrência do reconhecimento do direito da autora à indenização acima descrita (estabilidade decenal), entendo por bem afastar a pretensão atinente à percepção do FGTS, considerando não só serem as mesmas inacumuláveis, mas também o fato de que a sua dispensa se deu antes da promulgação da CF/88 (novembro/1985) e que a mesma não comprovou ter optado, à época, pelo regime do FGTS.

Desta forma, há de se condenar a ré ao pagamento da indenização atinente à estabilidade decenal, nos moldes dos artigos 478 e 487 da CLT, afastando, contudo, o pedido atinente à percepção do FGTS.

B) AVISO PRÉVIO (ART. 487 DA CLT).

No tocante ao aviso prévio, o artigo 487 da CLT assim dispõe:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

(...)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

(...) (grifos nossos)

Compulsando os autos, verifico que tal regramento foi devidamente respeitado no caso em tela, vez que, ao contrário do quanto afirmado pela recorrente, a sua dispensa não se deu de maneira abrupta e repentina, tendo sido precedida de comunicação, a qual observou o prazo de 30 (trinta) dias, nos moldes do quanto legalmente previsto (fls. 10 e 66/67 - Anexos 20 e 21).

Ademais, o documento de fls. 65 (Anexo 19) demonstra, de maneira efetiva, o pagamento do salário relativo ao mês de outubro/1985 - exatamente o mês atinente ao respectivo aviso prévio - o que, por si só, corrobora o afastamento da pretensão da reclamante ao enquadramento da situação da reclamante, nos moldes do § 1º do artigo 487 da CLT, não havendo como reconhecer o direito acerca da percepção da verba atinente ao aviso prévio.

C) FÉRIAS (ART. 129 e seguintes da CLT)

No que se refere à pretensão acerca do recebimento de férias, nos moldes do quando previsto no artigo 129 e seguintes da CLT, há de se proceder uma análise a respeito da documentação encartada aos autos.

As provas produzidas pela União Federal demonstram que a recorrente gozou regularmente das suas férias nos seguintes períodos: *a) ano de 1982* - período de 18/04/1983 a 17/05/1983; *b) ano de 1983* - período de 15/10/1984 a 29/10/1984 e 26/11/1984 a 10/12/1984; e *c) ano de 1984* - período de 13/05/1985 a 11/06/1985) (fls. 68/69 - Anexos 22 e 23), o que, em momento algum foi impugnado pela reclamante.

Somente por isso, no que tange a tais períodos, não há que se aplicar o disposto no artigo 137 da CLT e, por conseqüência, que se falar em pagamento em dobro da respectiva remuneração, vez que o prazo legal foi devidamente observado pela reclamada quando da concessão das férias em favor da reclamante, motivo pelo qual mister se faz a negativa do pedido da autora nesse sentido.

Não obstante tais apontamentos, observo que a dispensa da reclamante se deu em *novembro/1985*, não havendo nos autos qualquer comprovação acerca de eventual pagamento das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985. Assim, considerando que o período aquisitivo das férias relativas a 1985 se iniciou em julho/1985, há de ser reconhecido o direito da reclamante em receber proporcionalmente as férias referentes a tal período, o que deve ser feito na fração de 5/12 (*cinco doze avos*), nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.

D) DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO

No que se refere à gratificação natalina aos trabalhadores, a Lei nº 4.090/62, assim dispôs:

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

(...)

Art. 3º - Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

Não obstante tal dispositivo, a própria União Federal reconhece, expressamente, que não pagou tal gratificação à reclamante, fundamentando-se, para tanto, na Lei nº 5.809/72 e no

Parecer da Consultoria Geral da República nº SR-018, de 20/12/1986, os quais concluíram ser indevido o pagamento do décimo terceiro salário ao servidor com exercício no exterior, tendo em vista a retribuição especial em moeda estrangeira, a qual já supre qualquer remuneração a respeito.

Contudo, conforme já abordado anteriormente, a reclamante não se enquadra na classificação de “servidor com exercício no exterior”, motivo pelo qual não se submete ao disposto na Lei nº 5.809/72, mas sim os direitos reconhecidos aos trabalhadores regidos pela CLT.

Assim, sendo, mister se faz reconhecer, em favor da reclamante, o direito de perceber o 13º (décimo terceiro) salário dos anos por ela trabalhados, *respeitando-se, contudo, a prescrição quinquenal*, a contar, retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo 7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST, ora transcrita:

Súmula nº 308 do TST

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992)

F) PIS

No tocante ao PIS, entendo que o mesmo não é devido pelo Consulado Geral do Brasil no exterior, vez que o mesmo não se enquadra no conceito de empresa, previsto no art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 7/70, a qual instituiu tal Programa de Integração Social.

Ademais, a própria Instrução Normativa SRF nº 387, de 20 de janeiro de 2004, que instituiu o Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais, previu que tais demonstrativos devem ser entregues pelas “(...) *pessoas jurídicas de direito privado em geral e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, submetidas à apuração da Contribuição para PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), nos regimes cumulativo e não-cumulativo, inclusive aquelas que apuram a Contribuição para o PIS/PASEP com base na folha de salários.*” (grifos nossos). Contudo, deixa clara a desobrigatoriedade da entrega de tal formulário pelos seguintes órgãos: “(...) embaixadas, missões, delegações permanentes, consulados-gerais, consulados, vice-consulados,”, donde se depreende que tais órgãos não são obrigados a recolher o PIS.

Diante disso, considerando a desobrigatoriedade do consulado ao recolhimento do PIS, há de ser afastada qualquer pretensão autoral nesse sentido.

G) HORAS EXTRAS, HORAS EXTRAS NOTURNAS E DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS

Na esteira do entendimento da jurisprudência pátria, cabe ao autor comprovar fato constitutivo de seu direito quanto ao labor extraordinário, nos moldes do artigo 818 da CLT c.c. artigo 333, inciso I do CPC.

Para corroborar tal posicionamento, trago à baila os seguintes arestos:

Horas Extras. Ônus da prova. *Em se tratando de fato constitutivo de seu direito, era da reclamante o ônus de comprovar as horas extras realizadas, nos termos do art. 818, CLT c/c, art. 333, I, do CPC, ônus do qual não se desvencilhou.* Recurso Ordinário a que se nega provimento.

(TRT 2ª Região, RECURSO ORDINÁRIO, Processo: 20120054940, Órgão Julgador: Terceira Turma, Rel. Ana Maria Contrucci, Revisor: Mercia Tomazinho, Data de publicação: 19/09/2012) (grifos nossos)

HORAS EXTRAS - PROVA TESTEMUNHAL - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - *Cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito quanto ao labor extraordinário, a teor do art. 818, da CLT., c/c art. 333, inc. I, do CPC.* Desincumbindo-se satisfatoriamente do ônus que lhe cabia, deve ser mantida a r. decisão que julgou procedentes as horas extras pleiteadas.

(TRT 14ª R. - RO 0056/01 - (0036/02) - Rel. Juiz Pedro Pereira de Oliveira - DJRO 16.01.2002) (grifos nossos)

HORAS EXTRAS - PROVA DOS AUTOS - INSUFICIÊNCIA - Converge para o autor o ônus de comprovar a existência do labor extraordinário alegado. Constatando-se a insuficiência do universo probante existente nos autos, mantém-se a sentença que indeferiu as horas extras pleiteadas.

(TRT 20ª R. - RO 2372/01 - (644/02) - Rel. Juiz João Bosco Santana de Moraes - J. 09.04.2002)

Isso, contudo, não ocorreu no caso em tela, vez que a reclamante não logrou êxito em comprovar, de maneira contundente, o seu labor extraordinário, nos moldes do quanto afirmado em sua inicial.

Além de não haver qualquer documentação a respeito do quanto alegado a título de horas extras, é de se observar que os depoimentos testemunhais não se prestam para comprovar que, de fato, a mesma trabalhava das 10hs às 24hs, durante quatro vezes ao mês e a cada mês, durante três domingos normais, senão vejamos:

A primeira testemunha - *Sra. Amélia Massako Mihara* - apenas afirmou, em seu depoimento, que necessitou dos trabalhos da reclamante para liberação de bagagem, o que se deu, inclusive, aos sábados e domingos (fls. 95):

(...) Que necessitou dos trabalhos da reclte. na França, especialmente para liberação de bagagem, e que a depoente estava vinculada à empresa Maurício de Souza Produções; que o horário de trabalho da reclamante era de 10:00 às 18:00 horas e que a depoente precisou de seus serviços inclusive aos sábados e domingos.

Tal depoimento, contudo, não apontou especificamente, quantos e/ou quais sábados e domingos foram trabalhados pela autora, o que, por si só, afasta a característica de habitualidade dos serviços exercidos nos finais de semana.

O mesmo se diz quanto à segunda testemunha - *Sra. Maria Lúcia Lisboa* - que assim declarou, às fls. 96:

(...) conheceu a reclte. na França, quando a depoente recorreu ao Consulado para obter informações a cerca de cursos; que em duas oportunidades foi atendida pela reclte.; que na terceira vez que a procurou soube que ela houvera sido demitida do serviço; que o horário de prestação de serviços de reclte. era o horário normal, isto é, da 9:00 às 18:00 horas; *que soube pela própria reclte.* e por demais pessoas da embaixada que a reclte. quando necessário trabalhava aos sábados e domingos; (...) (grifos nossos)

Depreende-se, portanto, que a depoente não presenciou, em momento algum, o trabalho exercido pela reclamante aos sábados e domingos. Pelo contrário: apenas foi cientificada de que isso ocorria através de informações veiculadas pela própria interessada, o que, por si só, torna frágil a prova produzida.

Por fim, a testemunha Estella de Souza, ouvidas às fls. 302/303, assim declarou:

(...) que conheceu a Sra. Lavínia, em 1979, no Consulado do Brasil em Paris. A depoente era secretária do Cônsul Geral e a Sra. Lavínia trabalhava no setor de passaportes. Na entrada o horário era o mesmo, mas na saída a depoente fica mais tempo acompanhando o Cônsul. Geralmente a depoente ficava mais tempo que os demais funcionários. (...) *A depoente ignora se a Sra. Lavínia realizava trabalhos extra em algum dia e em finais de semana.* O horário de trabalho era das 10hs às 18hs, e depois passou para as 17hs, e havia um horário de almoço que conforme o Chefe da Chancelaria era de uma hora ou uma hora e meia. (...) (grifos nossos)

Tal depoimento, da mesma forma que os demais colhidos e transcritos, nada comprova acerca da efetiva realização de hora extra em caráter habitual e permanente por parte da reclamante, motivo pelo qual a sua pretensão, nesse aspecto, merece ser totalmente afastada.

Diante disso e por tudo que dos autos consta, há de se concluir que a pretensão da autora merece acolhimento apenas no que tange ao reconhecimento do seu direito à percepção (i) da indenização prevista nos artigos 478 e 487 da CLT (estabilidade decenal); (ii) da verba referente ao 13º (décimo terceiro) salário relativo aos anos por ela trabalhados, ressalvando-se, contudo, a prescrição quinquenal, a contar, retroativamente, da data do ajuizamento da ação, nos moldes do artigo 7º, XXIX da CF, artigo 11 da CLT e Súmula 308 do TST; e (iii) das férias proporcionais atinentes ao ano de 1985, na fração de 5/12 (cinco doze avos), nos moldes do artigo 146, parágrafo único da CLT.

Ressalto, ainda, que sobre tais valores deverão ser acrescidos correção monetária e juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, nos moldes do Decreto-lei nº 2.322/87, o qual deve perdurar até a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, datada de 24 de agosto de 2001. A partir de então, os mesmos deverão incidir no percentual de 6% (seis por cento) ao ano até o advento da Lei nº 11.960/2009, ocasião na qual passarão a ser calculados nos mesmos moldes aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 5º da referida lei.

De se dizer, também, que tais valores devem ser apurados, em sede de liquidação de sentença, e *devidamente compensados com o quanto por ela já percebido em janeiro/1986 (US\$ 7.738,10), a título de indenização de saída* (doc. fls. 63/Anexo 17), cuja atualização deve incidir nos mesmos moldes do quanto acima fixados.

Por fim, condeno a reclamada a proceder a anotação da CTPS da reclamante do período em que a mesma trabalhou junto ao Consulado Geral do Brasil, nos moldes da fundamentação supra.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* ao recurso ordinário interposto pela reclamante.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Tributário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0003582-52.2009.4.03.6182

(2009.61.82.003582-1)

Agravante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 79/80

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Sucedida: REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A - RFFSA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERBERT DE BRUYN

Classe do Processo: AC 1794054

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

EMENTA

AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA - ARTIGO 557 DO CPC - NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO - IPTU - IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA - SUCESSÃO TRIBUTÁRIA - IMUNIDADE.

1. A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.
2. É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.
3. A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da extinta RFFSA.
4. Os serviços explorados pela RFFSA constituem serviços públicos de competência da União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição da República.
5. Manutenção da decisão impugnada, a qual se fundamentou em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria trazida aos autos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela municipalidade contra decisão monocrática do relator, proferida nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, consistente na negativa de seguimento à apelação interposta em face de sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal.

Sustentou, o agravante, a não imunidade tributária da União, vez que não há, no sistema normativo, a chamada “imunidade superveniente”.

Apresento o feito em mesa para pronunciamento da Sexta Turma, na forma regimental. É o relatório.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Ao apreciar referido recurso, assim decidiu o relator:

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pela Prefeitura exequente contra sentença que extinguiu a execução fiscal, por reconhecer a imunidade tributária da União quanto ao IPTU. Decisão não submetida à remessa oficial.

Pleiteia, a apelante, a reforma da sentença. Sustenta a exigibilidade do IPTU, porquanto a RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A) era a proprietária do imóvel à época da incidência do fato gerador e, por sua natureza de sociedade de economia mista, não gozaria de imunidade tributária.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Em suma, é o relatório.

DECIDO.

A sistemática adotada pela Lei nº 9.756/98, ao alterar o art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de índole procrastinatória, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atende aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Cinge-se a presente exação ao IPTU, consoante informado pela CDA de fls. 15/19.

A imunidade recíproca estatuída pelo art. 150, VI, “a” da Constituição Federal, extensível às autarquias e fundações públicas segundo o § 2º do mesmo dispositivo, define negativamente o campo subjetivo sobre o qual recai a competência impositiva das pessoas políticas, de modo que não alcancem umas às outras.

É a norma constitucional circunscrita aos impostos, tributos para cuja incidência é indiferente a prestação de uma atividade estatal específica. Não assim quanto às taxas, atreladas que são ao fornecimento de serviços públicos ou ao exercício do poder de polícia. Utilizando-se do serviço público prestado por um Ente, o outro Ente, ou entidade sua, se sujeita à cobrança da taxa respectiva.

A imunidade tributária da União quanto ao IPTU decorre de norma constitucional expressa, não havendo dúvida quanto à ilegalidade de sua exigência. Remansosa a jurisprudência neste mesmo diapasão, inclusive na situação presente dos autos, na qual a União é sucessora da

extinta RFFSA:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. POSSE PRECÁRIA. PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, ‘A’, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. (...) Impossibilidade de tributação, pela Municipalidade, dos terrenos de propriedade da União, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição. (...)

(STF, RE-AgR 599417, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 22/10/09)

(...) O imóvel, portanto, sobre o qual incidiu o IPTU é hoje de propriedade da União, que goza da imunidade constitucional, a teor do disposto no artigo 150, VI, ‘a’, da CF/88. (...) Conclui-se, então, que, com a sucessão da União na propriedade do imóvel, mesmo depois do lançamento, fica afastada a possibilidade de tributação em virtude da subsunção à hipótese de norma negativa de competência tributária, a teor do disposto no artigo 150, VI, ‘a’, da CF/88”. (fls. 131) (...)

(STJ, AgRg no REsp 1172882/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03/11/2010)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FEPASA - FERROVIA PAULISTA S/A (INCORPORADA PELA RFFSA - REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, SUCEDIDA PELA UNIÃO FEDERAL). IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). IMUNIDADE A IMPOSTOS. 1. Os débitos inscritos na dívida ativa, relativos ao IPTU, estão sendo cobrados pela Prefeitura Municipal de São Vicente /SP em face da Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, incorporada pela RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A, que por sua vez foi extinta por força da Medida Provisória nº 353/07, convertida na Lei nº 11.483/07, e sucedida pela União em seus direitos, obrigações e ações judiciais. 2. Ao tempo do ajuizamento da execução já havia ocorrido a incorporação da FEPASA pela RFFSA, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, para exploração de serviços públicos de transporte ferroviário, de competência da União (art. 21, XII, *d*, CF/88), podendo se valer dos benefícios da imunidade consagrada aos entes políticos no art. 150, VI, *a*, da Carta Magna, não se sujeitando à tributação por meio de impostos. 3. Apelação improvida”.

(TRF3, AC1632405, rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJ 13/10/11)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. UNIÃO. IPTU. IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE. ART. 150, VI, *a*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. (...) II - Transferida a propriedade do imóvel da extinta RFFSA para a União, mesmo depois do fato gerador ou lançamento, fica afastada a possibilidade de tributação pelo IPTU, em face da imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea ‘a’, da Constituição da República. III - Agravo legal improvido”.

(TRF3, AC 1586267, rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJ 0/08/11)

Diante da pacificação da matéria, nego seguimento à apelação, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ademais, cumpre observar que os serviços explorados pela RFFSA constituem serviços públicos de competência da União, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição da República.

Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão agravada, sendo de rigor sua manutenção.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0001006-07.2010.4.03.6003

(2010.60.03.001006-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: PAULO BENTIVOGLIO

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TRÊS LAGOAS - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: ApelReex 1790548

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2013

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DECORRENTE DA LEI Nº 10.256/01. EXIGIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO OU COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CPC, ART. 543-B). APLICABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 9 de junho de 2005 (STF, RE nº 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11).

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu “receita” ao lado de “faturamento”, venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 (TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.014084-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.000892-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 04.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.016210-6, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 04.10.10; Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.010001-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Lemos, j. 03.08.10).

3. A parte autora pleiteia assegurar o direito à repetição da contribuição prevista no art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 8.540/92 e alterações

posteriores, desde julho de 2000 (fl. 29). A presente demanda foi proposta em 16.07.10 (fl. 2), logo, incide o prazo prescricional quinquenal, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 16.07.05, devendo ser reformada a sentença.

4. A sentença recorrida encontra-se em dissonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal no sentido da exigibilidade da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização rural dos empregadores rurais pessoas físicas após o advento da Lei nº 10.256/01, razão pela qual merece reforma.

5. Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do Código de Processo Civil (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.06.12).

6. Reexame necessário e apelação da União providos, e recurso adesivo da parte autora não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao reexame necessário e à apelação da União, e negar provimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pela União e, adesivamente, por Paulo Ben-tivoglio contra a sentença de fls. 261/266, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência da relação jurídica tributária entre as partes, decorrente das normas constantes do art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.540/92 e legisla-ções posteriores, nos termos da fundamentação, e condenou a parte ré a restituir os valores indevidamente recolhidos pela parte autora, não atingidos pela prescrição, a serem apurados quando da liquidação da sentença. Na hipótese de existirem notas fiscais juntadas aos autos que não discriminam os valores retidos a título de “Novo Funrural”, determinou que deverá a parte autora comprovar a efetiva retenção. Os valores a serem restituídos deverão ser pagos em uma única parcela, e sobre eles deverá incidir a taxa SELIC, desde a data de cada reten-ção até 29.06.09, bem como índices oficiais de remuneração básica e de juros remuneratórios aplicados à caderneta de poupança a partir de 29.06.09. Condenou a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte autora, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado do valor a ser restituído, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. A parte ré deverá reembolsar à parte autora o valor das custas adiantadas nos autos.

A União alega, em síntese, o seguinte:

a) estão prescritas as parcelas recolhidas há mais de cinco anos da propositura desta demanda;

b) não há que se cogitar a inconstitucionalidade formal do art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91;

c) “a Lei 10.256/01 escoimou de quaisquer vícios, porventura existentes, o art. 12 da Lei nº 8.212/91” (fls. 276/293).

A parte autora, por sua vez, alega, em síntese, que “deveria ser aplicado os efeitos da revelia à União Federal, ao menos em relação à matéria de fato, pois esta deveria ter provado em sede de contestação a ausência de pagamento pelo Autor da contribuição para o FUNRURAL” (fls. 296/298).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 300/308 e 310/312).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Prescrição. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade.* O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 9 de junho de 2005:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACATIO LEGIS* - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais

e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE nº 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11, para fins do art. 543-B do Código de Processo Civil)

Funrural. Empregador rural pessoa física. Art. 25 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 10.256/01. Exigibilidade. O STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu “receita” ao lado de “faturamento”, venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, *CAPUT* E PARÁGRAFOS, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 8.540/92, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 12, V E VII, 25, I E II E 30, IV, DA LEI Nº 8.212/91. PRODUTOR RURAL EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 10.256/2001.

1. No dia 03 de fevereiro de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação venha a instituir a contribuição (STF, Pleno, RE-363852, Informativo STF nº 573)

2. Somente o produtor rural que exerce atividade em regime de economia familiar deve estar sujeito à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/91. Isto, todavia, apenas até a égide da Lei nº 10.256, de 2001, que novamente modificou a redação do artigo 25 da Lei nº 8.212/1991.

3. A nova redação impõe contribuição semelhante àquela tratada no julgamento do STF acima transcrito, todavia em substituição daquela que normalmente incidiria sobre a sua folha de pagamento, superando o fundamento pelo qual se controvertia acerca da constitucionalidade. Aliás, o julgado daquela colenda Corte máxima ressalvou expressamente a legislação posterior.

4. Ao que tudo indica, o agravado explora a atividade agropecuária e possui empregados.

5. Agravo a que se dá parcial provimento para suspender a exigibilidade da contribuição fundada no artigo 25 da Lei nº 8.212/1991 com a redação dada pela Lei nº 9.258/1997, tão-somente até a vigência da Lei nº 10.256, de 2001.

(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.014084-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 19.10.10)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DECORRENTE DA LEI Nº 10.256/01. EXIGIBILIDADE.

1. O STF declarou a inconstitucionalidade dos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu “receita” ao lado de “faturamento”, venha instituir a exação (STF, RE nº 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.02.10). No referido julgamento, não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei nº 10.256/01, que modificou o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91 para fazer constar que a contribuição do empregador rural pessoa física se dará em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22 da mesma lei. A esse respeito, precedentes deste Tribunal sugerem a exigibilidade da contribuição a partir da Lei nº 10.256/01, na medida em que editada posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98 (TRF da 3ª Região, AI nº 0017067-07.2010.4.03.0000, Des. Fed. em substituição regimental Ramza Tartuce, decisão, 12.07.10; AI nº 0008022-76.2010.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, decisão, 16.04.10).

2. Agravo legal provido.

(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.000892-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 04.10.10)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, “CAPUT”, DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve-se enfrentar, especificamente, a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve-se demonstrar que aquele recurso não é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência deste Tribunal ou das Cortes Superiores.

2. Decisão que, nos termos do art. 557, “caput”, do CPC, negou seguimento ao recurso, em conformidade com o entendimento pacificado pelo Egrégio STF, que declarou inconstitucional a contribuição do empregador rural pessoa física, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, instituída pela Lei 8540/92, até que legislação nova, arrimada na EC 20/98, venha a instituir a contribuição (RE nº 363852/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 23/04/10).

3. Após a vigência da EC 20/98 - que inseriu ao lado do vocábulo “faturamento”, no inc. I, “b”, do art. 195 da CF/88, o vocábulo “receita” -, nova redação foi dada pela Lei 10256, de 09/07/2001, ao art. 25 da Lei 8212/91, instituindo novamente as contribuições do empregador rural pessoa física incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, mas sem afronta ao disposto no art. 195, § 4º, da CF/88, visto não se tratar, no caso, de nova fonte de custeio.

4. No caso concreto, tendo em conta que, após a vigência da Lei 10256/2001, tornou-se devida a exigência da contribuição do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não pode prevalecer a decisão de Primeiro Grau que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, como ficou consignado na decisão ora agravada.

5. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.

6. Recurso improvido.

(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.016210-6, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 04.10.10)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODU-

ÇÃO RURAL. PRODUTOR (EMPREGADOR) RURAL PESSOA FÍSICA. LEI Nº 10.256/01. CONSTITUCIONALIDADE.

I - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 363.852-1, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.529/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, viesse a instituir a contribuição.

II - Os vícios de inconstitucionalidade declarados pela Suprema Corte foram corrigidos com a edição da Lei nº 10.256/01, que deu nova redação ao *caput* do artigo 25, de forma que a contribuição do empregador rural pessoa física substituiu a contribuição tratada nos incisos I e II da Lei nº 8.212, cuja base de cálculo era a folha de salários, passando a incidir apenas sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, disciplina compatível com as alterações constitucionais levadas a efeito pela Emenda Constitucional nº 20/98.

III - Após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e da Lei nº 10.256/01, não se pode mais falar em violação à isonomia ou de necessidade de lei complementar, posto que o empregador rural não contribui mais sobre a folha de salários, contribuição esta substituída pelo valor da receita proveniente da comercialização da sua produção, fonte de custeio trazida pela emenda constitucional anteriormente citada, o que afasta a aplicação do disposto no § 4º do artigo 195.

IV - Agravo de legal provido.

(TRF da 3ª Região, Agravo Legal no AI nº 2010.03.00.010001-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Roberto Lemos, j. 03.08.10)

Do caso dos autos. A parte autora pleiteia assegurar o direito à repetição da contribuição prevista no art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com redação da Lei nº 8.540/92 e alterações posteriores, desde julho de 2000 (fl. 29). A presente demanda foi proposta em 16.07.10 (fl. 2), logo, incide o prazo prescricional quinquenal, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 16.07.05, devendo ser reformada a sentença.

A sentença recorrida encontra-se em dissonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal no sentido da exigibilidade da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização rural dos empregadores rurais pessoas físicas após o advento da Lei nº 10.256/01, razão pela qual merece reforma.

Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do Código de Processo Civil (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.06.12).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao reexame necessário e à apelação da União para pronunciar a prescrição dos recolhimentos anteriores a 06.07.05 e julgar improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I e IV, do Código de Processo Civil, e NEGO PROVIMENTO ao recurso adesivo da parte autora, condenando-a a pagar as custas e os honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

- Sobre a constitucionalidade do FUNRURAL, veja também o seguinte julgado: Ag AC 0005263-69.2010.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 114/428.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0016403-20.2011.4.03.6182

(2011.61.82.016403-2)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 69/70

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP

Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AC 1754306

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CAIXA ECONOMICA FEDERAL - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR) - IMUNIDADE NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

1. O Programa de Arrendamento Residencial foi criado pela Lei nº 10.188/01 e tem por finalidade suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda, valendo-se de arrendamento residencial com opção de compra (artigo 1º), ao qual é aplicável, no que for cabível, o regramento do arrendamento mercantil (artigo 10).

2. Cabe a Caixa Econômica Federal a operacionalização do programa, sendo que, para o desempenho de referida atribuição, foi-lhe autorizada a criação de fundo financeiro, com vistas à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao PAR (artigo 2º), cujo patrimônio é constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito de mencionado programa.

3. A Caixa Econômica Federal detém a propriedade dos imóveis ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/01, com o que deve ser colocada na posição de contribuinte dos impostos incidentes sobre mencionado bem, nos termos do artigo 34 do CTN. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: *Terceira Turma, AG 91918, processo 200805000850781, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 07/10/2010, v.u., publicado no DJE em 14/10/2010, p. 677; Segunda Turma, AG 112279, processo 00183259520104050000, Des. Fed. Francisco Barros Dias, j. 15/02/2011, v.u., publicado no DJE em 24/02/2011, p. 590.*

4. Abrangendo apenas impostos, a imunidade tributária recíproca não se estende à CEF, por tratar-se de empresa pública instituída nos termos do artigo 173 da Constituição da República de 1.988, devendo submeter-se, portanto, ao § 2º de referida norma.

5. A destinação de eventual saldo do fundo em questão para o patrimônio da União não tem o condão de modificar o entendimento acima exposto. Numa situação hipotética de dissolução da executada, por exemplo, eventual saldo também seria destinado à União, por tratar-se de empresa pública com capital exclusivo desse ente da Federação (artigos 1º e 3º do Decreto-Lei nº 759/69), sem que isso determine o alcance da imunidade recíproca para abranger a CEF.

6. Inversão dos ônus sucumbenciais.

7. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de janeiro de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Cuida-se de agravo interposto em face de decisão que, monocraticamente, rejeitou os embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal, para manter a decisão que reconheceu a legitimidade da cobrança do IPTU. Houve condenação da Caixa Econômica Federal ao pagamento da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do CPC, fixada em 1% sobre o valor atribuído à causa.

Em face desta decisão, a Caixa Econômica Federal interpôs o presente meio de impugnação (fls. 80/83), sustentando, em síntese, a imunidade tributária do imóvel pertencente ao PAR (Programa de Arrendamento Residencial), sob o fundamento de que o patrimônio é da União, eis que o PAR é programa habitacional do governo federal, com origem e contabilização totalmente segregados do patrimônio da Caixa. Aduz que a Caixa Econômica Federal é apenas operadora do fundo estatal, sem qualquer objetivo de lucro ou de promoção do mercado imobiliário nos locais em que são instaladas as unidades vinculadas ao programa. Alega, ainda, haver contradição na decisão vergastada, bem como aduz que o resultado da decisão diverge de julgados da 4ª Turma desta Corte, fato que compromete a segurança jurídica, devendo ser instaurado incidente de uniformização de jurisprudência (art. 103, a, RITRF). Junta comprovante do recolhimento do valor da multa a que foi condenada (fls. 85).

Não vislumbrando motivo para retratação, submeto o agravo legal à apreciação da E. 3ª Turma.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Não vejo razões, em sede de revisão do “decisum”, para modificar o entendimento inicialmente por mim manifestado. Apreciando monocraticamente a controvérsia, assim decido (fls. 69/70):

A hipótese comporta julgamento nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil. A execução fiscal ora embargada objetiva a cobrança de IPTU referente ao exercício financeiro de 2007.

O Programa de Arrendamento Residencial foi criado pela Lei nº 10.188/01 e tem por finalidade suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda, valendo-se de arrendamento residencial com opção de compra (artigo 1º), ao qual é aplicável, no que for cabível, o regramento do arrendamento mercantil (artigo 10).

Cabe a Caixa Econômica Federal, ora apelada, a operacionalização do programa, sendo que, para o desempenho de referida atribuição, foi-lhe autorizada a criação de fundo financeiro, com vistas à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao PAR (artigo 2º), cujo patrimônio é constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito de mencionado programa.

Muito embora haja regra no sentido de que os bens e direitos em evidência não se comunicam com o patrimônio da CEF, consta expressamente da lei que os bens imóveis são mantidos sob a propriedade fiduciária da ora agravante (artigo 2º, § 3º).

Por força do artigo 109 do CTN, deve-se buscar o conceito de propriedade fiduciária no direito privado, o qual preceitua que se trata de propriedade de caráter temporário, de titularidade do credor, com a finalidade de garantir uma dívida.

Dessa forma, conclui-se que a CEF detém a propriedade dos imóveis ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/01, com o que deve ser colocada na posição de contribuinte dos impostos incidentes sobre mencionado bem, nos termos do artigo 34 do CTN.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, confira:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DO MUNICÍPIO CONTRA A CEF. IPTU. CONTRATO DE ARRENDAMENTO . 1. A execução manejada pelo Município para a cobrança do IPTU fora corretamente aviada contra a CEF, porquanto é ela a proprietária do bem imóvel que ensejou o tributo em comento. 2. O contrato de arrendamento não tem o condão de alterar de imediato a titularidade do bem, posto que só ao final do prazo contratual o arrendatário terá a opção de compra do imóvel. 3. Ademais, ainda que exista cláusula no contrato de arrendamento cominando ao arrendatário a responsabilidade pela quitação do IPTU , cuida-se de convenção entre particulares que não é oponível à Fazenda Pública, consoante reza o art. 123 do Código Tributário Nacional. 4. Agravo de Instrumento improvido.” - g.m.

(Terceira Turma, AG 91918, processo 200805000850781, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 07/10/2010, v.u, publicado no DJE em 14/10/2010, p. 677)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU . IMÓVEL PERTENCENTE AO FAR. CEF. GESTORA. LEGITIMIDADE. NOTIFICAÇÃO. ENDEREÇO DO IMÓVEL. VALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A finalidade do Fundo de arrendamento Residencial - FAR é justamente segregar o patrimônio e contabilidade dos haveres destinados ao PAR, cabendo a gerência dos bens pertencentes, os quais são mantidos sob sua propriedade fiduciária. 2. Não cabe à Agravante furtar-se do dever de adimplir as obrigações tributárias decorrentes da propriedade. Isso porque, tal ônus não será necessariamente suportado pelo seu patrimônio particular, já que, na qualidade de gestora, a CEF poderá dispor dos recursos do FAR, a fim de saldar a dívida. 3. É cediço que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário (Súmula 397 do STJ). 4. No caso, a lei municipal criou presunção de que o endereço do contribuinte seria o imóvel a que se refere o IPTU . Assim, se CEF desejava ser notificada em endereço diverso do constante no cadastro imobiliário, deveria ter cadastrado tal endereço no referido registro, o que não ocorreu na hipótese. 6. Agravo de Instrumento improvido.” - g.m.

(Segunda Turma, AG 112279, processo 00183259520104050000, Des. Fed. Francisco Barros Dias, j. 15/02/2011, v.u., publicado no DJE em 24/02/2011, p. 590).

Resta saber, portanto, se a imunidade tributária recíproca alcança a executada embargante.

Como exceção constitucional ao poder de tributar, o instituto das imunidades tributárias deve ser interpretado restritivamente, não sendo cabível ao aplicador da norma fazê-la incidir sobre hipóteses não previstas pelo legislador.

Abrangendo apenas impostos, entendo que a imunidade tributária recíproca não se estende à CEF, por tratar-se de empresa pública instituída nos termos do artigo 173 da Constituição da República de 1.988, devendo submeter-se, portanto, ao § 2º de referida norma:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

Saliento, por fim, que a destinação de eventual saldo do fundo em questão para o patrimônio da União não tem o condão de modificar o entendimento acima exposto. Numa situação hipotética de dissolução da executada, por exemplo, eventual saldo também seria destinado à União, por tratar-se de empresa pública com capital exclusivo desse ente da Federação (artigos 1º e 3º do Decreto-lei n. 759/69), sem que isso determine o alcance da imunidade recíproca para abranger a CEF.

Em razão do acolhimento da tese recursal, ficam invertidos os ônus sucumbenciais.

Ante o exposto, com fundamento no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso do Município de São Paulo para reconhecer a legitimidade da cobrança do IPTU.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

Conforme se infere do acima exposto, a irresignação da parte agravante foi analisada naquele momento e nada foi acrescentado ao processo que tenha relevância para a modificação do entendimento esposado, razão pela qual se reitera para o julgamento do recurso ora interposto a aludida fundamentação.

Ante o exposto NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

- Sobre a extensão da imunidade recíproca à Caixa Econômica Federal, no que tange a imóveis do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), veja também o seguinte julgado: AC 0048872-61.2007.4.03.6182/SP, Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, publicada na RTRF3R 115/351.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0035015-88.2012.4.03.0000

(2012.03.00.035015-1)

Agravante: GRANOL IND/ COM/ E EXP/ S/A
 Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 247/250
 Agravante: GRANOL IND/ COM/ E EXP/ S/A
 Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 Parte Ré: CERALIT S/A IND/ E COM/
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPINAS - SP
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
 Classe do Processo: AI 493185
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE EMPRESA NO POLO PASSIVO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa “GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A” no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag 1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)

- No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.

- Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.

- Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2013.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de agravo interposto por GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática proferida às fls. 247/250 que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face da decisão que deferiu o pedido de inclusão da ora agravante no pólo passivo da relação jurídica processual, por entender que houve a formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial com a empresa executada.

Sustenta a agravante, em síntese, que houve omissão do juízo monocrático, em relação à aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN, que desautoriza a inclusão da agravante no pólo passivo de execução fiscal promovida contra terceiros. Alega a inaplicabilidade do artigo 557, *caput*, do CPC. Aduz, ainda, a inexistência de prova de formação de grupo econômico, de confusão patrimonial, ou de sucessão empresarial, bem como a inexistência de interesse comum na obrigação principal, o que não permite aplicação da responsabilidade solidária.

Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE EMPRESA NO POLO PASSIVO. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa “GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A” no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag

1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)

- No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.
- Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.
- Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.
- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- Agravo desprovido.

Não é de ser provido o agravo.

Com efeito, é firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal e dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A, em face de decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido de inclusão da referida empresa no polo passivo da relação jurídica processual, por entender que houve a formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial com a empresa executada.

Sustenta a agravante, em síntese, que apenas arrendou parcialmente, em 2005, a planta industrial da empresa Ceralit, bem como restou absolutamente caracterizada as autonomias societária e patrimonial das partes contratantes, não sendo possível qualquer alegação de confusão de patrimônio ou formação de grupo econômico informal. Aduz, ainda, que os créditos tributários exigidos na execução fiscal referem-se aos períodos de 1993, 1997 e 1998, quando a agravante não tinha qualquer relação comercial com a empresa executada, razão pela qual inaplicável a responsabilidade solidária.

Decido.

O artigo 557, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas condições.

E essa é a hipótese ocorrente nestes autos, tendo em vista que a questão discutida neste processo está pacificada nos Tribunais Superiores.

A questão vertida nos presentes autos consiste na análise da possibilidade de inclusão da

empresa “GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A” no pólo passivo da execução fiscal, em razão da existência de formação de grupo econômico de fato e confusão patrimonial, bem como na responsabilidade solidária pelos créditos tributários da executada. No que tange à existência de grupo econômico e a inclusão da empresa “GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A” no pólo passivo da execução fiscal, o Colendo STJ firmou entendimento no sentido do simples fato de duas empresas integrarem o mesmo grupo econômico não ser suficiente à caracterização da solidariedade passiva em execução fiscal (AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 26.10.2011 E AgRg no Ag 1.240.335/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 25.05.2011.)

No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo e a confusão patrimonial das empresas integrantes, somados ao inadimplemento dos tributos devidos e à aparente dissolução irregular da empresa executada.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial firmado por essa Egrégia Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA NO PÓLO PASSIVO.

1. A jurisprudência do E. STJ é firme no sentido de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal.

2. No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial das empresas integrantes, somada ao inadimplemento dos tributos devidos e aparente dissolução irregular da empresa executada.

3. Presença de indícios suficientes a permitir o redirecionamento da execução.”

(AI 00333536020104030000, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 14/04/2011, DJ 13/05/2011)

“AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC - INAPLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - CONFUSÃO PATRIMONIAL - TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.

2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.

3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos supra para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.

4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.

5. Agravo legal a que se nega provimento.”

(AI 00329985020104030000, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Terceira Turma, j. 21/07/2011, DJ 29/07/2011)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. INDÍCIOS CONCRETOS DE FRAUDE: ESVAZIAMENTO PATRIMONIAL E SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE. PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que dados e elementos concretos dos autos apontam a existência de indícios consistentes de que a agravante integra o mesmo grupo econômico da empresa originariamente executada, tendo sido constituída para continuar a exploração das atividades, em áreas afins, no interesse dos sócios da executada, mediante a transferência de bens, sede e capital, com

o objetivo evidente de frustrar o pagamento dos créditos tributários, não adimplidos pela devedora originária, tendo esta alterado o objeto social para atuar em atividade secundária e eventual, como forma de encobrir a fraude pela aparente inexistência de dissolução irregular.

2. Verificadas reiteradas sucessões com esvaziamento patrimonial de empresas do mesmo grupo econômico, como subterfúgio para o inadimplemento dos tributos devidos, é legítima a responsabilidade da agravante e sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal.

3. Em que pese a agravante insista nas alegações de que a empresa originariamente executada permanece em atividade em novo endereço, em nenhum momento demonstrou tal fato, não servindo a este propósito a mera intenção de adesão a parcelamento, assim como não comprovou que aquela mantenha patrimônio passível de garantir os débitos fiscais.

4. O pedido de parcelamento, neste contexto factual específico, não se presta a comprovar a efetiva existência da devedora originária e tampouco sua capacidade econômica para suportar a execução e, por outro lado, quanto aos respectivos efeitos legais, cabe lembrar que a Lei nº 11.941/09 criou forma diferenciada de parcelamento, o qual somente suspende a exigibilidade fiscal depois do ato inicial de adesão, quando definido o alcance fiscal do acordo, assim porque, diferentemente do que ocorreria anteriormente, no regime atual o contribuinte pode escolher os tributos a serem parcelados.

5. Agravo inominado desprovido.”

(AI 0042229-38.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, j. 22/04/2010, DJ 03/05/2010)

Verifica-se, *in casu*, fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial aptos a permitir a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal.

A r. decisão agravada, assim consignou:

“Os arestos acima conferem credibilidade, nesta fase processual, à alegação da existência de grupo econômico entre a executada e a empresa GRANOL, ao qual se permite acrescentar, neste juízo sumário, a holding CEB PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/C LTDA., diante dos seguintes fatos invocados pela exequente:

- ‘O contrato estabelecia que a totalidade da produção da CERALIT seria de propriedade da GRANOL, o que afasta a configuração de simples compra e venda, eis que não era permitido à CERALIT ter outros compradores para a sua produção’

- ‘De acordo com o contrato, a GRANOL pagaria à CERALIT o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) pela tonelada de biodiesel, enquanto que, entre os anos de 2005 e 2009, o valor da tonelada do combustível no mercado variou entre R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 3.000,00 (três mil reais), conforme notícia em anexo’.

- ‘Transcorridos 09 (nove) meses da atuação conjunta entre GRANO e CERALIT, em agosto/2006 foi celebrado instrumento particular de confissão de dívida entre as empresas CERALIT, CEB e GRANOL, através do qual a CERALIT confessou dever à GRANOL o valor de R\$ 3.410.333,61 (três milhões, quatrocentos e dez mil, trezentos e trinta e três reais e sessenta e um centavos).’

- ‘Como forma de pagamento da dívida, confessada pela CERALIT, a CEB transferiu para a GRANOL, a título de dação em pagamento, a totalidade do imóvel de matrícula nº 97.089 e parte do imóvel de matrícula nº 115.684, ambos registrados junto ao 2º CRI de Campinas.’

- ‘Através do encontro de contas que resultou na dívida acima, verifica-se que a GRANOL fez investimentos de melhorias físicas na planta empresarial da CERALIT, pagou a fola de salário dos empregados da CERALIT, bem como efetuou o pagamento de contas de energia elétrica atrasadas, junto à CPFL.’

- ‘Conforme documentos em anexo, verificou-se que a matriz da GRANOL, em 2005 e 2006, contava com 05 (cinco) empregados, enquanto que a filial da GRANOL em Campinas, que funcionava no endereço da CERALIT, não possuía NENHUM empregado. Já a CERALIT, no ano de 2005, empregava 216 (duzentos e dezesseis) trabalhadores e, no ano de 2006, contava com 224 (duzentos e vinte e quatro) empregados.’

- 'Conforme notícia em anexo, no ano de 2007, a GRANOL obteve financiamento junto ao BNDES, no valor de R\$ 35 milhões, para implantação de unidade produtora de biodiesel no município de Cachoeira do Sul/RS. A notícia também informa que a GRANOL investiu no projeto, por meio de recursos próprios, o valor de R\$ 8,9 milhões, e que a empresa já operava uma unidade produtora em Campinas/SP. Ora, se para a instalação de unidade produtora própria no Rio Grande do Sul, a empresa investiu R\$ 8,9 milhões, como explicar o investimento de aproximadamente R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) na unidade de Campinas, que funcionava no parque fabril da CERALIT? Não há outra explicação, senão a formação de grupo econômico entre as empresas GRANOL, CERALIT e CEB'.

Tais fatos revelam confusão patrimonial entre as empresas CERALIT, CEB e GRANOL que permite responsabilizar estas duas últimas pelos débitos fiscais da primeira, conforme iterativa jurisprudência”.

De outra parte, no que tange à inaplicabilidade da responsabilidade solidária, em razão dos créditos tributários em questão terem sido constituídos em momento anterior à assinatura do primeiro contrato entre as partes, verifica-se que o Juízo *a quo*, assim decidiu:

“Também não pode prevalecer a limitação temporal da suposta vigência do contrato. O grupo inicia-se com a assinatura do primeiro contrato entre as partes - 10/11/2005 - e prorroga-se no tempo, afetando os contratos de trabalho de todos os empregados da primeira reclamada, não só porque a formação dos créditos trabalhistas ocorreu em parte nesse período, como também pelo fato da responsabilidade perseguir o patrimônio da excipiente, existente naquele momento”.

Com efeito, em havendo fortes indícios de sucessão empresarial de fato, posto que a agravante associou-se à executada e passou a interferir diretamente na administração desta, arcando com despesas, comungando de interesses econômicos e jurídicos para a consecução de lucro, ultrapassando os limites contratuais de simples arrendamento, conforme assinalado pela r. decisão, mostra-se possível a responsabilização da agravante em relação ao passivo tributário que integrava o patrimônio da empresa executada, com base no artigo 133 do CTN.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 133 DO CTN. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A Corte de origem consignou que ‘houve ampla análise do juízo singular nos autos do processo nº 2002.51.10.003742-8 (fls. 77/278), o qual está apensada à execução fiscal nº 99.0755067-1, onde se evidencia a nítida intenção dos executados em burlar o fisco quanto ao pagamento do tributo por meio de “irreal” contrato de arrendamento’.

2. Constata-se, dessarte, que, na hipótese, a verificação da ocorrência ou não da transferência do estabelecimento comercial, a ensejar a responsabilidade por sucessão prevista no art. 133 do CTN, demanda o revolvimento do suporte fático-probatório carreado aos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice contido na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido”.

(AgRg no AREsp 135361/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, un., j. 17/05/2012, DJe 23/05/2012)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DO RELATOR. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE DESÍDIA DO CREDOR. MOROSIDADE DA JUSTIÇA. SÚMULA 106/STJ. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. 283/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVAS SUFICIENTES. SÚMULA 7/STJ. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ART. 133 DO CTN. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ. RESPONSABILIDADE. PRINCIPAL E MULTA. SÚMULA 83/STJ.

(...)

7. Diante das premissas fáticas firmadas pela Corte de origem, de que ocorrera a sucessão

tributária, sua modificação demandaria o reexame de matéria fático-probatória, além da análise de cláusula contratual, vedado em sede de recurso especial, por força das Súmulas 7 e 5 do Superior Tribunal de Justiça.

8. 'A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.' (REsp 923.012/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 24.6.2010). Acórdão recorrido no mesmo sentido da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 83/STJ. Recurso especial não conhecido". (REsp 1220651/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, un., j. 05/04/2011, DJe 29/04/2011)

Desse modo, considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, não é possível se aferir a ilegitimidade passiva da agravante, posto que a verificação da ocorrência ou não da existência de grupo empresarial, confusão patrimonial e sucessão empresarial, exige dilação probatória e ampla investigação.

Isso posto, nego seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC. Oportunamente, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem, apensando-se aos principais.

Dê-se baixa na distribuição.

Intimem-se.

No mesmo sentido da decisão ora impugnada, recentes julgados do C. STJ e desta E. Corte, *in verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece de recurso especial, por pretensa ofensa ao art. 535 do CPC, quando a alegação é genérica, incidindo, no particular, a Súmula 284/STF.

2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula nº 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal *a quo* chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.

3. A indigitada ofensa ao art. 265 do Código Civil não pode ser conhecida, uma vez que tal dispositivo, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, não foi objeto de questionamento nas instâncias de origem, circunstância que faz incidir a Súmula nº 211/STJ.

4. Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular nº 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância *a quo*, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.

5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.

(STJ, REsp 1071643/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, un., j. 02/04/2009, DJe 13/04/2009)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RESERVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de suposta afronta a dispositivo constitucional, por se tratar de matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

2. O afastamento, pelo Tribunal de origem, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da parte recorrida, em face da reavaliação das provas dos autos, não importa em cerceamento de defesa, mormente quando tal decisão não se baseou em ausência de prova, mas no entendimento de que os pressupostos autorizativos de tal medida não se encontrariam presentes.

3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.

4. Tendo o Tribunal *a quo*, com base no conjunto probatório dos autos, firmado a compreensão no sentido de que não estariam presentes os pressupostos para aplicação da *disregard doctrine*, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedente do STJ.

5. Inexistência de dissídio jurisprudencial.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp 968564/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, un., j. 18/12/2008, DJe 02/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão *a quo* que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto *a quo*.

3. “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legítima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de

mesmo grupo econômico” (Acórdão *a quo*).

4. “Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrigli, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

5. Recurso não-provido.

(STJ, REsp 767021/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, un., j. 16/08/2005, DJ 12/09/2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA NO PÓLO PASSIVO.

1. A jurisprudência do E. STJ é firme no sentido de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal.

2. No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial das empresas integrantes, somada ao inadimplemento dos tributos devidos e aparente dissolução irregular da empresa executada.

3. Presença de indícios suficientes a permitir o redirecionamento da execução.

(TRF3, AI 00333536020104030000, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, Quarta Turma, j. 14/04/2011, DJ 13/05/2011)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC - INAPLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - CONFUSÃO PATRIMONIAL - TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.

2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.

3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos supra para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.

4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AI 00329985020104030000, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Terceira Turma, j. 21/07/2011, DJ 29/07/2011)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. INDÍCIOS CONCRETOS DE FRAUDE: Esvaziamento patrimonial e sucessão. RESPONSABILIDADE.

PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941/09. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que dados e elementos concretos dos autos apontam a existência de indícios consistentes de que a agravante integra o mesmo grupo econômico da empresa originariamente executada, tendo sido constituída para continuar a exploração das atividades, em áreas afins, no interesse dos sócios da executada, mediante a transferência de bens, sede e capital, com o objetivo evidente de frustrar o pagamento dos créditos tributários, não adimplidos pela devedora originária, tendo esta alterado o objeto social para atuar em atividade secundária e eventual, como forma de encobrir a fraude pela aparente inexistência de dissolução irregular.
 2. Verificadas reiteradas sucessões com esvaziamento patrimonial de empresas do mesmo grupo econômico, como subterfúgio para o inadimplemento dos tributos devidos, é legítima a responsabilidade da agravante e sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal.
 3. Em que pese a agravante insista nas alegações de que a empresa originariamente executada permanece em atividade em novo endereço, em nenhum momento demonstrou tal fato, não servindo a este propósito a mera intenção de adesão a parcelamento, assim como não comprovou que aquela mantenha patrimônio passível de garantir os débitos fiscais.
 4. O pedido de parcelamento, neste contexto factual específico, não se presta a comprovar a efetiva existência da devedora originária e tampouco sua capacidade econômica para suportar a execução e, por outro lado, quanto aos respectivos efeitos legais, cabe lembrar que a Lei nº 11.941/09 criou forma diferenciada de parcelamento, o qual somente suspende a exigibilidade fiscal depois do ato inicial de adesão, quando definido o alcance fiscal do acordo, assim porque, diferentemente do que ocorreria anteriormente, no regime atual o contribuinte pode escolher os tributos a serem parcelados.
 5. Agravo uninominado desprovido.
- (TRF3, AI 0042229-38.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, Terceira Turma, j. 22/04/2010, DJ 03/05/2010)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

- Sobre a execução fiscal em face de grupo econômico, veja também o seguinte julgado: Ag AI 0032998-50.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicado na RTRF3R 108/450.

