

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

# REVISTA

ANO XXV - N. 120 - JANEIRO/MARÇO DE 2014 - ISSN 1982-1506

## JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE



**Desapropriação. Imóvel rural. Ação declaratória de produtividade. GEE. Divergência. Apuração no momento da vistoria do INCRA. Reserva legal não averbada.**  
ApelReex 0010593-39.1999.4.03.6100

### Comentários:

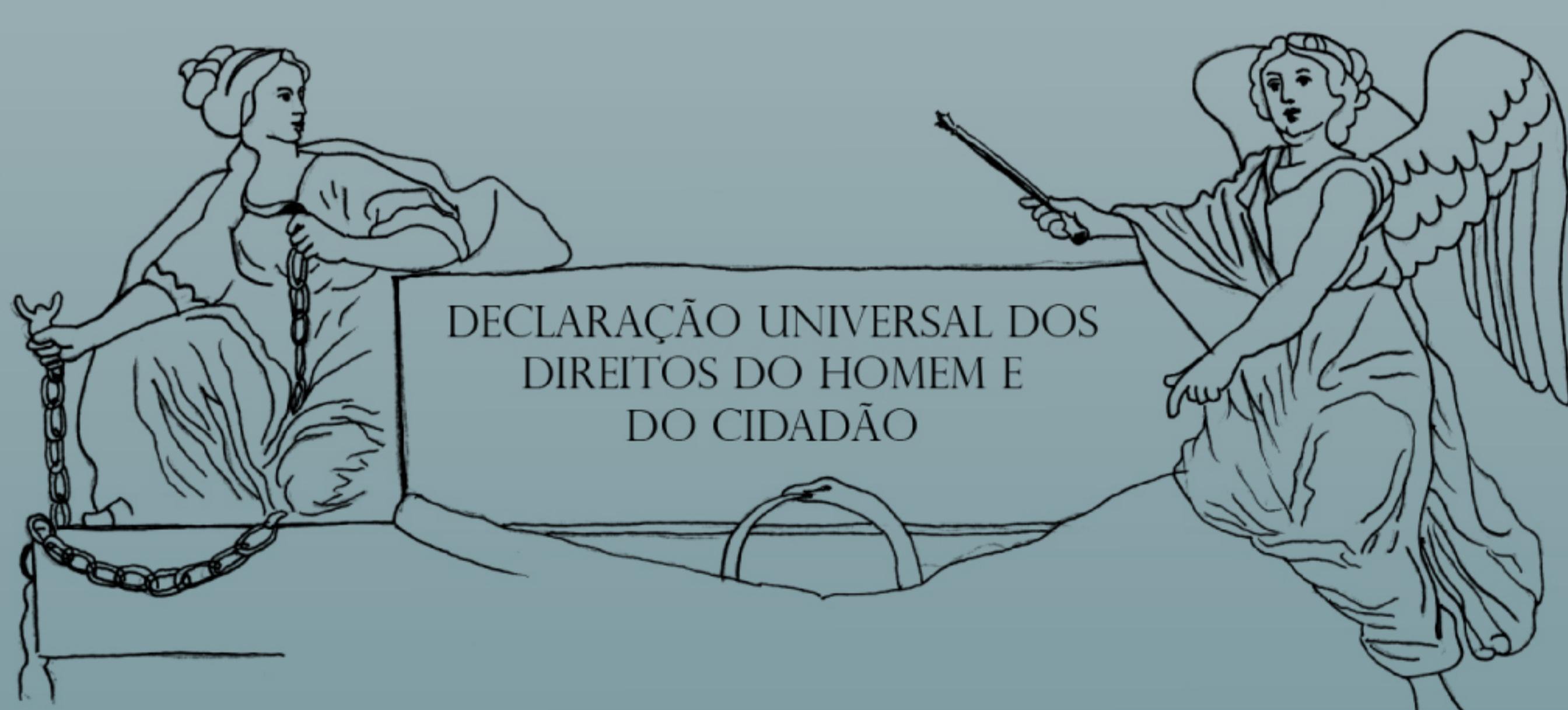
**Massimo Palazzolo**  
Juiz Federal

**Newton José Falcão**  
Juiz Federal

## ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

### ■ O argumento econômico na análise judicial

**Douglas Camarinha Gonzales**  
Juiz Federal



### ■ Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade (inclusive auxílio-acidente) e sua tutela jurisdicional

**Fernando Henrique Corrêa Custodio**  
Juiz Federal

### ■ Implicações práticas da boa-fé objetiva

**Gustavo Rene Nicolau**  
Advogado



### ■ A expressão comissiva do sistema jurídico e os movimentos sociais: a comunidade Pyelito Kue e o direito estatal

**Rodrigo de Camargo Cavalcanti**  
Advogado

### ■ A duplicata virtual em perspectiva

**Leonardo Netto Parentoni**  
Procurador Federal

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

# REVISTA

---

**Diretora da Revista**  
Desembargadora Federal Lucia Ursaia

---

Publicação Oficial  
(Artigo 113 do Regimento Interno do TRF - 3<sup>a</sup> Região)

ISSN 1982-1506

## Expediente

**DIRETORA DA REVISTA:** Desembargadora Federal Lucia Ursaina

**ASSESSORA:** Simone de Alcantara Savazzoni

### EQUIPE:

Lucia Massako Y. C. Rosa / Maria José Lopes Leite /  
Renata Bataglia Garcia

**Capa, projeto gráfico e ilustrações:** Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - n. 119 (out./dez. 2013).

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

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

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 11º andar

CEP 01310-936 - São Paulo - SP

[www.trf3.jus.br](http://www.trf3.jus.br)

[revista@trf3.jus.br](mailto:revista@trf3.jus.br)



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

**DESEMBARGADORES FEDERAIS<sup>(1)</sup>**

FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Presidente<sup>(2)</sup>

CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98 - Vice-Presidente<sup>(3)</sup>

Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Corregedora-Regional<sup>(4)</sup>

MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89<sup>(5)</sup>

DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89

Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95

ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95

MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96

Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99

NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99

ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002

Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002

CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003

SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003

NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003

WALTER DO AMARAL - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

NINO Oliveira TOLDO - 24/4/2013

MÔNICA Autran Machado NOBRE - 24/4/2013

TORU YAMAMOTO - 04/10/2013

MARCELO Mesquita SARAIVA - 04/10/2013

TÂNIA Regina MARANGONI - 04/10/2013

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013

DAVID Diniz DANTAS - 04/10/2013

<sup>(1)</sup> Composição do TRF 3ª Região atualizada até 18/03/2014.

<sup>(2)</sup> Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

<sup>(3)</sup> Não integra as Turmas. Preside as Seções.

<sup>(4)</sup> Não integra as Turmas.

<sup>(5)</sup> Ouvidor-Geral da 3ª Região.

# REVISTA

## PRIMEIRA TURMA

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente  
NINO TOLDO  
TORU YAMAMOTO  
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

## SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR  
COTRIM GUIMARÃES - Presidente  
LEONEL FERREIRA - Juiz Federal  
FERNÃO POMPÉO - Juiz Federal

## TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES  
DIVA MALERBI  
NERY JÚNIOR  
CARLOS MUTA - Presidente

## QUARTA TURMA

ANDRÉ NABARRETE - Presidente  
MARLI FERREIRA  
ALDA BASTO  
MÔNICA NOBRE

## QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW  
LUIZ STEFANINI  
ANTONIO CEDENHO - Presidente  
PAULO FONTES

## SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA  
CONSUELO YOSHIDA  
JOHONSOM DI SALVO - Presidente  
NELTON DOS SANTOS

## SÉTIMA TURMA

NEWTON DE LUCCA  
FAUSTO DE SANCTIS - Presidente  
MARCELO SARAIVA  
HÉLIO NOGUEIRA - Juiz Federal

## OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente  
CECILIA MELLO  
TÂNIA MARANGONI  
DAVID DANTAS

## NONA TURMA

MARISA SANTOS - Presidente  
NELSON BERNARDES  
DALDICE SANTANA  
SOUZA RIBEIRO

## DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente  
SÉRGIO NASCIMENTO  
WALTER DO AMARAL  
LUCIA URSAIA

## EX-DIRETORES DA REVISTA

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

# Sumário

## ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O argumento econômico na análise judicial</i> Douglas Camarinha Gonzales.....	15
<i>Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade (inclusive auxílio-acidente) e sua tutela jurisdicional</i> Fernando Henrique Corrêa Custodio .....	23
<i>Implicações práticas da boa-fé objetiva</i> Gustavo Rene Nicolau .....	59
<i>A expressão comissiva do sistema jurídico e os movimentos sociais: a comunidade Pyelito Kue e o direito estatal</i> Rodrigo de Camargo Cavalcanti .....	69
<i>A duplicita virtual em perspectiva</i> Leonardo Netto Parentoni.....	97

## JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

<i>Desapropriação. Imóvel rural. Ação declaratória de produtividade. GEE. Divergência. Apuração no momento da vistoria do INCRA. Reserva legal não averbada.</i> <i>ApelReex 0010593-39.1999.4.03.6100</i> Relator Desembargador Federal José Lunardelli .....	131
--	-----

## COMENTÁRIOS

Massimo Palazzolo.....	149
Newton José Falcão .....	153

**JURISPRUDÊNCIA****DIREITO ADMINISTRATIVO**

*Ação de improbidade administrativa. Legitimidade MPF. Prescrição. Imprescritibilidade do resarcimento dos danos. Convênios DENACCOP. Configuração dos atos ímparobos.*

AC 0000005-90.2002.4.03.6124

Desembargadora Federal Alda Basto..... 165

*Ação de indenização contra o Estado. Acidente trânsito. Responsabilidade subjetiva. Nexo causalidade. Presunção de culpa . Não elidida. Ausência de nexo de causalidade.*

AC 0002362-48.2003.4.03.6111

Desembargador Federal Nery Júnior..... 186

*Improbidade administrativa. Pendência de ação penal. Independência de instâncias. Prova emprestada. Servidor ocupante de cargo efetivo. Conduta tipificada como crime (tráfico de drogas).*

AC 0000149-06.2007.4.03.6119

Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn ..... 194

*Servidor público. Pedido de restabelecimento do pagamento do adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno. Policiais federais. Remuneração por subsídio incompatível com a percepção conjunta de outras espécies remuneratórias.*

AC 0006400-40.2007.4.03.6119

Desembargadora Federal Cecilia Mello ..... 205

*Responsabilidade civil do Estado. Tortura no período do regime militar. Danos morais. Imprescritibilidade. Comprovação das prisões sofridas pelo autor. Dano moral aferível segundo as regras de experiência.*

AC 0019156-07.2008.4.03.6100

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 210

*Cancelamento de auto de infração e liberação de multa. INMETRO. Nulidades. Botijões de gás. Divergência entre peso constante da embalagem e peso real. Resolução CONMETRO nº 11/1988. Inobservância.*

AC 0006138-79.2009.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken ..... 223

*Ação civil pública. Instalação obrigatória de equipamentos de rastreamento, localização e antifurto em veículos novos. Portaria CONTRAN nº 245/2007. Invasão de privacidade. Dignidade da pessoa humana. Disponibilidade do bem patrimonial e indevida ingerência do Estado sobre seus cidadãos.*

AC 0007033-40.2009.4.03.6100

Desembargadora Federal Cecília Marcondes ..... 230

*Servidor compelido a se exonerar. Anistia. Readmissão.*

CauInom 0027948-77.2009.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 240

## DIREITO AMBIENTAL

*Ação Civil Pública. Rancho de lazer construído em área de preservação permanente em gleba loteada clandestinamente. Mantida a condenação à reparação do dano ambiental: demolição necessária para a recomposição florestal.*

AC 0007841-72.2010.4.03.6112

Desembargador Federal Johonsom di Salvo ..... 251

## DIREITO CIVIL

*Ação Civil Pública. IDEC. Responsabilidade civil dos órgãos reguladores do mercado financeiro. Perdas em aplicações financeiras de renda fixa. Alteração da forma de cálculo.*

AC 0027517-23.2002.4.03.6100

Desembargadora Federal Marli Ferreira ..... 267

## DIREITO PENAL

*Falsificação de certidão negativa de débito. Materialidade comprovada. Desistência voluntária: inocorrência. Crime impossível: não caracterizado.*

ACr 0006837-07.1999.4.03.6105

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita..... 275

*Apreensão de máquinas caça-níqueis em estabelecimento comercial (bar). Conduta equiparada a contrabando. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Confissão. Ciência da proibição.*

ACr 0001800-74.2010.4.03.6117

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues ..... 284

*Delitos dos artigos 334, § 1º, "d", 333, "caput", do Código Penal, e 183, "caput", da Lei nº 9.472/1997. Princípio da insignificância. Não incidência. Prova. Pena.*

ACr 0003612-75.2010.4.03.6110

Desembargador Federal Peixoto Junior ..... 291

*Tráfico internacional de drogas. Importação. Sementes de maconha. Matéria-prima. Atipicidade da conduta.*

HC 0025590-03.2013.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto ..... 305

## DIREITO PREVIDENCIÁRIO

*Precatório complementar. Erro material. Restituição de valores. Prevalência do princípio da indisponibilidade dos bens públicos em detrimento do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.*

- AI 0095888-45.1998.4.03.0000  
Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 317

*Redução indevida de benefício previdenciário. Dano moral. Ocorrência. Fixação do “quanto” indenizatório.*

- AC 0040759-60.2000.4.03.9999  
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida ..... 324

*Benefício assistencial. Pessoa portadora de deficiência. Três autores. Óbito de um dos autores no curso da ação. Requisitos legais preenchidos.*

- AC 0000852-71.2006.4.03.6118  
Desembargador Federal David Diniz..... 331

*Complementação de proventos de ex-trabalhadores da RFFSA. Equiparação com os funcionários da ativa da CPTM. Impossibilidade.*

- Ag AC 0004513-34.2006.4.03.6126  
Desembargador Federal Baptista Pereira ..... 339

*Pensão por morte derivada de renda mensal vitalícia por incapacidade. Impossibilidade. Pleito de restituição de valores formulado em razões finais não conhecido. Violation à literal disposição de lei configurada. Rescisão do julgado. Improcedência do pedido subjacente.*

- AR 0056419-74.2007.4.03.0000  
Desembargadora Federal Daldice Santana..... 344

*Ação Rescisória. Restabelecimento de benefício. Devido processo legal. Inobservância. Violation à literal dispositivo de lei.*

- AR 0031166-50.2008.4.03.0000  
Desembargador Federal Nelson Bernardes ..... 352

*Aposentadoria. Vereador. Mandato gratuito. Requisitos.*

- Ag AC 0063175-41.2008.4.03.9999  
Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 365

*Ação Rescisória. Renda mensal vitalícia por incapacidade e benefício assistencial da LOAS. Benefícios distintos para os fins do artigo 34 do Estatuto do Idoso. Jurisprudência dominante do STJ ao tempo da decisão.*

- AR 0023274-56.2009.4.03.0000  
Desembargadora Federal Marisa Santos..... 371

*Ação Rescisória. Aposentadoria rural por idade. Documento novo não caracterizado. Erro de fato. Aplicação das máximas “jura novit curia” e “da mihi factum, dabo tibi jus”. Diarista e empregado rural.*

AR 0039659-79.2009.4.03.0000

Desembargador Federal Sérgio Nascimento ..... 387

*Pensão por morte. Preenchidos os requisitos legais para a concessão de benefício.*

Ag AC 0036905-09.2010.4.03.9999

Desembargadora Federal Tânia Marangoni ..... 406

*Seguro-desemprego. Plano de desligamento incentivado. Iniciativa unilateral do empregador. Demissão involuntária.*

AMS 0001624-15.2011.4.03.6100

Desembargador Federal Walter do Amaral ..... 414

*Revisão de benefício previdenciário. Decadência. Repercussão geral no STF. Efeitos infringentes. Embargos acolhidos.*

EDcl ApelReex 0024699-26.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Souza Ribeiro ..... 418

*Desaposentação. Renúncia ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição objetivando a concessão de outro mais vantajoso. Possibilidade. Decadência inocorrente. Devolução de valores. Desnecessidade.*

AC 0001065-43.2012.4.03.6126

Desembargador Federal Marcelo Saraiva ..... 422

*Desaposentação. Renúncia ao benefício de aposentadoria objetivando a concessão de outro mais vantajoso. Possibilidade. Devolução de valores. Desnecessidade. Recurso representativo da controvérsia.*

Ag AC 0007558-65.2013.4.03.6105

Desembargadora Federal Diva Malerbi ..... 427

## DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*Conflito de Competência. Processo administrativo de transferência de domínio útil. Inscrição da impetrante como foreira responsável pelo imóvel.*

CC 0027379-71.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Salette Nascimento ..... 437

*Agravo Regimental. Fungibilidade recursal. Agravo. Decisão que negou seguimento ao recurso. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade.*

Ag AI 0010426-95.2013.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira ..... 440

*Reintegração de posse. Programa de arrendamento residencial - PAR. Direito à moradia. Devido processo legal. Contradictório e ampla defesa. Código de defesa do consumidor. Previsão contratual fundamentada na Lei nº 10.188/2001. Validade.*

AI 0017834-40.2013.4.03.0000

Desembargador Federal André Nekatschalow ..... 446

**DIREITO PROCESSUAL PENAL**

*Ação penal originária. Decretação de nulidade parcial em processo-crime remetido ao Tribunal com instrução em andamento. Interlocutória que desafia recurso para o órgão colegiado com relação à declaração da invalidade atinentes aos crimes próprios de prefeito, e não quanto à rejeição da pretensão de anulação referente aos delitos previstos na lei de licitações.*

- APN 0002731-90.2009.4.03.6124  
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta ..... 453

*Execução Penal. Pena de interdição de direitos. Termo inicial de cumprimento. Audiência admonitória designada pelo juízo da execução penal. Necessidade. Fiscalização do efetivo cumprimento da medida imposta*

- AgExPe 0008014-37.2012.4.03.6109  
Juiz Federal Convocado Fernão Pompêo ..... 468

*Mandado de Segurança. Ato judicial consistente na quebra dos sigilos telefônico e telemático. Atraso injustificado no cumprimento da ordem por parte da empresa de telefonia. Aplicação de multa diária. Cabimento.*

- MS 0007418-13.2013.4.03.0000  
Desembargador Federal Cotrim Guimarães ..... 471

*Conflito negativo de jurisdição. Inquérito policial. Tráfico transnacional de substância que aparenta tratar-se de sementes de maconha. Remessa pela via postal. Competência fixada pelo domicílio do investigado considerando o caráter ubíquo do tipo penal do tráfico e as peculiaridades do caso concreto.*

- CJ 0023523-65.2013.4.03.0000  
Desembargador Federal Paulo Fontes ..... 478

*Mandado de Segurança. Quebra de sigilo telemático determinada por juízo criminal. Pretensão da pessoa jurídica imetrante Facebook de se eximir da apresentação de dados de pessoa investigada. Adequação e necessidade da interrupção dos serviços prestados no Brasil ante a recusa no cumprimento de ordem judicial. Afastamento da responsabilização criminal dos dirigentes locais pelo delito do art. 348 do CP.*

- AgRg MS 0027053-77.2013.4.03.0000  
Desembargador Federal Luiz Stefanini ..... 483

*"Habeas Corpus". Tráfico internacional de entorpecentes. Peculato. Corrupção passiva. Prisão preventiva. Decisão devidamente fundamentada. Requisitos autorizadores da prisão cautelar.*

- HC 0030949-31.2013.4.03.0000  
Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira ..... 493

## DIREITO TRIBUTÁRIO

*Crédito presumido do IPI. Beneficiamento do couro por terceiro e receitas decorrentes da venda de mercadorias às empresas comerciais exportadoras para posterior exportação. Inclusão na base do cálculo do benefício.*

ApelReex 0006735-61.1999.4.03.6112

Desembargador Federal André Nabarrete ..... 501

*BOVESPA e BM&F. Operação de “desmutualização”. Títulos patrimoniais convertidos em ações de sociedade anônima. Incidência de IRPJ e CSLL.*

AMS 0002383-81.2008.4.03.6100

Desembargadora Federal Mônica Nobre ..... 519

*Imposto de renda pessoa física. Valores oriundos de condenação em reclamação trabalhista. Parcelas recebidas de forma acumulada. Não incidência do tributo sobre juros de mora.*

ApelReex 0019801-90.2012.4.03.6100

Desembargador Federal Nelton dos Santos ..... 527

*Suspensão de tutela antecipada concedida em sentença. Sociedade empresária dedicata à industrialização de cigarros. Cancelamento do Registro Especial.*

SLAT 0003582-95.2014.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto ..... 530

## SENTENÇAS

*Declaração de nulidade de contrato de crédito rotativo. Indenização por danos morais e materiais. Exclusão do nome da requerente dos cadastros do SPC e Serasa.*

0005788-65.2008.4.03.6120

Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa ..... 539

*Ação Civil Pública. Obras de construção de ciclovia em terrenos da marinha na orla do município de Ilhabela.*

0001024-15.2013.4.03.6135

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento ..... 544

**SÚMULAS** ..... 553





# Artigos Doutrinários



# O argumento econômico na análise judicial



**Douglas Camarinha Gonzales**

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/Universidade Coimbra. Ex-Professor do Curso de Pós-Graduação (*lato sensu*) da Uninove.

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. A dialética entre Direito e Economia. 3. A neo-hermenêutica e o argumento econômico. 4. O argumento econômico e as políticas públicas. 5. Conclusões. Bibliografia.

## 1. Introdução.

A presente exposição propõe-se a levantar algumas reflexões sobre a influência do argumento econômico na análise das demandas judiciais, sua repercussão no raciocínio jurídico, na revisão de políticas públicas, mediante o necessário entrelaçamento da Economia no Direito. Vê-se, pois, a opção epistemológica delineada no presente trabalho para analisar a influência daquele sobre esse, justamente para abordar a questão sob uma análise macro do fenômeno, mas com o viés jurídico da interpretação – sem qualquer menoscabo à magnitude da Economia na realização do Direito.

O artigo busca escalar as diferentes discussões erigidas nas palestras do Curso de Direito Constitucional “Limites e Possibilida-

des da Atividade Jurisdicional no Constitucionalismo Brasileiro”, ocorrido na Escola de Magistrados do TRF da 3<sup>a</sup> Região, em maio de 2013, conferindo-se ênfase ao argumento econômico em juízo, situando a questão no seio da interpretação constitucional.

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

Tal construção busca conferir uma visão crítica e construtiva ao sistema do Direito

Econômico, ainda em formação, na tentativa de melhor situar o intérprete nas inferências da Economia no Direito e sua recíproca, numa visão sistemática de funcionalidade.

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

A discussão, ainda, é enriquecida com as implicações jurisprudenciais de múltiplos exemplos nas diferentes áreas do Direito.

## **2. A dialética entre Direito e Economia.**

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

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

Em termos ilustrativos, a lei para melhor regrar o comportamento humano deve necessariamente levar em consideração a realidade de mercado para embasar o regramento jurídico. Assim, quando o legislador quiser implantar medidas antipoluidoras a determinadas atividades empresariais, como a necessidade de instalar filtros industriais, deverá impor sanções significativas ao empresário, de forma que o benefício econômico ao não trocar/implantar o filtro seja menor que o

custo da sanção pela ausência de medidas de combate à poluição. Outra medida que corroboraria tal dever jurídico seria a possibilidade legal de conferir publicidade às atividades do poluidor, de forma que a clientela de seus produtos poderia melhor aferir a conduta empresarial ética daquele que assim o faz.

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

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

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

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

Exatamente em razão da realidade econômica e a importância da economia de mercado, a jurisprudência sensível à observação do argumento econômico em juízo sedi-

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



mentou a necessidade implacável da correção monetária, como expressão lídima do direito em litígio; a criação da figura da lesão, vício do ato jurídico; da revisão contratual, quando presentes situações econômicas imprevisíveis que impeça o contratante de dar continuidade ao contrato; da ilicitude do cartel e do *dumping* entre outros institutos jurídicos. Institutos esses criados através de uma interpretação econômica do Direito.

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

Nesse passo, a intervenção do Estado no mercado ocorre como agente normativo e regulador com o objetivo de induzir os agentes econômicos a um comportamento gerador

de eficiências, condicionando as forças de mercado rumo à livre concorrência, à defesa dos consumidores e à função social da propriedade, visando impedir o abuso do poder econômico.

### 3. A neo-hermenêutica e o argumento econômico.

Em razão das expressivas normas programáticas e diversos princípios normativos expressos na Constituição Federal, espalhados por todo texto, seja no rol dos “direitos e garantias fundamentais”, na “organização do Estado” e na “ordem econômica e financeira”, e na busca de se conferir mínima densidade normativa às normas constitucionais, a doutrina sedimentou a neo-hermenêutica, cuja tônica busca conferir eficácia e normatividade a essas diretrizes constitucionais.

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

A explicação histórica para a circunscrição à interpretação jurídica advém em boa parte do temor de conferir poder à Magistratura, cuja ligação à Monarquia representa resquício simbólico do *Ancien Régime* que a Revolução Francesa aboliu. Daí as palavras de Montesquieu que cunhou a ideologia de que os juízes *são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem força, nem rigor*.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo, federação, a divi-

Nesse contexto que surge a hermenêutica constitucional, sufragada pelos avanços da Teoria da Linguagem, baseada na relevância do papel do intérprete e na separação do sujeito e objeto da interpretação, na efetividade dos princípios e no embasamento dos avanços da filosofia da interpretação propagada por Heidegger e Gadamer<sup>3</sup> onde sustentam a importância da historicidade para compreensão do texto enunciado, pois esse advém do diálogo mantido entre o texto e seu intérprete – daí a distinção entre norma e texto legal.

Essa nova abordagem interpretativa constitucional foi intensamente influenciada pelas mudanças político-sociológicas que marcaram os novos caminhos filosóficos da Teoria Geral do Direito – essa última sintetizada de modo marcante na obra de Bobbio, “Teoria do ordenamento jurídico”. Desses apontamentos, pode-se observar que a maior guinada que ocorreu no campo da Ciência Jurídica no último século foi o efetivo avanço, ou talvez, a retomada da influência sociológica e política no mundo das normas, situação também vivenciada na construção da chamada nova hermenêutica constitucional. Contudo, essa é mero reflexo daquela, pois a primeira constatação é a causa, e, a última, o efeito. E, como tal, o fenômeno da segunda não é de todo original.<sup>4</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Junior,<sup>5</sup> quando faz a apresentação sobre a obra do jurista italiano Bobbio, comenta que este soube como ninguém enfrentar a crise do Direito no último século justamente em razão da mudança

são dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. 6. ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170-178.

3 Conforme interpretação de BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70.

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

5 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

de paradigmas:

No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques. Pois bem: essa sensibilidade para a mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

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

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

Enfim, a *neo-hermenêutica* não abandona a teoria geral da subsunção convencional<sup>6</sup> (relevante, mas não suficiente), contudo agrega as seguintes características: 1) normatividade dos princípios; 2) efetividade das normas constitucionais, até mesmo quanto às normas axiológicas, em razão da força normativa da Constituição; 3) filtragem constitucional – fenômeno que acarreta repercussão aos outros ramos do Direito dos princípios constitucionais, de forma a interpretar seus institutos à luz da Constituição; 4) uso da tópica para interpretar os *hard cases*, até mesmo com a utilização de raciocínio indutivo.

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

#### **4. O argumento econômico e as políticas públicas.**

Quer por força da lógica do mercado e da reação dos agentes econômicos, quer em face do modelo estatal delineado pela Carta Republicana, as políticas públicas devem levar em consideração a realidade econômica subja-

cente ao valor social defendido para otimizar sua realização.

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

Essa reflexão econômica surgiu das discussões das Conferências Climáticas da ONU,<sup>7</sup> com proposta de índole econômica e pragmática para otimizar a política pública de controle de poluição atmosférica e proteção de florestas.

Vê-se, pois, a utilização do modelo econômico como incentivo aos agentes econômicos para racionalizar a política pública ambiental. Utilizou-se, pois, das forças de mercado a favor do valor defendido pela norma.

Outro exemplo de inferência do argumento econômico para resolver litígio judicial foi o julgamento da ADI nº 1.946/DF, referente ao limite do salário maternidade ao teto da Previdência, oportunidade em que se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998 que limitava o pagamento do benefício ao teto da Previdência, sob pena de se limitar o salário da mulher até tal valor, já que, ultrapassado esse, caberia ao empresário pagá-lo.

Sabiamente, os Ministros do STF pon-

<sup>6</sup> Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma teoria do direito que não seja em alguma medida positivista. É o apontamento de FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC. Belo Horizonte: Fórum, n. 4, out./dez. 2007, p. 102.

<sup>7</sup> Para maiores informações vide o sítio: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o\\_quadro\\_das\\_Na%C3%A7%C3%BDes\\_Unidas\\_sobre\\_a\\_Mudan%C3%A7a\\_no\\_Clima](http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_quadro_das_Na%C3%A7%C3%BDes_Unidas_sobre_a_Mudan%C3%A7a_no_Clima).

deraram qual seria a reação do mercado e sensíveis a tal situação reconheceram a inconstitucionalidade do preceito em face dos artigos 5º, I, e 7º, XXX, ambos da Constituição Federal, que pregam a igualdade de direitos entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Outra jurisprudência paradigmática foi o julgamento da ADI nº 2.591/DF que em última análise determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias, mas excluiu de sua abrangência a definição dos custos das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação do dinheiro na economia. Enfatizaram os Ministros que, quanto a esse aspecto, cuida-se de política pública monetária a cargo do Poder Executivo, através de sua *longa manus* o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, até mesmo para fixar os juros.

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

Tal decisão encontra-se em sintonia com a firmada na ADI nº 4/DF que em última análise conferiu validade ao parecer da Consultoria da República, segundo o qual o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal não era autoaplicável, eis que ausente lei complementar que regulasse a matéria. O argumento econômico em destaque foi justamente a política pública monetária e financeira, cuja repercussão deveria ser detidamente regrada pelos órgãos técnicos para basilar a futura lei complementar e futura legislação infralegal,

bem como a incompatibilidade com a política das taxas flutuantes em vigor.



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

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

A Corte Suprema considerou que o regime especial de pagamento de precatórios implicaria no retardamento de pagamento por tempo superior à expectativa média do brasileiro, o que retira por completo a confiança na jurisdição e na sua efetividade.

## 5. Conclusões

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

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

A análise da realidade econômica para aplicação ou interpretação das normas jurídicas serve ao jurista como visão política

social ao racionalizar a reação do mercado – situação que não implica subserviência das decisões judiciais às forças de mercado, mas sua compreensão/interação.

A neo-hermenêutica reforça a abordagem interpretativa para ponderar valores econômicos, sociais e políticos às decisões judiciais, de forma que o argumento econômico enriquece a visão do jurista para melhor aferir o alcance e sentido das normas jurídicas.

## Bibliografia.

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

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

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

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

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Téoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

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

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

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

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

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

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

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

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

SOUZA, Artur César de. Análise econômica das decisões judiciais. STF ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009.

# Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade (inclusive auxílio-acidente) e sua tutela jurisdicional



**Fernando Henrique Corrêa Custodio**

Juiz Federal substituto da 4<sup>a</sup> Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal da Capital/SP. Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

## 1. Plano da obra.

O presente trabalho tem por escopo estudar os benefícios previdenciários<sup>1</sup> por incapacidade – aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, conforme entendimento doutrinário dominante – dentro da ótica da Previdência Social,<sup>2</sup> entendida como

um plexo de direitos humanos fundamentais, de segunda geração (art. 6º), garantidos pela Constituição Federal em capítulo próprio (arts. 201 e 202), fundados no pilar constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e com vistas à construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I) e do bem de todos (art. 3º, IV).

Em assim sendo, e para a extração de sua máxima efetividade e aplicabilidade prática (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF), demonstraremos a existência do caráter de *fungibilidade entre os benefícios por incapacidade*, inovando ao englobar, neste rol, o benefício de *auxílio-acidente de qualquer natureza*, ontologicamente ligado aos dois primeiros supramencionados em razão da *contingência social comum* (incapacidade laboral) *causada pelos eventos sociais deflagradores*.

Ao final, analisaremos as consequências de tal característica na produção das tutelas jurisdicionais quando da resolução dos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário.

1 Neste trabalho nos limitaremos a estudar os benefícios de natureza previdenciária, ou seja, cujos eventos sociais deflagradores não guardam relação com o trabalho desempenhado pelo sujeito de direitos, notadamente em razão da competência para o processo e julgamento da respectiva ação judicial, qual seja, da Justiça Federal, em contraponto à competência da Justiça Estadual no tocante aos benefícios ditos “acidentários” (art. 109, I, da CF).

2 Também nos limitaremos, dentro do plano da obra, a estudar a Previdência Social dentro de seu *regime público comum mais conhecido*, qual seja, o *regime geral de previdência social*, de caráter obrigatório, objeto de disciplina constitucional nos arts. 201 e 202. Ficarão de fora, portanto, os regimes públicos de previdência social, também comuns e obrigatórios (art. 40 da CF), bem como os regimes especiais de previdência social, quais sejam, os complementares, de caráter privado e facultativo (art. 202 da CF).

## 2. Evolução histórica dos direitos humanos – as três gerações.

O ponto de partida metodológico do presente estudo diz respeito à inserção histórica do direito à Previdência Social dentre os chamados “direitos de segunda geração”, em uma clara e direta alusão aos três pilares da Revolução Francesa – *liberté* (direitos civis e políticos – 1<sup>a</sup> geração), *égalité* (direitos sociais, econômicos e culturais – 2<sup>a</sup> geração) e *fraternité* (direitos de solidariedade ou fraternidade – 3<sup>a</sup> geração).<sup>3</sup>



Não obstante, a sistematização de tais direitos tanto nas ordens constitucionais internas quanto no Direito Internacional Público – mais especificamente dentro dos chamados “direitos humanos” – ocorreu de forma paulatina.

Primeiramente, foram sendo garantidos os direitos civis e políticos, como proteções concebidas a cada cidadão frente ao Estado, cujos poderes passaram a ser limitados (chamados por J.J. Gomes Canotilho como “direitos de defesa”).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Assim afirma Alexandre de Moraes: “Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*’”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32)

<sup>4</sup> “Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, ‘a função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: (I) constituem, num plano

Tais direitos surgem historicamente em textos que datam desde a Carta Magna de 1215, de autoria do Rei Inglês João I (“João sem terra”) e aparecem de forma eloquente desde a Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) e na própria Revolução Francesa (1789), como ideais típicos da então burguesia ascendente.

Apenas um século e meio depois, passa-se a buscar a garantia dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, como direitos não mais de índole individualista, mas sim de caráter nitidamente *coletivo*, como garantia de um *mínimo existencial digno a se estender em favor da coletividade*.

Historicamente, apenas com o advento da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 1948, é que se passa a ter um conjunto consistente de garantias voltadas à proteção de tais direitos,<sup>5</sup> não obstante as

jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) imploram, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30, destaques nossos)

<sup>5</sup> “A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com sete considerandos (...) Os trinta artigos reconhecem os direitos fundamentais do homem. Do art. 1º ao art. 21 encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados *direitos e garantias individuais*, certamente impregnados de conotações mais modernas (...) Do art. 22 até o art. 28, o documento consubstancia os *direitos sociais do homem*, assim: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à liberdade sindical; direito à limitação razoável da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer; direito à previdência e seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice etc.; direito à educação, à instrução técnica e profissional, e à cultura; direito a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam

Constituições do México, de 1917, e a alemã da então República de Weimar, de 1919, já tratassem da garantia de um rol de direitos ditos “sociais”.

Veja, portanto, que a *previsão sistemática* e a existência de um conjunto de garantias aos *direitos econômicos, sociais e culturais* representa *fenômeno bastante recente na história do homem*, datado da *primeira metade do século XX*.

Por fim, surgem os chamados “*direitos de terceira geração*”, ou transgeracionais, como atualidade ainda em formação e afirmação, dos quais são exemplos o:

(...) direito a um *meio ambiente equilibrado*, a uma *saudável qualidade de vida*, ao *progresso*, à *paz*, à *autodeterminação dos povos* e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de *grupos menos determinados de pessoas*, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.<sup>6</sup> (destaques nossos)

### 3. Dos direitos sociais – conceito, abrangência (planos internacional e interno) e eficácia.

Diz-se que os direitos econômicos, sociais e culturais decorrem historicamente de uma *visão socialista do mundo*, com primazia da busca da *igualdade* entre as pessoas, em contraste com os direitos civis e políticos, de caráter eminentemente individualista, fruto da visão e das convicções liberais (primazia da liberdade).

Por isso mesmo, surgiram nos primeiros textos internacionais como uma conquista creditada aos soviéticos, em uma tentativa de se equilibrar sua concepção de mundo (cole-

plenamente efetivos”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 163-164, destaques nossos)

6 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31-32.

tiva) com a dos americanos, eminentemente liberal e individualista.

E, diversamente dos direitos civis e políticos, que correspondem a direitos e garantias dos cidadãos em contraposição ao Estado, impondo-lhe vedações e impedimentos na extensão e exercício de seus poderes (liberdades públicas; imposição de um não fazer ao Estado), os direitos econômicos, sociais e culturais possuem nítido caráter “positivo”, ou seja, de imposição ao Estado para que atue em favor de certos direitos e garantias mínimas em prol de todo e qualquer cidadão (imposição de um fazer ao Estado).

Ademais, enquanto aqueles se voltam à garantia da liberdade dos cidadãos em sua atuação na sociedade, estes possuem por escopo a garantia de um padrão mínimo de vida em favor de todos.<sup>7</sup>

Também não se pode olvidar que a conquista de tais direitos e garantias foi fruto histórico de longa e árdua *luta dos trabalhadores* ao redor do mundo, cujas condições de trabalho e de remuneração eram péssimas, culminando em uma série de revoltas e greves em prol da fixação de um rol mínimo de direitos e garantias em seu favor<sup>8</sup> – destina-

7 “Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são *prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente*, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a *igualização de situações sociais desiguais*. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286-287, destaques nossos)

8 “Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o *desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista*. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os *direitos econômicos e sociais* – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também

tários por excelência dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Quanto à sua *abrangência* – a partir de agora, em um enfoque restrito aos “*direitos sociais*”, como objeto de estudo deste trabalho –, é certo que possui alguma variação a depender da ordem constitucional instituída.

Não obstante, e no *plano internacional*, confira-se esclarecedor trecho da obra do Professor Alexandre de Moraes:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, consagra em seu art. XXII, que “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à *segurança social* e à *realização*, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, *dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*”.<sup>9</sup> (destaques nossos)

Ainda no *plano internacional*, com o advento do “Pacto Internacional dos *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*” – tratado internacional formulado e assinado em sede

sobreviriam novas *doutrinas sociais*, postulando a *transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos*. Essas novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais são: (1) o *Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas*, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem proclamados no século XVIII, postulando *liberdade e igualdade materiais* num regime socialista; (2) a *doutrina social da Igreja*, a partir do Papa Leão XIII, que teve especialmente o sentido de fundamentar uma ordem mais justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, mais recentemente, para uma Igreja dos pobres que aceita os postulados sociais marxistas; (3) o *intervencionismo estatal*, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas, o que é ainda manter-se no campo capitalista com sua inerente ideologia de desigualdades, injustiças e até crueldades”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174-175, destaques nossos)

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 195.

da Organização das Nações Unidas em 1966 e internalizado em nosso país por meio do Decreto nº 591/1992 – passou-se a prever um extenso rol de direitos, dando-se *concretude* a tais direitos humanos fundamentais.<sup>10</sup>

Ou, nas palavras da Professora Flávia Piovesan:

Enuncia o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais um *extenso catálogo de direitos*, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o *direito à previdência social*, o direito à saúde e o direito à participação na vida cultural da comunidade.

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”.<sup>11</sup> (destaques nossos)

Já no *plano constitucional interno*, a *abrangência* do conceito da expressão “*direitos sociais*” encontra eco no artigo 6º da Constituição Federal, basicamente retomando os direitos consagrados no *plano internacional*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Vide artigos 6º a 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 174-175.

<sup>12</sup> “Os direitos sociais enumerados exemplificativamente neste capítulo não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição Federal. (...)

*A Constituição Federal proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (CF, art. 6º). (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed.*

Por fim, e no concernente à *eficácia* dos direitos sociais em termos de *exigibilidade e aplicabilidade*, comungamos da preocupação da Professora Flávia Piovesan ao afirmar que, em razão de seu nítido caráter gradual e progressivo, de implementação de uma rede de proteção mínima, a demandar certo tempo para a sua concretização, acabaria por ter relativizada sua eficácia:

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade –, os *direitos sociais, econômicos e culturais*, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio da assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos previstos pelo Pacto (art. 2º, § 1º, do Pacto). (...)

Isto é, enquanto os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis, na concepção do Pacto os *direitos sociais, econômicos e culturais* são programáticos. São direitos que demandam aplicação progressiva, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um mínimo *standard* técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional; especialmente, não podem ser implementados sem que representem efetivamente uma prioridade na agenda política nacional.<sup>13</sup> (destaques nossos)

Porém, dentro da Ordem Constitucional brasileira tal relativização não tem razão de ser uma vez que, tratando-se os direitos so-

ciais de *direitos humanos fundamentais*, de segunda geração, a eles se aplica o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata14.*

Nesse ponto, deve ser salientado que o artigo 6º da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, encontra-se topicamente inserido no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, que trata “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, logo, não restando dúvidas quanto à sua inserção como direitos humanos fundamentais, seja em razão da origem histórica internacional já demonstrada (interpretação histórica), seja em razão de sua localização na Lei Maior (interpretação topográfica).

A própria Professora Flávia Piovesan, seguindo em sua explanação, afirma que também no *plano internacional* os direitos sociais possuem carga de efetividade – como não poderia deixar de ser, em se tratando de tratado internacional – razão pela qual não pode haver dúvidas em termos de consagração dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais:

(...) o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados de reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados. Como afirma o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Se a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, *medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo, após*

São Paulo: Atlas, 2008, p. 195, destaques nossos)  
13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175-176.

14 “A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: *subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º* e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente, inviabilize seu exercício”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194, destaques nossos)

*o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento às obrigações reconhecidas no Pacto".<sup>15</sup>* (destaques nossos)

Não se está, pois, perante uma mera carta de intenções, mas sim diante de um tratado internacional com força cogente, logo, a obrigar os Estados-membros à sua implementação, sob pena de adoção de sanções.

Tal orientação, ademais, encontra-se consentânea com as modernas noções constitucionais da *máxima efetividade* das normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais<sup>16</sup> – de que o artigo 5º, § 1º, é exemplo eloquente – e da *vedação do retrocesso* em termos de implementação dos direitos humanos fundamentais, conferindo-se, a propósito:

*Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos".<sup>17</sup>* (destaques nossos)

Não obstante, do conflito entre o caráter cogente do rol de direitos sociais e de

sua implementação gradual e progressiva, surgem, no Direito Constitucional, as atuais e inesgotáveis disputas traçadas dentro dos temas do "ativismo judicial"<sup>18</sup> e da chamada "reserva do possível",<sup>19</sup> os quais fogem dos objetivos do presente estudo e, portanto, não serão analisados.

De qualquer forma, a efetivação dos direitos ditos de "segunda geração" representa um dos maiores desafios atuais do Direito, seja na ordem jurídica internacional, seja no âmbito dos ordenamentos jurídicos pátrios.

Outra consequência do reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, agora no *plano interno*, é o necessário caráter meramente *exemplificativo* do rol de direitos arrolados pelo artigo 6º da Constituição Federal, uma vez que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do *regime* e dos *princípios* por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º, da CF).

<sup>15</sup> Trata-se da questão atinente ao *poder (ou não) do Judiciário de fazer valer*, em casos concretos, por meio de tutelas jurisdicionais, as *normas constitucionais veiculadoras de políticas públicas*, que nada mais representam do que expressão dos direitos humanos fundamentais de ínole social. Sobre o tema *vide*: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180-181.

<sup>16</sup> Diz respeito ao *alcance da implementação destas políticas públicas ao longo do tempo*, levando em conta variáveis econômicas, notadamente a *limitação de recursos do Estado para a implementação dos direitos e garantias constitucionais*. É tese comumente utilizada pela Administração Pública em sua defesa judicial nas ações que busquem a implementação de políticas públicas, não obstante a Constituição Federal preveja remédio especial específico exatamente contra a inéria estatal: trata-se do *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI, da CF), cabível "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Não obstante a clareza e alcance do instrumento processual garantido pela Constituição, o fato é que o mesmo ainda não conta com o elevado prestígio de nosso Supremo Tribunal Federal, evidenciando a constante e insuperável tensão entre a efetividade dos direitos humanos fundamentais sociais e o seu caráter positivo, de realização progressiva no tempo. Sobre o tema *vide*: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 451-453.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

<sup>18</sup> Trata-se de moderna técnica de hermenêutica constitucional pela qual deve se extrair o máximo de conteúdo possível em termos de abrangência e aplicação das normas constitucionais, em razão de sua posição central e inaural em todo e qualquer ordenamento jurídico vigente.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178-179.

#### **4. Da previdência social como um conjunto de direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais) voltados à proteção dos chamados riscos sociais.**

Em termos históricos, já vimos que o surgimento dos direitos ditos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) foi fruto conquistado após diversas revoltas e manifestações do *proletariado* ao redor do mundo contra a exploração da sua mão de obra.<sup>20</sup>

Por isso mesmo envolvem, em sua grande maioria, direitos relacionados ao meio ambiente do trabalho, remuneração e jornada de trabalho e direito de participação e manifestação no trabalho.

Claro que não poderiam deixar de assegurar, também, um mínimo de proteção do trabalhador, pelo Estado, em face de acidentes que impossibilitassem a realização do trabalho e a própria garantia da aposentadoria, daí por que restou previsto, desde o início, o *direito à previdência social*.

E é aqui que surge o sistema de Previdência Social, historicamente concebido, em seu início, como uma espécie de *seguro em pecúnia* para o indivíduo que se colocava em situação de *risco no trabalho*, a ser pago



quando da efetiva ocorrência do evento ao qual estava exposto,<sup>21</sup> evoluindo ao longo dos séculos XIX e XX para um conceito bastante amplo e abrangente, a abranger diversas situações de risco social e um amplo universo de pessoas, até culminar no conceito de “*Seguridade Social*”, típico do chamado Welfare State (“Estado de Bem Estar Social”, como ideal comum no pós Segunda Guerra Mundial):

Antes de tudo, deve-se deixar claro o que se entende, de forma sintética, por *Welfare State*. Nesse modelo, o *Estado intervém de forma contundente*, sobrepondo-se à iniciativa privada, a fim de promover o bem-estar de toda a coletividade. Confunde-se com a figura do Estado-fiscalista, guardião da sociedade. No entanto, mesmo dando ênfase aos programas sociais, esse Estado não abandona o modo de produção capitalista, centrado na propriedade privada. O que se busca no caso é um meio-termo entre os anseios da classe trabalhadora e a preservação do capitalismo. Outrossim, para sobreviver, o Estado do bem-estar social é essencialmente fiscal. Aliás, é por meio da tributação que haverá possibilidade da promoção das melhorias sociais. Exatamente em face da com-

20 “Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira, ‘a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade’”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193, destaque nossos)

21 “Com a Revolução Francesa em 1789 surge a primeira idéia concreta de seguridade social. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dizendo que a sociedade dará assistência aos cidadãos doentes enquanto à procura de trabalho ou enquanto não estiverem em condições de trabalho. As idéias liberais da época não permitiram a expansão dessa proteção social, por entenderem que o Estado não deveria intervir no indivíduo. A Igreja e a própria evolução do homem levam, finalmente, à idéia de que o Estado somente se justifica se voltado para o bem comum de seus integrantes. Em concreto, essa situação passa a ocorrer em 1883 na Alemanha, com Bismarck, com a criação do seguro-doença, instituição que se espalhou pelas demais nações.” (PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunistica*. São Paulo: CPC Livraria, 2005, p. 12-13, destaque nossos)

pulsoriedade da solidariedade criada nesse Estado, ele angariou o desprezo das classes empresariais. E, por outro lado, havendo aumento na demanda das necessidades sociais, que não puderam ser devidamente cumpridas pelo Estado, este passou a enfrentar, nos últimos tempos, problemas também com os trabalhadores".<sup>22</sup> (destaques nossos)

Nesse diapasão, deve ficar claro desde já que o conceito de Seguridade Social é mais amplo do que o de Previdência Social.

Ou seja: evoluiu-se historicamente de um conceito restrito de previdência como seguro em pecúnia, voltado unicamente aos trabalhadores, para um conceito largo e amplo de seguridade social, a abarcar diversas situações de vulnerabilidade social, garantindo extenso rol de prestações em favor de ampla gama de beneficiários.

Assim é que a Seguridade Social<sup>23</sup> (arts. 194 e 195 da CF) engloba três grandes grupos de direitos humanos igualmente fundamentais, a saber: i) a saúde (arts. 196 a 200 da CF); ii) a previdência social (arts. 201 e 202 da CF); iii) a assistência social (arts. 203 e 204 da CF).

Um conceito bastante interessante de Seguridade Social nos é dado pelo Professor Fábio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de

<sup>22</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

<sup>23</sup> "O direito da seguridade social deve ser entendido como o ramo do direito que se ocupa da análise do conjunto de normas jurídicas concernentes à saúde, à assistência e à Previdência Social". (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36, destaques nossos)

pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão *mínimo de vida digna*.<sup>24</sup> (destaques nossos)

Veja o conceito trazido por Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

O sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de toda sua existência, tendo por fundamento a solidariedade humana. A seguridade social é, em última análise, um instrumento através do qual se pretendem alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição, quais sejam: "construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos".<sup>25</sup> (destaques nossos)

No plano constitucional interno, a primeira previsão de um ainda incipiente sistema de Previdência Social surgiu em 1937, sendo que ao longo das constituições posteriores foi ganhando corpo até desembocar no amplo sistema concebido pela Ordem Constitucional de 1988 – sem dúvida, um dos sistemas mais completos e abrangentes já engendrados no mundo – previsto no Capítulo II do Título VIII da Lei Maior (arts. 194 a 204 da CF).

E é o próprio legislador constituinte quem apresenta um conceito de Seguridade Social no *caput* do artigo 194, a saber:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relati-

<sup>24</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 5.

<sup>25</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

vos à saúde, à previdência e à assistência social.

Veja que seu conceito, *moderno e inovador*, ultrapassa a noção clássica dos direitos sociais, colocando como *sujeito passivo* da relação jurídica não somente o Estado (“Poderes Públicos”) como também os próprios potenciais *beneficiários* do sistema (“sociedade”), tudo para que o mesmo ganhe *força e abrangência universais*. Confira-se, a propósito:

*Podemos daí afirmar que a formatação delineada pelo constituinte de 1988 vai além dos antigos sistemas de seguros sociais, ampliados e aprimorados com ideais de justiça, solidariedade e isonomia, em uma ação cooperativa nunca antes atingida pela sociedade humana.* Daí haver algum exagero nas críticas diante do Estado Social, pois, embora este apresente sérios problemas na atualidade, o que se requer são ajustes, nunca sua extinção. Esta seria a verdadeira concepção do Estado Pós-Social. *Cabe à sociedade e seus governantes perceberem que o Estado não tem e nunca terá a força necessária para garantir a liberdade de querer por si só, demandando auxílio da sociedade*, inclusive por meio de organizações não governamentais (ONGs). É hora de superarmos o individualismo da sociedade de consumo e atuarmos no auxílio ao próximo, tendo consciência que o Estado nunca poderá levar esta empreitada por si só. *Somente assim poderemos garantir os objetivos constitucionais.*<sup>26</sup> (destaques nossos)

Outra novidade alvissareira trazida pelo legislador constituinte foi a proposta de *equacionamento do caráter gradual e progressivo da implantação destes direitos* relacionados à saúde, previdência e assistência

social, buscando solucionar o conflito entre a reserva do possível e o caráter obrigatório de implementação dos direitos sociais por meio da adoção de *meta-princípios orientadores do sistema da Seguridade Social*, previstos no parágrafo único, do artigo 194, a saber: i) *universalidade* da cobertura e do atendimento; ii) *uniformidade e equivalência* dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; iii) *seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços; iv) *irredutibilidade do valor* dos benefícios; v) *equidade* na forma de participação no custeio; vi) *diversidade* da base de financiamento; vii) *caráter democrático e descentralizado da administração*, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

De todos os meta-princípios supra-arrolados, desde o início se verifica a *tensão* existente entre os *dois grandes vetores* do sistema da Seguridade Social, quais sejam, o princípio da *universalidade* do custeio e da cobertura de atendimento e seus “*sub-vetores*” (itens “i”, “ii”, “iv”, “vi” e “vii”) versus o princípio da *seletividade e distributividade* no custeio e na prestação dos serviços e seu “*sub-vetor*” (itens “iii” e “v”).

Sem sombra de dúvidas o sucesso – ou o fracasso – do sistema da Seguridade Social dependerá do equilíbrio entre tais fatores,<sup>27</sup> lembrando que, por se tratar de direitos sociais, logo, de direitos humanos fundamentais,

<sup>26</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 7.

<sup>27</sup> “O princípio da universalidade, o qual também inspira a organização da seguridade social, irá adquirir algumas tonalidades específicas na previdência, na assistência e na saúde. Quando se cogita da *previdência social*, espécie notoriamente *contributiva* do gênero seguridade social, *não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável, razão pela qual estamos frente a uma universalidade mitigada*. De outro giro, a universalidade da previdência social, quanto ao acesso, não significa, obrigatoriamente, a concessão de um direito igual, para todos os trabalhadores, de receber benefícios exatamente nas mesmas condições”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33, destaques nossos)

a interpretação das disposições constitucionais e legais sempre deverá levar em conta os *meta-vetores hermenêuticos da vedação do retrocesso e da máxima aplicabilidade das normas protetivas* (art. 5º, § 1º, da CF), bem como os grandes objetivos da República Federativa do Brasil estampados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, notadamente a busca da: *i) dignidade da pessoa humana* (art. 1, III); *ii) construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I)<sup>28</sup>; *iii) promoção do bem de todos* (art. 3º, IV).<sup>29</sup>

Quanto à saúde e à assistência social, não serão objeto de estudo neste trabalho.

Nosso foco diz respeito à *Previdência Social*,<sup>30</sup> entendida como:

28 “Já a *justiça social* é objetivo do desenvolvimento nacional, sendo verdadeira diretriz de atuação para nossos governantes, impondo a ação distributiva da riqueza nacional. Requer não somente a ação do Poder Público, mas também da sociedade, diretamente, sendo emblemática a ação das entidades não governamentais. A *justiça social* é a equânime distribuição de benefícios sociais, baseada no princípio da seletividade e distributividade (exposto mais adiante). Tanto a *justiça social* como o *bem-estar social* são legitimadores das políticas públicas, sendo também diretriz axiológica para interpretação e aplicação da normatização protetiva”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 6, destaques nossos)

29 “O *bem-estar social*, materializado pela legislação social, traz a *idéia de cooperação*, ação concreta do ideal de solidariedade, superando-se o individualismo clássico do estado liberal. De acordo com o art. 3º da Constituição, o bem-estar pode ser também definido como a *erradicação da pobreza e desigualdades, mediante a cooperação entre os indivíduos*”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 6, destaques nossos)

30 “A *previdência social* no Brasil comprehende duas ordens de regimes: os regimes públicos obrigatórios e os privados de caráter complementar e facultativo. Nos regimes públicos, situam-se o *regime geral* e os regimes próprios de previdência constituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios para os seus servidores ocupantes de cargos efetivos (Decreto 3.048/99, art. 6º). O *regime geral* é regulado pela Lei nº 8.213/91, sendo responsável pela sua concretização a autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, vinculado ao Ministério da Previdência Social e instituído pelo já referido D. nº 99.350/90, conforme autorização contida na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. A previdência complementar, organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativa – com fulcro nas disposições do art. 202 da CF/88, na redação delineada pela EC nº 20/98 -, tendo as suas linhas mestras estabe-

(...) um *seguro social compulsório*, eminentemente *contributivo* – este é o seu principal traço distintivo – mantido com recursos dos trabalhadores e de toda sociedade – que busca *propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes* quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, *invalidez*, morte, etc.<sup>31</sup> (destaques nossos)

Em termos *históricos*, a Previdência Social constitui regime ligado à *noção civilista de “risco”*, daí advindo, também historicamente, sua conceituação como espécie de “*seguro*”.

Claro que, ao longo do tempo, tais conceitos evoluíram desta noção primária – de índole essencialmente *individualista e voluntária* – para *conceitos coletivos*, baseados no ideal de *solidariedade*, a abranger toda pessoa integrante do regime geral de previdência social, de *caráter compulsório* – daí as modernas noções de “*risco social*”<sup>32</sup> (ou

leidas na LC nº 109, de 29 de maio de 2001”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-28, destaques nossos). Já mencionamos – e uma vez mais repetimos – que a presente obra não analisará os demais regimes de previdência social, *limitando-se a estudar os benefícios por incapacidade dentro do regime geral de previdência social (RGPS)*.

31 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

32 “A previdência social é tradicionalmente definida como *seguro sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados *riscos sociais*. (...) Em um *conceito restrito*, os *riscos sociais cobertos pelos regimes protetivos* são as adversidades da vida a que qualquer pessoa está submetida, como o risco de doença ou acidente, tanto quanto eventos previsíveis, como *idade avançada* – geradores de impedimento para o segurado providenciar sua manutenção. Todavia, é interessante observar que o conceito de risco social não é tão limitado como possa parecer, pois *abrange outras situações estranhas à idéia de infortúnio, como a maternidade*. Daí alguns criticarem a concepção de “*riscos sociais*”, sugerindo adotar-se o termo *necessidade social*. (...) Desta forma, o signo *risco social*

“contingência”<sup>33</sup>) e “seguridade social”.

Por fim, e no tocante à sua *natureza jurídica*, comungamos dos ensinamentos do Professor Fábio Zambitte Ibrahim, para quem:

*Em verdade, a natureza dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, já que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário. Por isso o seguro social é vinculado a ramo público do Direito (Direito Previdenciário), ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado (Direito Civil).<sup>34</sup> (destaques nossos)*

Por isso mesmo é que, em se tratando do custeio do regime geral de previdência social – e da própria Seguridade Social como um todo –, o legislador Constituinte se socorreu do Sistema Tributário Nacional, criando a espécie tributária intitulada “*contribuições sociais*” (arts. 149 e 195 da CF), para *obrigar a sociedade a auxiliar na manutenção econômica de todo o regime de proteção social*.

---

deve ser interpretado, nesta obra, como *todo evento coberto pelo sistema protetivo, com o intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração, como indenização por sequelas ou em razão de encargos familiares*”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 27-28, destaques nossos)

33 “A relação jurídica de seguridade social é diversa da relação jurídica do seguro do Direito Civil, embora se possa afirmar que somente a relação jurídica previdenciária se aproxima de uma relação de seguro, porque a cobertura dependerá sempre de contribuição do segurado. Os riscos cobertos, porém, serão sempre os enumerados pelo legislador.

Insatisfatória a noção de risco, a *seguridade adota a de contingência que gera a consequência-necessidade objeto da proteção*. A relação jurídica de seguridade social se forma após a ocorrência do evento, ou contingência, para, então, reparar a consequência-necessidade dela decorrente”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4, destaques nossos)

34 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 29.

Ou seja, como necessária contrapartida ao *caráter universal* e amplo do sistema de Seguridade Social – como obrigação do Estado de proteção a direitos sociais, operacionalizada, também, por meio da figura da *filiação obrigatória*<sup>35</sup> – o legislador Constituinte concebeu uma *figura tributária voltada exclusivamente ao financiamento de tal sistema* – condição *sine qua non* para a sua implementação e manutenção.<sup>36</sup>

Assim, como conclusão mais importante a que chegamos – e que servirá como bússola para o aprofundamento de nossos estudos –, é a de que todo o sistema de Previdência Social restou reconhecido e montado juridicamente a partir de *eventos sociais deflagradores – geradores de respectivas contingências sociais* (riscos sociais) –, eleitos pelo legislador Constituinte como aptos a gerar a proteção estatal.

Nesta obra busca-se *inovar* em termos de *distinção* entre os conceitos doutrinários de “*evento deflagrador*” e “*contingência social*” (risco social), o que não ocorre na doutrina pátria sobre o tema, onde os conceitos geralmente se equivalem. Entendemos

35 “Outra característica de grande relevância dos regimes básicos em nosso sistema previdenciário é a *compulsoriedade*, a qual inexiste no segmento complementar. No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar recolhimentos ao sistema previdenciário (somente excluem-se desta regra as pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência). Esta *obrigatoriedade de filiação* ao sistema estatal de previdência é *norma de ordem pública*, sendo defeso ao segurado alegar que não deseja ingressar no sistema, por já custear regime privado de previdência. A *compulsoriedade* tem várias justificativas, em especial, a conhecida *miopia individual* (pouca importância dos mais jovens ao futuro) e a *solidariedade previdenciária*, garantidora do pagamento de benefícios mesmo àqueles com cotização insuficiente”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 30, destaques nossos)

36 “O sistema previdenciário deve ser autossustentável, isto é, deve financiar-se a partir das contribuições de seus beneficiários, diretos ou indiretos, evitando-se uma dependência indevida de recursos estatais, o que naturalmente poderia comprometer o sistema protetivo”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 29, destaques nossos)

relevante juridicamente a distinção entre os conceitos jurídicos em razão de o *legislador constituinte* (art. 201, I a V) e *ordinário* (art. 1º da Lei nº 8.213/1991) arrolarem, na verdade, apenas os *eventos sociais deflagradores* das respectivas contingências sociais amparadas pelo sistema de Proteção Social Previdenciário, e não as contingências diretamente. E isso ocorre inclusive nos casos da aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente, onde os eventos sociais deflagradores – respectivamente, a invalidez, a doença e o acidente – *não se confundem com o risco (contingência) social originado* – a incapacidade laboral. Assim, em termos de rigor técnico-científico, justifica-se a separação entre os conceitos.<sup>37</sup>

E será necessariamente a partir de tal premissa metodológica que estudaremos o sistema de Previdência Social, inclusive, no tocante às suas prestações, entendidas como a efetivação da proteção estatal frente às contingências sociais detectadas por via dos eventos sociais arrolados pelo legislador constituinte – caráter eletivo.

## **5. Dos eventos sociais geradores dos riscos sociais (contingências) protegidos pelo regime geral de previdência social no Brasil.**

Uma vez mais, é a Constituição Federal

37 Como exemplo de entendimento da doutrina pátria em termos de equivalência entre os conceitos, confira-se a seguinte passagem: “O termo *risco social* é empregado para designar os *eventos*, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um *desajuste nas condições normais de vida*, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando *necessidades a serem atendidas*, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29-30, destaque nossos). No exemplo dado, e conforme sugestão que ora ousamos apresentar, tais “*acontecimentos*” representam os *eventos sociais deflagradores*, e as “*necessidades*” representam as *contingências sociais* (riscos sociais), e que *não se confundem*.

quem fixa as balizas atinentes às coberturas abrangidas pelo regime geral de previdência social, em seu artigo 201, caput e incisos I a V.

Balizas estas fixadas tanto no tocante à forma de organização do regime<sup>38</sup> – o que evidentemente delimita seu raio de alcance – quanto no tocante aos eventos sociais deflagradores dos riscos sociais abrangidos pela sua rede de proteção.<sup>39</sup>

Quanto ao *caráter protetivo do trabalhador em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade financeira* de que se reveste a Previdência Social, o artigo 201, § 2º, da Constituição Federal não deixa margem a dúvidas ao prescrever que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá *valor mensal inferior ao salário mínimo*”, lembrando que a própria Constituição Federal prescreve um conceito bastante abrangente de salário mínimo – aliás, teoricamente condizente com o Estado de Bem Estar Social proposto pelo Constituinte – em seu artigo 7º, IV<sup>40</sup> – lamentavelmente instrumento de ficção jurídica em nosso país até os dias atuais.

De qualquer sorte, são os seguintes os *eventos sociais* elencados pelo legislador Constituinte<sup>41</sup> como deflagradores das con-

38 “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)” (art. 201, caput, da CF, destaque nossos).

39 “Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada” (inc. I); “proteção à maternidade, especialmente à gestante” (inc. II); “proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário” (inc. III); “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (inc. IV); “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes” (inc. V). (destaque nossos)

40 “Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. (destaque nossos)

41 Confira-se a redação do art. 1º da Lei nº 8.213/1991, ao arrolar os “eventos sociais” geradores de “riscos sociais” cobertos pelo regime geral de previdência social, lembrando

tingências sociais a serem protegidas: *i) eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada* (art. 201, I); *ii) proteção à maternidade, “especialmente à gestante”* (art. 201, II); *iii) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário* (art. 201, III); *iv) salário-família e auxílio-reclusão* para os dependentes dos segurados de baixa renda (art. 201, IV); *v) pensão por morte* do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201,V).

Da leitura das normas constitucionais verifica-se que o legislador Constituinte concebeu um sistema de previdência social voltado, primeiramente, à proteção de *duas categorias distintas de beneficiários*, a saber: *i) os segurados*, ou seja, as pessoas filiadas<sup>42</sup> ao regime geral de previdência social; *ii) os dependentes*, ou seja, as pessoas ligadas e dependentes economicamente da figura dos segurados.<sup>43</sup>

Outrossim, quatro foram as *categorias de eventos* eleitas pelo legislador Constituinte

---

que é a Constituição Federal quem arrola um rol mínimo de eventos geradores de contingências a serem protegidas, não podendo, portanto, o legislador ordinário reduzi-las: “A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de *incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente*”. (destaques nossos)

42 “A filiação será automática, a partir do simples exercício de trabalho remunerado. (...) A respeito do tema confirase Wladimir Novaes Martinez: ‘(...) A filiação é a aquisição da condição de segurado junto ao RGPS e é sempre automática, bastando, para tal, a efetiva prestação de atividade abrangida pela proteção previdenciária, seja empregado, empregador, autônomo, especial, etc., independentemente de contribuição à Previdência’”. (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 116-117, destaques nossos)

43 Lei nº 8.213/1991, art. 16: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: *I* – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; *II* – os pais; *III* – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (...) § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”. (destaques nossos)



como deflagradoras de contingências sociais dignas de receber a proteção social (art. 201, I, II, IV e V), a saber: *i) os seguintes eventos: a) doença; b) invalidez; c) morte; d) idade avançada; ii) os eventos destacados da maternidade e do desemprego involuntário; iii) as proteções sociais voltadas aos segurados de baixa renda,<sup>44</sup> pagas em favor de seus dependentes em razão da ocorrência de *dois eventos específicos*: a) salário-família, pago no caso de filhos menores de 14 (quatorze) anos ou inválidos com frequência escolar; b) auxílio-reclusão, que tem como evento desencadeante a prisão do segurado de baixa renda; iv) o benefício destacado da pensão por morte, pago em favor dos dependentes do segurado após a ocorrência do evento “morte”.*

44 Cabe aqui ressaltar a aparente incongruência entre o legislador constituinte – que conceituou o benefício do salário família como destinado aos dependentes do segurado de baixa renda – e o legislador ordinário, que o enquadrou como benefício destinado aos próprios segurados de baixa renda, a gerar, inclusive, celeuma doutrinária acerca do assunto, a conferir: “A atual restrição deste benefício aos segurados de baixa renda foi implementada pela Emenda Constitucional nº 20/98, a qual limitou a concessão do salário-família e do auxílio-reclusão aos segurados e dependentes de baixa renda (art. 201, IV da CRFB/88)” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 638, destaques nossos) VERSUS “O inciso XII do art. 7º e o inciso IV do art. 201, na redação conferida pela EC nº 20/98, restringiram a concessão do salário-família para os dependentes dos segurados de baixa renda”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 283, destaques nossos)

Agora, juntando as duas ordens de categorias levadas em conta pelo legislador Constituinte, e fazendo-se a devida correlação entre os eventos eleitos e os

respectivos benefícios previstos e pessoas beneficiárias, temos o seguinte quadro, com supedâneo constitucional e legal (Lei nº 8.213/1991):

EVENTO	BENEFÍCIO	BENEFICIÁRIOS
Doença (art. 201, I, da CF)	Auxílio-doença (art. 18, I, e, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Invalidez (art. 201, I, da CF)	Aposentadoria por invalidez (art. 18, I, a, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Morte (art. 201, I e V, da CF)	Pensão por morte (art. 18, II, a, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados (art. 16 da Lei nº 8.213/1991)
Idade avançada (art. 201, I, da CF)	Aposentadoria por idade (art. 18, I, b, da Lei nº 8.213/1991) e por tempo de contribuição (art. 18, I, c e d, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Maternidade (art. 201, II, da CF)	Salário-maternidade (art. 18, I, g, da Lei nº 8.213/1991)	Seguradas mulheres
Reclusão (art. 201, IV, da CF)	Auxílio-reclusão (art. 18, II, b, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados de baixa renda (art. 16 da Lei nº 8.213/1991)
Filhos menores de 14 (quatorze) anos ou inválidos com frequência escolar (art. 201, IV, da CF)	Salário-família (art. 18, I, f, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados de baixa renda, com exclusões
Desemprego involuntário (art. 201, III, da CF)	Seguro-desemprego (Lei nº 7.998/1990)	Segurados empregados e autônomos (art. 3º, II, da Lei nº 7.998/1990)

Espécie própria, a ser estudada em momento posterior, porém, não constante expressamente do texto constitucional, é o benefício do *auxílio-acidente* (art. 86 da Lei nº 8.213/1991), o qual possui *natureza jurídica indenizatória*,<sup>45</sup> compensando o trabalhador em razão da ocorrência de evento gerador de *diminuição de sua capacidade laboral* (acidente), logo, com perda de competitividade dentro do mercado de trabalho.

Temos, assim, como principal conclu-

são do capítulo, que o legislador Constituinte adotou a metodologia de arrolar os eventos *sociais* deflagradores das contingências sociais a serem protegidas, correlacionando-os às prestações previdenciárias devidas – e não a elaboração de uma direta correlação “contingência social-prestação previdenciária”.

## 6. Dos eventos sociais geradores do risco social “incapacidade laboral” e respectivos benefícios previdenciários existentes dentro do regime geral de previdência social – conceito e relação entre eles.

Delimitando o estudo dos eventos eleitos pelo legislador Constituinte brasileiro como hábeis a gerar a proteção social pelo regime geral de previdência social, passaremos a verificar quais deles encontram-se inseridos dentro da situação de fragilidade social

45 “O auxílio-acidente é o único benefício previdenciário com natureza exclusivamente indenizatória. Visa a resarcir o segurado, em virtude de acidente que lhe provoque a redução da capacidade laborativa. Este benefício está previsto na Lei nº 8.213/91, art. 86 e no RPS, art. 104. O segurado tem uma seqüela decorrente de acidente que reduziu sua capacidade laborativa – daí presume o Legislador que este segurado terá uma provável perda remuneratória, cabendo ao seguro social resarcir-lo desse potencial dano”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 648, destaque nossos)

(contingência/risco social) da *incapacidade laboral*.

Isso porque, dentre todos os eventos prescritos, é possível se separar – como já comprovado no capítulo anterior – *alguns deles em categorias próprias*, em razão de sua *origem comum*, notadamente em razão da geração de uma mesma categoria de “*contingência social*”.

Ou, em outras palavras, alguns eventos se encontram *ontologicamente ligados*, o que gerará, por decorrência natural, a *ligação ontológica entre os respectivos benefícios previdenciários* prescritos no bojo da Lei nº 8.213/1991.

E, como exemplos a serem ora estudados neste trabalho, temos dois eventos básicos que se ligam diretamente em razão da noção de *incapacidade laboral* – *contingência social comum* exigida como pressuposto imprescindível à concessão de ambas as prestações estatais –, a saber: *i) doença; ii) invalidez*.

Logo, os dois benefícios previdenciários previstos na Lei nº 8.213/1991 que possuem como pressuposto fundamental de concessão a existência de incapacidade laboral são: *i) auxílio-doença; ii) aposentadoria por invalidez*.

Com efeito. Basta verificar as normas jurídicas disciplinadoras de ambos os benefícios para verificar a ligação ontológica entre os eventos deflagradores por via da contingência social comum da “*incapacidade laboral*”:

- APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (art. 42): “A aposentadoria por invalidez, (...), será devida ao segurado que, (...), for considerado *incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade de que lhe garanta a subsistência* (...).”
- AUXÍLIO-DOENÇA (art. 59): “O auxílio doença será devido ao segurado que, (...), *ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual* por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Veja que, em *ambos os casos*, os eventos sociais deflagradores da concessão das

respectivas proteções sociais encontram-se intimamente ligados à origem comum da contingência social da *incapacidade laboral*: de forma *total*, porém, *permanente na aposentadoria por invalidez* – benefício que prevê maior proteção social (100% do salário de benefício, art. 44), porém, exige um grau maior de gravidade na incapacidade laboral constatada – e meramente *temporária no auxílio-doença* – benefício que prevê menor proteção social (91% do salário de benefício, art. 61), porém, exige um grau menor de gravidade da incapacidade laboral:

*A perda definitiva da capacidade laboral é uma contingência social deflagradora da aposentadoria por invalidez. Distingue-se do auxílio-doença, também concebido para proteger o obreiro da incapacidade laboral, em razão de o risco social apresentar-se aqui com tonalidades mais intensas e sombrias, vale dizer, em princípio, o quadro é irreversível.*<sup>46</sup> (destaques nossos)

Também o *nível de extensão* da incapacidade laboral varia entre os dois benefícios por incapacidade: *i) para toda e qualquer atividade laboral*, no caso da aposentadoria por invalidez; *ii) apenas para a atividade laboral habitual*, em se tratando de auxílio-doença:

A diferença, comparativamente a aposentadoria por invalidez, repousa na circunstância de que para a obtenção de *auxílio-doença* basta a incapacidade para o trabalho ou atividade *habitual* do segurado, enquanto para a *aposentadoria por invalidez* exige-se a incapacidade total, para *qualquer atividade que garanta a subsistência*. Tanto é assim que, exercendo o segurado mais de uma atividade e ficando incapacitado para apenas uma delas, o *auxílio-doença* será concedido em relação à atividade para a qual o segura-

<sup>46</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203-204.

*do estiver incapacitado, considerando-se, para efeito de carência somente as contribuições relativas a essa atividade.* (RPS, art. 71, § 1º).<sup>47</sup> (destaques nossos)

Outrossim, em ambos os benefícios resta vedada a concessão da proteção estatal quando verificado que o termo inicial da incapacidade se deu *anteriormente* ao ingresso do segurado no regime geral de previdência social (conceito de “incapacidade preexistente”: artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991, respectivamente, para os casos de aposentadoria por invalidez e de auxílio doença).

Especificamente no tocante ao *grau de incapacidade* diferenciador de ambos os benefícios, deve-se ter em mente que o conceito de “incapacidade permanente”, exigido para a concessão da *aposentadoria por invalidez*, não se confunde com incapacidade vitalícia, ou irreversível.

Ou seja, trata-se de uma incapacidade total e de longa duração, mas que não irá necessariamente perdurar para o resto da vida do segurado, conferindo-se:

É corrente entre os segurados a idéia de que a aposentadoria por invalidez é definitiva, não podendo ser cassada pelo INSS. Bem por isso a situação de “encostado”, como é popularmente chamado o beneficiário do auxílio-doença, não é confortável para o segurado, que muitas vezes tenta aposentar-se. Cuida-se, entretanto, de um equívoco. Considerando-se o fato de o pressuposto fundamental do deferimento e da manutenção da aposentadoria por invalidez reposar sobre a ausência da capacidade laborativa do segurado, pode-se afirmar que a *naturaleza do benefício é sempre precária*. Paradoxalmente, se o dito estado ‘definitivamente’ incapacitante vem a ser

*alterado* (seja pela *imprecisão dos exames* que atestaram a irrecuperabilidade, seja pela *evolução das ciências médicas* que permitiram debelar a moléstia diagnosticada na época como incurável), *não subsiste razão para a manutenção da prestação previdenciária*. Daí a locução presente na parte final do artigo 42: *e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição*.<sup>48</sup> (destaques nossos)

Tal conclusão decorre facilmente da própria redação do artigo 42 da Lei nº 8.213/1991, que em sua parte final enfatiza “(...) e ser-lhe-á paga *enquanto permanecer nesta condição*”, bem como em face da exigência de o segurado se submeter a perícias médicas periódicas (art. 101) e da própria previsão legal expressa no tocante à forma de cessação do benefício quando constatada a recuperação da capacidade laboral (art. 47):

Por outro lado, a idéia de uma incapacidade total e permanente como pressuposto da aposentadoria por invalidez deve ser entendida em seus devidos termos. A distinção que corresponde o auxílio-doença à incapacidade parcial-temporária e a aposentadoria por invalidez à incapacidade total-definitiva tem mais uma *finalidade didática*. Em primeiro lugar, se o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto perdurar a incapacidade e se o titular deste benefício deve submeter-se ao serviço de reabilitação profissional, a *definitividade da incapacidade não é, então, absoluta*. Sempre será possível (devida, na verdade) a reabilitação profissional. Parece-me um equívoco condicionar-se a concessão da aposentadoria por invalidez aos casos em que o segurado é insuscetível de reabilitação, ainda que a interpretação literal do disposto no art. 42 da Lei 8.213/91 possa

47 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275.

48 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 205.

nos levar a tal pensamento. *O que se exige é uma incapacidade mais estável do que aquela que autoriza a concessão do auxílio-doença, pois este benefício é devido no caso de incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos. A característica aqui é de uma incapacidade temporária e precária. Na aposentadoria por invalidez a incapacidade é para qualquer atividade e mais estável, ela deve ser permanente enquanto dure, com prognóstico médico de que não cesse.*<sup>49</sup> (destaques nossos)

Outro ponto de grande relevo, que merece ser destacado, é o da *concessão judicial* de ambos os benefícios por incapacidade, sendo certo que, para efeitos de análise e fixação do nível de extensão da incapacidade laboral – apenas para a atividade habitual (auxílio-doença) ou para toda e qualquer atividade (aposentadoria por invalidez) – o juiz deve, dentro do princípio do *livre convencimento motivado* (art. 131 do CPC), balizar-se não somente pelo resultado do laudo médico pericial, mas também pelos chamados “fatores sociais” (grau de instrução, idade, atividades historicamente desempenhadas pelo segurado, condição social, dentre outros), como elementos de prova constantes dos autos:

*Incapacidade Permanente, ou seja, com prognóstico negativo quanto a cura ou reabilitação. Assim é que, se a incapacidade é parcial, impedindo o exercício da atividade habitual do segurado, mas permitindo o exercício de outra pela qual possa sobreviver, ainda que a habilitação tenha sido efetuada mediante a realização de reabilitação profissional, não há direito à aposentadoria por invalidez. As condições pessoais do segurado reclamam uma análise cuidadosa que não deve descuidar-se de sua idade, aptidões, grau de instrução, limitações físicas que irão acompanhá-lo dali para frente, bem como a diminuição do nível*

*de renda que a nova profissão poderá acarretar.*<sup>50</sup> (destaques nossos)

Também é este o entendimento do STJ, a saber:

**PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, UTILIZANDO-SE OUTROS MEIOS.**

1. Ainda que o sistema previdenciário seja contributivo, não há como desvinculá-lo da realidade social, econômica e cultural do país, onde as dificuldades sociais alargam, em muito, a fria letra da lei.

2. *No Direito Previdenciário, com maior razão, o magistrado não está adstrito apenas à prova pericial, devendo considerar fatores outros para averiguar a possibilidade de concessão do benefício pretendido pelo segurado.*

3. *Com relação à concessão de aposentadoria por invalidez, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da desnecessidade da vinculação do magistrado à prova pericial, se existentes outros elementos nos autos aptos à formação do seu convencimento, podendo, inclusive, concluir pela incapacidade permanente do segurado em exercer qualquer atividade laborativa, não obstante a perícia conclua pela incapacidade parcial.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1102739/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009)

Evidente, pois, não é crível se supor que pessoas em situação de grande vulne-

49 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 249.

50 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 204.

rabilidade financeira, que desempenharam durante toda a vida atividade de baixo grau de complexidade, de mínima remuneração, com baixo grau de escolaridade e idade avançada, tenham reais condições de se reabilitar para a prática de atividades laborais diversas.

O próprio legislador processualista, já antevendo tais situações, expressamente prescreveu no artigo 436 do Código de Processo Civil que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”:

*O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. Deve apenas apurar a existência de fatos cuja certificação dependa de conhecimento técnico”. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo (art. 436). E, realmente, deve ser assim, pois do contrário, o laudo pericial deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitio de decisão arbitral e o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tornando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional.<sup>51</sup> (destaques nossos)*

Ou seja, o juiz deve se valer de todos os elementos de prova colhidos nos autos para a busca da verdade material, a fim de que a sentença proferida reflita e garanta, o mais próximo possível, a realidade dos direitos e respectivos titulares.

Registre-se uma vez mais que os *benefícios previdenciários* nada mais representam do que *prestações devidas pelo Estado como direitos humanos fundamentais de segunda geração*, em favor de pessoas inseridas em

situações jurídicas de vulnerabilidade financeira e social, dentro dos parâmetros constitucionais e legais previamente fixados, *não podendo, portanto, meras questões técnicas inviabilizar o seu exercício*.

## **7. Da inclusão do auxílio-acidente no rol dos benefícios previdenciários pagos em razão da constatação de evento social inserido na contingência social “incapacidade laboral”.**

A inclusão da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença no rol dos benefícios decorrentes da constatação de eventos sociais inseridos na contingência social comum da “incapacidade laboral” – logo, com o reconhecimento de sua *ligação ontológica e correlação necessária em termos de configuração e concessão* – é questão de há muito pacificada na doutrina e jurisprudência pátrias, inexistindo qualquer celeuma nesse sentido. Confira-se, a propósito:

Há entendimentos no sentido que o auxílio-doença pode ser concedido, judicialmente, mesmo quando o pedido inicial tenha sido de aposentadoria por invalidez, não se configurando julgamento *extra petita*. Considera-se, no caso, que o auxílio-doença é um minus em relação à aposentadoria por invalidez.<sup>52</sup> (destaques nossos)

**PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFERIDO AUXÍLIO-DOENÇA EM VEZ DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.**

*1. A sentença, restabelecida pela decisão em sede de recurso especial, bem decidiu a espécie, quando, reconhecendo o preenchimento dos requisitos*

51 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 519-520.

52 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

*necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, deferiu-o ao segurado, não obstante ter ele requerido aposentadoria por invalidez.*

2. Agravo regimental improvido.  
(AgRg no REsp 868.911/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 17/11/2008)

**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA. NULIDADE. EXTRA PETITA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA.**

*Não há nulidade por julgamento extra petita na sentença que, constatando o preenchimento dos requisitos legais para tanto, concede aposentadoria por invalidez ao segurado que havia requerido o pagamento de auxílio-doença.*

*Precedentes.*

Recurso não conhecido.

(REsp 293.659/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/02/2001, DJ 19/03/2001, p. 138)

**Não obstante, em razão da tão propalada natureza jurídica indenizatória do benefício de auxílio-acidente, existe forte resistência<sup>53</sup> em inseri-lo como integrante deste seletivo rol.**

**Isso porque, como indenização, não representa benefício substitutivo da remuneração do segurado, como o são a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença.**

**Evidente, pois, que a incapacidade laboral do segurado a ser constatada em se tratando do benefício de auxílio-acidente**

**é a parcial, ou seja, uma mera redução na capacidade laboral, logo, não deixando o segurado de exercer atividade remuneratória – o que necessariamente ocorre nas duas outras hipóteses de concessão de benefício previdenciário.**

Mas, com todo o respeito às opiniões em contrário, o fato de o auxílio-acidente possuir caráter indenizatório é razão suficiente, de per se, para excluí-lo do rol dos benefícios previdenciários devidos pela constatação de evento deflagrador de incapacidade laboral?

Ou, em outras palavras, o caráter indenizatório do auxílio-acidente é característica crucial a ponto de fazer com que o mesmo se afaste ontologicamente dos outros dois benefícios (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez)?

A nosso ver, para o correto enquadramento do tema, faz-se imprescindível a verificação do evento social deflagrador do benefício em questão, pois, como direito integrante do rol dos direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, dentro do capítulo dos “direitos à previdência social”, por sua vez inseridos nos “direitos à segurança social”), é a partir de tal dado que deve ser perquirida a sua real natureza jurídica.

A resposta nos é dada pelo artigo 86 da Lei nº 8.213/1991:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado<sup>54</sup> quando, após

53 “Note-se a diferença entre esse benefício e os de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez. A contingência coberta pelo auxílio-doença é a incapacidade total e temporária para o exercício das atividades habituais, mas que é passível de recuperação. A aposentadoria por invalidez protege a incapacidade total e definitiva para o trabalho. O auxílio-acidente indeniza o segurado prejudicado em razão da redução de sua capacidade laborativa em relação às atividades exercidas quando ocorreu o acidente”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192, destaques nossos)

54 O art. 18, § 1º, da Lei nº 8.213/1991 limita o rol de segurados beneficiários do auxílio-acidente, nos seguintes termos: “Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I (empregado), VI (trabalhador avulso) e VII (segurado especial) do artigo 11 desta Lei”. Trata-se de restrição inconcebível desde a edição da Lei nº 9.528/1997, que criou a figura do auxílio-acidente previdenciário, conforme restará esclarecido mais adiante, bem como elemento diferenciador em relação ao amplo e irrestrito rol de beneficiários da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença, porém, e a nosso sentir, jamais a ponto de inviabilizar sua inserção dentre o rol dos benefícios integrantes da categoria “incapacidade laboral”, em razão da já demonstrada possibilidade de integração de determinados elementos de *discrimen* eleitos pelo le-

a consolidação das lesões decorrentes de *acidente de qualquer natureza*, resultarem *seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.* (destaques nossos)

Importante ressaltar que, não obstante o legislador ordinário utilize a expressão “consolidação das lesões” em termos de auxílio-acidente, o que levaria, em um primeiro momento, à conclusão de que o benefício somente poderia ser pago enquanto e durante a constatação de tal redução da capacidade laboral, o entendimento doutrinário e jurisprudencial se firmou em sentido contrário, ou seja, de que o benefício continua sendo devido mesmo após a recuperação da capacidade laboral pelo segurado beneficiário, a conferir:

*Ainda que o segurado, no futuro, venha a exercer atividade remunerada em que não haja reflexo negativo de sua seqüela, o auxílio-acidente continuará sendo pago. Somente será interrompido no caso de novo afastamento em razão do mesmo acidente ou na aposentadoria (também será encerrado na hipótese do segurado averbar seu tempo de contribuição em outro regime de previdência, quando, por exemplo, ingressa em RPPS). A manutenção do benefício, mesmo na mudança de atividade do segurado, tem conotação pragmática. Seria impossível o seguro social acompanhar a vida do segurado durante décadas, verificando-se a cada mudança de atividade o evento determinante permanece. Pois, da mesma forma, teria direito de reabilitação ao benefício no caso de retorno à atividade pretérita, em que foi jubilado com a prestação. Por isso o benefício é mantido, independente da mudança de atividade profissional, ou mesmo desemprego. A concessão do auxílio-acidente, no que diz*

---

gislador constitucional em categorias próprias, inclusive, para efeitos de classificação dos benefícios previdenciários (no caso, os *eventos sociais* da invalidez, doença e acidente, integrantes da categoria única dos benefícios decorrentes do risco social da “incapacidade laboral”).

respeito à aferição da redução da capacidade laborativa, levará em consideração a atividade que era exercida pelo segurado no momento do acidente. Se, no futuro, vem a desenvolver outra profissão na qual a seqüela seja prejudicial, não terá direito ao benefício, se no momento do acidente exercia outra que não foi afetada pela seqüela. A análise, repita-se, é instantânea, tendo como paradigma o ofício exercido no tempo do acidente. De modo ainda mais abrangente, já decidiu o STJ que a “concessão do referido benefício previdenciário não está condicionada à reversibilidade da incapacidade, sendo irrelevante para tal fim” (AgRg no REsp 799.749-SP, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Laurita Vaz, julgado em 21/3/2006). A idéia é a seqüela definitiva, e não a incapacidade definitiva para determinada atividade.<sup>55</sup> (destaques nossos)

A redação atual foi fruto do advento da Lei nº 9.528/1997, porém, desde o advento da Lei nº 9.032/1995 restou criada a modalidade do benefício do auxílio-acidente previdenciário. Até então, e pela redação original, somente existia o auxílio-acidente de natureza *accidentária*, ou seja, decorrente de acidente do trabalho. Tal era a sua redação original:

O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do *acidente do trabalho*, resultar seqüela que implique: (...) (destaques nossos).

Nesse sentido, confira-se:

A Lei nº 9.032/95 alterou a redação do art. 86 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo que o auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza houver redução da capacidade funcional. O benefício passou a ser devido em virtude de acidentes de qualquer natureza

<sup>55</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 648-649.

*e não mais apenas nos casos de acidente do trabalho.*<sup>56</sup> (destaques nossos)

**Não obstante, ainda há quem defenda a existência do benefício de auxílio-acidente unicamente na modalidade acidentária:**

*Observação: este benefício não é reconhecido pela previdência social, que entende somente existir o auxílio-acidente tipicamente de natureza acidentária nas hipóteses de acidente ou doença do trabalho, isto é, apenas para três segurados (empregado, avulso e segurado especial). Contudo, para efeito de estudo, entende-se deva ser enfrentado.*<sup>57</sup> (destaques nossos)

**Trata-se, com todo o respeito, de posição há muito ultrapassada, prevalecendo nos dias atuais, de forma pacífica, aquela no sentido da existência do benefício de auxílio-acidente na modalidade previdenciária. A propósito:**

Mencionando a lei atualmente *acidente de qualquer natureza*, em lugar de *acidente do trabalho*, como na redação originária, entende-se que houve uma *ampliação das hipóteses fáticas para concessão do benefício*. O conceito de acidente do trabalho é legal, sendo, portanto, mais restrito, devendo ser compreendido à luz dos arts. 19 a 21 da Lei de Benefícios. Por *acidente de qualquer natureza* deve ser entendido *qualquer evento abrupto que cause a incapacidade, ainda que não guarde relação com a atividade laboral do segurado.*<sup>58</sup> (destaques nossos)

Também este é o posicionamento pacífico da jurisprudência pátria (STJ), a saber:

56 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação previdenciária comentada*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 391.

57 PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunistica*. São Paulo: CPC Livraria, 2005, p. 129.

58 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 315.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO OBJETIVANDO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. ART. 86 DA LEI Nº 8.213/91, COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL.**

*1. O auxílio-acidente previsto no art. 86 da Lei nº 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei nº 9.528/97, deixou de ser devido exclusivamente na ocorrência de acidente de trabalho propriamente dito, estendendo-se aos acidentes de qualquer natureza, vale dizer, de índole previdenciária, sendo competente, nestes casos, a Justiça Federal.*

*2. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e providos para declarar competente a Justiça Federal. (EDcl no CC 37.061/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 08/10/2003, DJ 17/05/2004, p. 103)*

Ou seja, o benefício previdenciário de auxílio-acidente tem como *evento deflagrador* a ocorrência de “acidente de qualquer natureza”, gerador da contingência social “*redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*”.

Por se referir unicamente ao termo “*acidente*”, é certo que *não* cabe a concessão de auxílio-acidente no caso de exposição do segurado a *doença incapacitante, exceto se relacionada ao trabalho*, em razão de sua equiparação legal ao conceito de “*acidente*” (art. 20 da Lei nº 8.213/1991).

Confira-se, a respeito:

Deve-se ter em mente o preenchimento dos requisitos necessários ao benefício, e o primeiro deles é o *acidente* (e não a *doença*). Assim, se o segurado é *acometido de doença, mesmo sequelado com redução da capacidade laborativa, não fará jus ao benefício*. A única ressalva é justamente a *doença relacionada ao*

trabalho, que é equiparada, para fins legais, a acidente do trabalho (art. 20 da Lei nº 8.213/91).<sup>59</sup> (destaques nossos)

Logo, em termos *ontológicos*, diferencia-se do benefício de auxílio-doença unicamente em razão do *grau da incapacidade laboral* decorrente das lesões apresentadas – incapacidade laboral parcial (auxílio-acidente) X incapacidade laboral total (auxílio-doença).

Interessante notar que em ambos os casos o legislador ordinário teve o cuidado de se referir, em termos de *extensão da incapacidade*, unicamente à “*atividade habitual*” – diversamente da aposentadoria por invalidez, que amplia a sua extensão para “toda e qualquer atividade que lhe garanta o sustento” –, ou seja, a extensão da incapacidade é idêntica nos benefícios previdenciários de auxílio-acidente e auxílio-doença.

De todo o exposto, e em se tratando de *direitos humanos fundamentais*, de segunda geração, logo, como obrigação do Estado em termos de implementação, e lembrando os meta-vetores hermenêuticos da máxima efetividade e aplicação imediata, já estudados, outra conclusão não é possível senão a de que o benefício previdenciário de auxílio-acidente encontra-se ontologicamente ligado ao benefício previdenciário de auxílio-doença – e estes dois, por sua vez, ao benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

E isso em razão da *identidade da contingência social na qual se encontram inseridos os eventos sociais deflagradores de suas concessões*, como proteção social – a incapacidade laboral – somente variando de grau e extensão em cada espécie, em termos de exigência para a efetivação da prestação.

Tal constatação evidencia, ademais, que o caráter *indenizatório* do auxílio acidente, longe de representar sua verdadeira natureza jurídica – desmentida dentro da ótica

das prestações previdenciárias como direitos humanos fundamentais de segunda geração – representa, na verdade, mera *característica anciliar, irrelevante em termos de definição de sua natureza ontológica*.

Tal caráter *indenizatório*, na verdade, é mera *decorrência do grau de incapacidade exigido para a sua prestação pelo Estado* – parcial (redução) – longe de caracterizar, portanto, sua real natureza ontológica, a qual está ligada, repetimos à exaustão, à *proteção social da incapacidade laboral como direito humano fundamental*.

Portanto, o contraponto existente entre os três benefícios em termos de substituição (ou não) da remuneração do indivíduo, representa apenas decorrência lógica do grau de incapacidade exigido para efeitos de implementação da proteção social – total na aposentadoria por invalidez e no auxílio-doença, logo, com *característica remuneratória X parcial no auxílio-acidente*, logo, com *característica indenizatória* – sem macular a real natureza jurídica dos três – proteção estatal em razão da ocorrência de eventos sociais inseridos dentro da contingência social da “incapacidade laboral”.

Ousamos, assim, discordar das vozes doutrinárias majoritárias, bem como de parte da jurisprudência pátria, para inserir o benefício previdenciário de auxílio-acidente dentre os classicamente chamados “benefícios previdenciários por incapacidade”.

Por decorrência, concordamos com as críticas lançadas pelos Professores *Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior* em face da *indevida restrição* do alcance do benefício previdenciário de auxílio-acidente em termos de *segurados beneficiários da prestação*:

Somente podem postular esta prestação os segurados relacionados no § 1º do art. 18 da Lei de Benefícios: segurados empregado, avulso e especial. Considerando o fato de o benefício, na redação original, apenas ser devido nos casos em que caracterizado o acidente do tra-

<sup>59</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 652.

lho, a restrição no âmbito subjetivo até poderia ser compreendida. Entretanto, *a partir da extensão promovida para os acidentes de qualquer natureza, a limitação subjetiva torna-se difícil de ser justificada.*<sup>60</sup> (destaques nossos)

Restrição incompreensível e injustificável, ainda mais tendo em vista a *natureza jurídica comum* entre os três benefícios previdenciários por incapacidade identificados em nosso regime geral de previdência social – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.

## **8. Consequência inerente à identidade ontológica entre os benefícios previdenciários por incapacidade – da fungibilidade entre os mesmos.**

Comprovada a inserção da Previdência Social dentre o rol de direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), logo, devendo ser observados os princípios e objetivos fundamentais arrolados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, bem como os meta-vetores da aplicação imediata e da máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais prescritos, conclusão inarredável é a de que as *prestações inseridas dentro do regime geral de previdência social devem ser implementadas a todas as pessoas filiadas ao regime e que se insiram dentro de uma das diversas hipóteses de “eventos sociais” previstos, para proteção da respectiva contingência social.*

Indo além. Comprovado que os benefícios previdenciários inseridos no regime geral de previdência social referentes à “aposentadoria por invalidez”, ao “auxílio-doença” e ao “auxílio-acidente” possuem *raiz idêntica* – prestações devidas pelo Estado em face da constatação de eventos sociais deflagradores

<sup>60</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTASAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 317-318.

da contingência social “*incapacidade laboral*” – é dever do Estado a sua concessão e implementação *de acordo com a realidade fática subjacente.*

Ou seja, para efeitos de concessão resta *irrelevante a espécie de prestação requerida*, devendo ser concedido o benefício adequado à comprovada realidade fática do segurado.

Assim, caso o segurado tenha requerido administrativamente o benefício da aposentadoria por invalidez, a efetiva constatação de uma incapacidade total, porém, temporária, não pode ser utilizada como fundamento para o indeferimento do benefício, devendo ser concedido e implementado o benefício adequado, qual seja, o auxílio-doença.

De outra sorte, caso requerida a concessão do benefício de auxílio-doença, e constatada a existência de uma incapacidade apenas parcial (redução), porém, de caráter permanente, deverá ser concedido o benefício de auxílio-acidente, e não negado o direito fundamental do segurado.

Isso porque se trata do *reconhecimento e efetivação de direito humano fundamental*, tal qual exigido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º.

E a via inversa também é verdadeira. Requerido o benefício de auxílio-doença, caso constatada a existência de uma incapacidade total e permanente, deverá ser concedida a aposentadoria por invalidez.

Correto, assim, o procedimento adotado pelo INSS na seara administrativa, ao cadastrar o requerimento do benefício do segurado pela *contingência social idêntica a ser protegida* (“por incapacidade”), sem rotulá-lo pela espécie de prestação a ser concedida, o que poderia levar à violação de direito humano fundamental.

Tal característica – de *intercambialidade* – representa o caráter da “*fungibilidade*” entre os benefícios previdenciários por incapacidade, o que inegavelmente significa a sua *máxima aplicação e efetivação*, cumprindo

com os mandamentos constitucionais.

Representa, pois, o equivalente previdenciário das proteções possessórias, as quais também possuem a característica da fungibilidade,<sup>61</sup> em razão do idêntico fundamento de validade constitucional no direito de propriedade<sup>62</sup> (art. 5º, *caput*, da CF).

61 “*Fungibilidade dos interditos possessórios*. O CPC 920 estabelece que a propositura de uma ação possessória em lugar de outra não impede que o juiz conheça do pedido e conceda a proteção que entender adequada, desde que os requisitos para essa concessão estejam provados nos autos. É o que se denomina em doutrina de princípio da fungibilidade dos interditos possessórios. É preciso mencionar, entretanto, que o juiz deverá conhecer do pedido na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu (já que a ação é duplice), não podendo ser alterada a causa de pedir. *Essa fungibilidade é válida para qualquer um dos três interditos*. É possível que o autor mencione ter havido turbação, pedindo a manutenção da posse, e, no curso do processo, o juiz verificar que aquelas circunstâncias por ele descritas na petição inicial se caracterizam simples receio, e, a final, conceder o mandado proibitório e não o de manutenção”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 989, destaque nossos)

62 “*Ihering adota como fundamento da proteção possessória o seu conceito mesmo de posse, como exteriorização normal da propriedade. E argumenta que a ordem jurídica dá-lhe segurança como um complemento necessário à garantia que dá à propriedade*. Não importa que, às vezes, ela vá beneficiar o não proprietário, e que eventualmente possa dirigir-se contra o proprietário mesmo. É que, se não houvesse a proteção à posse, deveria o *dominus*, à menor turbação ou ameaça, provar a sua propriedade na defesa de sua situação, demonstrando a existência do próprio direito e a regularidade de sua aquisição. E, como esta é habitualmente derivada, o dono teria de demonstrar a existência do ato de transmissão, a capacidade do transmitente, e o direito escorreito deste. Mas, sendo ele também proprietário por transferência, o mesmo processo haveria de repetir-se até encontrar o primeiro ocupante da *res nullius*, que iniciou a cadeia como adquirente originário, provando-se ainda que a coisa efetivamente não tinha dono. Esta prova, tão difícil que os escritores medievais qualificaram-na *diabolica probatio*, importaria em todos os casos um esquema onerosíssimo, e nem sempre convincente. A fim de facilitar a defesa do domínio, imaginou-se a proteção possessória, que permite, mediante a manutenção do *status quo*, tutelar sumariamente a propriedade, assegurando-se àquele que tem a sua exteriorização, ou que se comporte em relação à coisa, como normalmente procede o *dominus*, conservar-se nesta situação, invocando, para repelir a agressão, a sua condição de *possessor*. A posse é, então, a sentinela na defesa da propriedade, e, todas as vezes que se fere um combate de mera posição avançada, basta a utilização da arma branca na expulsão do ladrão ou salteador, reservando-se a artilharia pesada para a eventualidade de se ferir a batalha deci-

## **9. Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade e sua tutela jurisdicional – fundamentos e características.**

Analisaremos agora os requerimentos formulados pelos segurados perante o *Poder Judiciário*, de concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente – e como o caráter de *fungibilidade* entre os mesmos influi nos julgamentos.

Isso porque o sistema processual civil pátrio, aplicado nas lides previdenciárias e materializado basicamente pelo Código de Processo Civil, possui uma série de regras e restrições, as quais acabam por levar a uma *primeira e superficial conclusão* de que seria vedado tal caráter – de fungibilidade entre os pedidos relacionados aos benefícios por incapacidade – na esfera judicial, em termos de julgamento do pedido formulado na petição inicial.

Estamos aqui tratando especificamente do princípio da correlação entre o pedido e o julgamento da causa pelo magistrado (princípio da “congruência”<sup>63</sup>), expressamente prescrito pelo Código de Processo Civil em seus artigos 128 e 460, os quais assim anunciam:

*siva na sobrevivência da propriedade*”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39, destaque nossos)

63 “*Pedido e sentença. Princípio da congruência*. Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra ou infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se *citra* ou *infra petita*, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida *extra* ou *ultra petita*. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (*ou causae*) petendi e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido. Como as questões de ordem pública não necessitam ser deduzidas em juízo, pois o juiz deve conhecê-las de ofício, não se pode falar em decisão extra ou *ultra petita*, quando não se encontram expressas no pedido e o juiz, nada obstante, sobre elas se pronuncia. O princípio da congruência entre pedido e sentença não incide sobre as matérias de ordem pública”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 337, destaque nossos)

*Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

(..)

*Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (destaques nossos)*

Não obstante seja evidente, não é de mais esclarecer que os *pedidos devem ser formulados, via de regra, expressamente pela parte autora*, em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), sendo *requisito da petição inicial* (art. 282, IV, do CPC) e devendo ser “*interpretados restritivamente*”<sup>64</sup> (art. 293 do CPC), sob pena de seu não conhecimento pelo juiz – como exceções a tal regra temos as chamadas “matérias de ordem pública”, cognoscíveis de plano e de ofício pelo magistrado.

Ademais, a sentença que decidiu aquém (citra), além (ultra) ou fora (extra) do pedido está eivada de *nulidade*. Confira-se, a propósito:

Já vimos que, em face dos arts. 128 e 460, o limite da sentença válida é o pedido, de sorte que é *nula a sentença extra petita e a citra petita* (cf. nºs 488 e 493-b, retro). A *sentença extra petita incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta* atra-

vés do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz *defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida, mas, com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação*. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a causa petendi. É, ainda, *extra petita*, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, exceção não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo: art. 267, § 3º).

(..)

O defeito da *sentença ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460). A *nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido*.

A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes. O réu, por exemplo, se defendeu do pedido reivindicatório alegando nulidade do título dominial do autor e prescrição aquisitiva em seu favor. Se o juiz acolher o pedido do autor, mediante reconhecimento apenas da eficácia do seu título, sem cogitar do usucapião invocado pelo réu, terá proferido sentença nula, porque *citra petita*, já que apenas foi solucionada um das duas questões propostas.

*Mas o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz nulidade da sentença*, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º. Assim, se a parte pediu juros da mora a partir de determinado momento e o juiz os deferiu sem especificar o *dies a quo*, pode o tribunal completar o julgamento, determinando o marco inicial da fluên-

<sup>64</sup> “*Interpretação restritiva. O autor é quem delimita a lide, deduzindo o pedido na petição inicial* (CPC 128). A sentença deve ser dada de forma congruente com o pedido (CPC 460), não podendo conceder ao autor mais do que ele pediu, nem decidir baixo do que foi pedido, nem fora dos limites do pedido”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 487, destaques nossos)

cia dos juros. O mesmo ocorre quando o pedido é líquido e a condenação apenas genérica, graças à insuficiente apreciação da prova. Aqui, também, o Tribunal pode completar o julgamento da lide, fixando o *quantum debeatur*.

*Não pode o Tribunal, todavia, conhecer originariamente de uma questão a respeito da qual não tenha sequer havido um começo de apreciação, nem mesmo implícito, pelo juiz de primeiro grau.* Por exemplo: se se acolheu na sentença tão-somente a exceção de prescrição oposta a uma ação de vício de consentimento, não é lícito ao Tribunal, ao repelir a prescrição, decidir a *outra questão* em torno do defeito substancial do negócio jurídico, uma vez que sobre ela não se deu, ainda, pronunciamento algum do juiz *a quo*.

*A nulidade da sentença citra petita, portanto, pressupõe questão debatida e não solucionada pelo magistrado, entendida por questão o ponto de fato ou de direito sobre que dissentem os litigantes, e que, por seu conteúdo, seria capaz de, fora do contexto do processo, formar, por si só, uma lide autônoma.*

Só se anula, destarte, uma sentença em grau de recurso, pelo vício do julgamento *citra petita*, quando a matéria omitida pelo decisório de origem não esteja compreendida na devolução que o recurso de apelação faz operar para o conhecimento do Tribunal.<sup>65</sup> (destaques nossos)

Em assim sendo, *fundado única e exclusivamente nos princípios e regras supra arrolados*, seria vedado ao magistrado conceder ao segurado do regime geral de previdência social benefício diverso daquela espécie específica arrolada na petição inicial, inclusive em se tratando de benefícios previdenciários por incapacidade, sob pena de nulidade da sentença proferida.

Isso porque cada espécie de benefício

<sup>65</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 555-557.

representa pedido próprio, cujo ônus de formulação é do autor.

Ou seja, requerido o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, a constatação, pelos elementos probatórios constantes dos autos, do cumprimento dos requisitos necessários à concessão de auxílio-doença ou de auxílio-acidente, não seria suficiente à concessão da tutela jurisdicional pelo magistrado, o qual ficaria cingido aos limites e termos do pedido formulado pela parte autora.

E o mesmo se daria nos casos de requerimento, em juízo, dos benefícios de auxílio-doença e de auxílio-acidente, tudo sob pena de suposta ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, bem como ao princípio da congruência entre pedido e sentença.

Mas, já sabemos que *os benefícios por incapacidade possuem a natureza jurídica de direitos humanos fundamentais de segunda geração, garantidos em nível constitucional pelos artigos 5º e 201, I*, devendo ser implementados de forma maximizada e imediata para os beneficiários detectados como em situação de “risco social”.

Há que se ter em mente, ademais, que *os Tratados Internacionais em sede de Direitos Humanos*, uma vez internalizados pelo ordenamento jurídico pátrio, devem ser observados não só pelo Estado-Administração, mas também pelo Estado-Juiz, o qual deve dar concretude e efetividade aos direitos e comandos deles advindos, nas lides cotidianamente decididas.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> “A incorporação automática do Direito Internacional dos direitos humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial

Já vimos que tais são os fundamentos do caráter de *fungibilidade* entre os benefícios previdenciários por incapacidade, ou seja, de *intercambialidade* entre os mesmos.

Por decorrência, *independentemente da espécie do benefício por incapacidade postulado pela parte autora* – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente – o juiz deverá conceder a tutela jurisdicional em seu favor sempre que verificar, dos elementos de prova constantes dos autos, o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de qualquer uma das espécies dele integrantes:

*Na hipótese de redução ou perda da capacidade para o trabalho, o Regime Geral da Previdência Social oferece cobertura previdenciária específica: a) aposentadoria por invalidez para o caso de incapacidade do segurado para o exercício de qualquer atividade remunerada, sendo insusceptível de reabilitação, a chamada incapacidade total e permanente (Lei 8.213/91, art. 42); b) auxílio-doença em caso de incapacidade do segurado, por mais de quinze dias consecutivos, para o exercício de seu trabalho ou de sua atividade habitual,*

---

*que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados. Nesse sentido, a Carta de 1988 atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, ‘quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência’, nos termos do art. 105, III, a. Isto é, cabe ao Poder Judiciário declarar inválida e antijurídica conduta violadora de tratado internacional. Eventualmente, a depender do caso, cabe a esse Poder a imposição de sanções pecuniárias em favor da vítima que sofreu violação em seu direito internacionalmente assegurado. Nas lições precisas de Agustín Gordillo: ‘Todavia, não apenas no Tribunal nacional, mas também e especialmente o Tribunal internacional competente, estão expressamente facultados a declarar a antijuridicidade da conduta e, consequentemente, invalidá-la, aplicando ainda sanções pecuniárias em favor da pessoa física que sofreu violação a direito fundamental, por atos, ações ou omissões de seu país, no plano interno’. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83, destaque nossos)*

a chamada incapacidade parcial (*sic*) e temporária (Lei 8.213/91, art. 59); c) auxílio-acidente em caso de redução da capacidade para o trabalho habitual, decorrente da consolidação de sequelas ocasionadas por acidente de qualquer natureza (Lei 8.213/91, art. 86).

De outra parte, a Assistência Social assegura um benefício de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência incapacitada para o trabalho – e para a vida independente, diz a lei – que não possa prover seu sustento nem tê-lo provido por sua família (Lei 8.742/93, art. 20).

*Como há um núcleo a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho –, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo toca a correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.*

(...)

*No que diz respeito à correspondência da decisão judicial aos termos do pedido, a fungibilidade das ações por incapacidade tem encontrado força no princípio juris novit curia para reconhecer a legitimidade da sentença que concede benefício por incapacidade distinto do que pleiteado pelo autor da demanda, fundada na prova técnica superveniente e outros meios de prova. Quer dizer, a decisão que concede aposentadoria por invalidez quando o autor pleiteou auxílio-doença ou auxílio-acidente não consubstancia sentença ultra petita ou extra petita. Também não violaria o princípio da adstrição da sentença a concessão de auxílio-doença quando pleiteada aposentadoria por invalidez na petição inicial e concedido*

auxílio-doença ou auxílio-acidente.<sup>67</sup> (destaques nossos)

Tal conclusão, diga-se de passagem, teria fundamento jurídico potencial dentro do próprio regime do Código de Processo Civil – ou seja, independente da natureza jurídica da proteção social postulada – por meio do seu artigo 462, o qual prescreve que:

*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.* (destaques nossos)

Ou seja, tendo em vista que a prova da incapacidade laboral – como pressuposto imprescindível à concessão de uma das espécies dos benefícios por incapacidade – depende da realização de prova pericial, e esta é realizada, via de regra, durante a fase instrutória – ou seja, depois da propositura da ação – poder-se-ia considerar que a constatação de um grau de incapacidade diverso daquele relacionado ao benefício previdenciário postulado representaria fato constitutivo do direito do autor apto a influir no julgamento da lide.

Como consequência, deveria o juiz levá-lo em consideração no momento da prolação da sentença, logo, com a concessão não do benefício postulado, mas sim daquele cujos pressupostos foram detectados pelos elementos de prova constantes dos autos.

O grande problema levantado pela doutrina processualista pátria, porém, e que representa óbice a tal reconhecimento, é a vedação de que tal fato novo superveniente importe em modificação do pedido inicialmente formulado (pedido stricto sensu e causa de pedir):

A proibição de mudar o pedido e aquela que impede o juiz de julgar *ultra ou extra* petita não excluem a possibilidade de levar em conta, o juiz, fato superveniente à propositura da ação. A tanto autoriza o art. 462 desde que o fato novo tenha influência no julgamento da lide e se refira, obviamente, ao mesmo fato jurídico que já constitui o objeto da demanda, e possa ter tido, em frente a ele, como fato constitutivo, modificativo ou extintivo. *Não se pode, contudo, em hipótese alguma, admitir fato novo que importe mudança de causa petendi.*<sup>68</sup> (destaques nossos)

*Direito superveniente.* O *ius superveniens* pode consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo. *Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do ius superveniens, alterar a causa de pedir ou o pedido* (Nery, RP 25/214).<sup>69</sup> (destaques nossos)

*Não encontramos autorização para tal proceder no Código de Processo Civil.* Ali, ao contrário, prevê-se que “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (CPC, art. 460). Para uma saída de conveniência, algumas decisões invocam fundamentação no art. 462 do CPC (“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”). O caso é que o benefício é concedido na sentença ainda

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 547.

<sup>69</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 589.

67 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71.

*que a circunstância identificada no laudo pericial preexistisse ao ajuizamento da ação, de modo que o processo civil clássico é adaptado à força para atender a especificidade de uma demanda previdenciária.*<sup>70</sup> (destaques nossos)

Porém, de todo o exposto, e em se tratando de pedido de *tutela jurisdicional* que implique em *reconhecimento e implementação de prestação social como direito humano fundamental, com arrimo constitucional expresso*, outra conclusão não pode haver senão a de que *deve ser concedida a espécie comprovada ao longo da instrução processual, independentemente do pedido inicial formulado*.

Tal entendimento, ademais, *encontra eco na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça* de há muito, mais precisamente desde o final da primeira metade da década de 90, conforme é exemplo trecho do voto proferido pelo Relator Ministro Humberto Gomes de Barros no *Recurso Especial nº 5497-0/SP, julgado em 19/06/1995* e publicado no DJ de 28/08/1995:

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR)

- O recurso especial em apreço discute duas questões, a saber:
  - se o juiz, em ação acidentária, profere decisão *ultra petita*, ao conceder ao obreiro benefício não pleiteado especificamente;
  - a possibilidade de cumulação de aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente.

Em relação ao primeiro ponto, cumpre observar que o autor, sem embargo de não indicar expressamente os benefícios previdenciários postulados, formulou adequadamente o pedido de indenização, fundado em causa de pedir substanciada nos acidentes de trabalho, amparados pela legislação de infortunistica.

Desse modo, deduzida em juízo a pretensão genérica de ressarcimento, comprovado eventos lesivos e o nexo etiológico com a atividade laborativa, cabe ao juiz enquadrar a hipótese na previsão legal consentânea, em ordem a determinar os benefícios cabíveis.

Como bem acentuou o parecer do Ministério Público Federal, nas demandas de acidente de trabalho, *dado o caráter social da lei de infortunistica, o juiz não está adstrito ao pedido quando se ignora, inicio litis, qual o benefício a que faz jus o obreiro.* (destaques nossos)

Também deve ser mencionado trecho do elucidativo voto proferido pelo Ministro Vicente Leal no bojo do *Recurso Especial nº 193.220/SP*, em julgamento realizado aos 09/02/1999 e V. Acórdão publicado no DJ de 08/03/1999:

(...)

Ora, esta Colenda Corte tem proclamado em iterativos julgados que, em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto.

Daí por que, em face dessa premissa, de fundamento incontestável, não ocorre julgamento *extra petita* na hipótese em que o órgão colegiado *a quo*, em sede de apelação, concede o benefício do auxílio-doença, ainda que a pretensão deduzida em juízo vincule-se à concessão da aposentadoria por invalidez, ao reconhecer a incapacidade temporária do obreiro.

Com efeito, não se pode esquecer o velho brocado que sempre orientou as decisões dos bons juízes: “*Dá-me os fatos e dar-te-ei o direito*”. E no *Direito Previdenciário de hoje, em que se realça a questão social de proteção ao trabalhador acidentado, tema de direitos humanos, o mencionado brocado ga-*

70 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71.

*nha relevância e se torna atual, devendo, pois, o Juiz conferir ao processo o máximo de resultado, em consonância com o princípio da instrumentalidade.* Assim sendo, resta claro que o tema não comporta maiores debates, não se podendo falar em violação ao alegado dispositivo da lei processual civil. (destaques nossos)

Também são exemplos de adoção da tese da *fungibilidade* existente entre os benefícios por incapacidade os seguintes julgados: *i) REsp nº 124.771/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 27/04/1998; ii) REsp nº 177.267/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21/09/1998; iii) REsp nº 105.003/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/02/1999.*

Veja que, não obstante a falta de sistematização e cientificismo nos fundamentos das decisões proferidas, é inegável que o *fio condutor do raciocínio* exposto nos julgados supratranscritos foi o da conceituação dos *benefícios previdenciários por incapacidade como direitos humanos fundamentais voltados à proteção social*, o que é evidenciado pela utilização de expressões como “(...) nas *demandas de acidente de trabalho*, dado o caráter social da lei de infortunística, o juiz não está adstrito ao pedido quando se ignora, *initio litis*, qual o benefício a que faz jus o obreiro” (primeiro voto) e “(...) em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente do trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto” (segundo voto).

Ou seja, o que a jurisprudência do STJ historicamente detectou, de forma quase intuitiva – ainda incipiente em termos de desenvolvimento técnico-jurídico – nada mais foi do que a natureza jurídica de *direito humano fundamental dos benefícios previdenciários por incapacidade*, a viabilizar a *flexibilização do rigorismo do princípio da congruência entre o pedido e a sentença proferida* – na

verdade, como mera *exteriorização do caráter da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade, decorrente da identidade da contingência social deflagradora da proteção social*:

No âmbito das ações previdenciárias, especialmente quando envolvem os benefícios por invalidez, o rigorismo dos princípios processuais tem sido abrandado por um certo tempero social, já que “não se recomenda interpretação das normas processuais com excessivo formalismo, pois, normalmente, os beneficiários é que sofreriam o prejuízo de tal procedimento”.

Nesta linha, a alteração da causa de pedir só é admissível nos mesmos casos que a alteração do pedido. Contudo, se o laudo constatar incapacidade, por doença diversa da alegada na inicial, o que implicaria alteração na causa de pedir, se tem entendido: “Não é impedimento à concessão de benefício previdenciário a conclusão, pela perícia médica, de que a Autora é portadora de doença diversa da alegada na inicial”.

Pelo princípio da demanda (diretamente relacionado com a imparcialidade do juiz), nenhum Juiz prestará tutela senão quando provocado (CPC, art. 128), devendo ficar adstrito ao pedido do autor que deve ser interpretado restritivamente (CPC, art. 293). Como desdobramento deste princípio temos o princípio da correlação ou congruência (CPC, art. 460), impedindo o Juiz de proferir sentença de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado. Considerando, porém, as particularidades das ações previdenciárias também já foi decidido que: “A sentença que concede auxílio-doença, quando o pedido inicial é de aposentadoria por invalidez não é extra petita, pois aquele benefício é um *minus* em relação a este (...)”.<sup>71</sup> (destaques nossos)

71 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206-207.

E que não se confunda tal concepção, moderna e abrangente, com o entendimento antigo da jurisprudência brasileira de concessão do auxílio-doença quando requerida a aposentadoria por invalidez ao argumento de que aquele representaria um minus em relação a este<sup>72</sup> – entendimento restrito unicamente a tal hipótese.

Isso porque, repita-se à exaustão, a análise dos benefícios previdenciários por incapacidade sob o enfoque dos direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais) nos leva necessariamente ao caráter de *fungibilidade* entre os três benefícios, *independentemente do requerimento formulado e do grau e extensão da incapacidade laboral exigida para a caracterização de cada qual, portanto, a abarcar as três espécies* – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente – e não unicamente o caso abrangido pelo entendimento supra mencionado.

E, para demonstrar que tal noção abarca o benefício previdenciário de auxílio-acidente, não obstante seu caráter – meramente anciliar – indenizatório, confira-se o entendimento de há muito sedimentado em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial nº 226.958/ES, Relator Min. Gilson Dipp, DJ de 05/03/2001, nos termos do elucidativo voto condutor do V. Acórdão:

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP  
(RELATOR):

Consoante se verifica dos autos, o acórdão recorrido julgou que, *formulado pedido de aposentadoria por invalidez, mas não atendidos os pressupostos para o deferimento deste benefício, não*

72 “Há entendimentos no sentido que o auxílio-doença pode ser concedido, judicialmente, mesmo quando o pedido inicial tenha sido de aposentadoria por invalidez, não se configurando julgamento extra petita. Considera-se, no caso, que o auxílio-doença é um minus em relação à aposentadoria por invalidez”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180, destaque nossos)

caracteriza julgamento extra petita a decisão que, constatando supridos os requisitos para o direito ao auxílio-acidente, concede em juízo esse benefício. Assentam as razões da decisão atacada, verbis:

“Ao analisar a preliminar de julgamento extra-petita, ressalto assistir razão à apelada quando afirma que não há vício da sentença quando a decisão proferida corresponde a um ‘minus’ em relação a ambas as pretensões em conflito, nem se julgada procedente em parte a ação, porque no pedido mais abrangente se inclui o de menor abrangência, constituindo este, inclusive, trecho de entendimento já pacificado pelo Excelso Pretório, conforme RTJ 86/367.

É o que ocorre, tal como nos autos, quando se postula aposentadoria por invalidez e a sentença reconhece o auxílio-acidente.” (v. acórdão de fls. 213)

Ao que se vê, o acórdão recorrido guarda perfeita sintonia com a jurisprudência da Corte, sendo certo que na espécie julgamento extra petita não houve, inexistindo qualquer ofensa ao art. 460 do CPC, litteris:

“ACIDENTE DE TRABALHO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO-ACIDENTE - CUMULAÇÃO - JULGAMENTO ULTRA PETITA - INOCORRÊNCIA.

1. Não ha vedação legal à percepção cumulativa de aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente, eis que os benefícios em causa, além de apresentarem fatos geradores diversos, derivam de infortúnios diferentes.

Nas demandas de acidente de trabalho, dado o caráter social da lei de infortunistica, deduzida em juízo pretensão genérica de indenização, comprovado o evento lesivo e o nexo etiológico com a atividade laborativa, cabe ao juiz enquadrar a hipótese na previsão legal consentânea, em ordem a determinar o benefício cabível. (destaquei)

Recurso improvido.”

(REsp 5.497/SP, DJ 28/08/95, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

**"PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-DO-ENÇA - DECISÃO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA.**

- Em sendo acolhido o pedido na sentença, ainda que em parte, não há julgamento *extra petita*.

- Recurso não conhecido."

(REsp 177.269. DJ 01/08/2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto. (destaques nossos)

Por fim – mas não menos importante –, é certo que o entendimento ora defendido *não implica*, de forma alguma, *em violação às garantias constitucionais do devido processo legal* (art. 5º, LIV) e *do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV), uma vez que a defesa do réu no processo judicial estará sempre calcada na *ausência da incapacidade laboral*, e não em minudências acerca de seu grau e/ou extensão – tecnicismos manifestamente insuficientes à efetivação da defesa pelo réu.

Isso em razão do: i) “*princípio da eventualidade*”,<sup>73</sup> prescrito pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, pelo qual “*Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir*” (destaques nossos); ii) “*ônus da impugnação especificada dos fatos pelo réu*”,<sup>74</sup> prescrito pelo artigo 302 do Código

<sup>73</sup> “*Princípio da eventualidade*. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido *preclusão consumativa*, estando *impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação*, salvo o disposto no CPC 303. A oportunidade, o evento processual para que ele possa defender-se, é a *contestação*”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 493, destaques nossos)

<sup>74</sup> “Além do ônus de defender-se, o réu tem, no sistema de nosso Código, o ônus de impugnar especificadamente todos os fatos arrolados pelo autor. (...) É de tal sorte, *ineficaz a contestação por negação geral, bem como a que*

de Processo Civil, pelo qual “Cabe também ao réu *manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial*”. (destaques nossos)

Ou seja, a garantia constitucional da ampla defesa não representa “carta branca” ou garantia absoluta ao réu, mas antes deve ser exercida dentro de parâmetros e contornos muito bem delineados dentro do sistema processual civil pátrio.

Tal entendimento representa, ademais, uma *interpretação sistemática* dos direitos humanos fundamentais e respectivas garantias constitucionais (autor) em cotejo com as garantias do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (réu), *dentro da dialética autor-réu presente no processo judicial*.

## 10. Considerações finais.

Acreditamos ter demonstrado, ao longo da exposição, que os benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente devem ser entendidos e analisados sob a ótica de *espécies integrantes de uma categoria única*, qual seja, *dos benefícios previdenciários por incapacidade*, como *prestação estatal devida em razão da existência da contingência social* (risco social) “*incapacidade laboral*”, não obstante possuírem eventos deflagradores diversos (invalidez, doença e acidente, respectivamente).

Isso porque a *Previdência Social* representa um conjunto de direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), de formulação bastante recente (primeira metade do século XX), por meio do

se limita a dizer não serem verdadeiros os fatos aduzidos pelo autor’. Diante do critério adotado pela legislação processual civil, os fatos não impugnados precisamente são havidos como verídicos, o que dispensa a prova a seu respeito”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 416, destaques nossos)

qual se busca garantir um *mínimo de padrão de dignidade e de qualidade de vida para os trabalhadores*, os quais constituem os beneficiários maiores de tais direitos.

E, como direitos humanos fundamentais de segunda geração, representam *dereços estatais de prestação*, ou seja, de *auxílio material por parte do Estado* (prestações positivas; “fazer”), cuja efetivação depende, à evidência, de recursos financeiros e materiais, sendo uma das razões pelas quais alguns dos temas atuais em Direito Constitucional mais em voga são os atinentes à *reserva do possível* e ao *ativismo judicial*.

A natureza jurídica de direitos humanos fundamentais também evidencia a necessária observância – pelo Estado implementador dos direitos sociais e pelo Estado-Juiz garantidor de tais direitos – *dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito*, estampados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Também se deve ter mente os *vetores da aplicação imediata e da máxima efetividade em termos de amplitude e eficácia dos direitos humanos fundamentais*, bem como a regra de hermenêutica da *vedação do retrocesso* em relação a essa matéria, todos assegurados pela Lei Maior brasileira por meio dos comandos contidos em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º.

Procuramos demonstrar, outrossim, que a Ordem Constitucional de 1988 *inova* em termos de fixação de *meta-princípios* (art. 194, parágrafo único) a serem utilizados exatamente na busca do *equacionamento desta constante tensão entre o caráter “programático” na implementação dos direitos sociais* – dentre os quais se encontra o direito à previdência social – e a necessária efetivação dos direitos humanos fundamentais, como normas de *aplicabilidade imediata*.

E, dentro do sistema de Seguridade Social, procuramos demonstrar que, em razão da natureza jurídica de direitos humanos fun-

damentais de que se revestem os direitos aos benefícios da Previdência Social, é certo que *cada evento social prescrito pela Constituição Federal – e mesmo pela legislação infraconstitucional ou pelos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, da CF) – possui um necessário correlato em termos de contingência social (risco social) a ser protegida pelo Estado*, sendo certo que: *i) dois ou mais eventos prescritos podem se referir a uma mesma contingência social; ii) uma mesma contingência social pode dar origem a mais de uma modalidade de prestação estatal.*

É o que ocorre com os benefícios previstos em nosso regime geral de previdência social (RGPS) decorrentes do risco social “*incapacidade laboral*” – por isso enquadrados a nosso ver dentro de uma mesma categoria (gênero), em razão da *origem comum* – a saber: *i) aposentadoria por invalidez; ii) auxílio-doença; iii) auxílio-acidente*.

E foi de tal origem comum que buscamos extrair a real natureza jurídica – única – dos benefícios previdenciários por incapacidade (*identidade ontológica*), bem como o inerente *caráter de fungibilidade (intercambiabilidade)* entre os três benefícios prescritos.

Como decorrência lógica de tais postulados – origem ontológica comum e natureza jurídica de direitos humanos fundamentais, de segunda geração – buscamos demonstrar que, na *esfera judicial*, deve *prevalecer o caráter de fungibilidade* entre estes benefícios, concedendo-se aquele que restar demonstrado da análise dos elementos probatórios constantes dos autos, em detrimento dos princípios processuais da inércia da jurisdição e da correlação entre o pedido e a sentença (congruência), os quais não possuem amplitude e alcance tais de molde a mitigar a aplicação e efetivação dos direitos constitucionais fundamentais previstos em nossa Carta Magna.

Isso em razão exatamente da necessária *prevalência dos direitos humanos fundamentais*, como um dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil como Estado

Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da CF), com aplicação imediata e máxima eficácia garantidas expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, §§ 1º e 2º), além da questão atinente à vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos fundamentais.

Tal afirmação não implica, de forma alguma, em violação às garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), uma vez que a defesa do réu no processo judicial está calcada na ausência da incapacidade laboral – e não em minudências acerca de seu grau e/ou extensão.

Por fim, acreditamos ter comprovado que tais valores restaram assegurados no bojo da jurisprudência pátria erigida em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional máximo unificador da interpretação da legislação infraconstitucional – de onde se extraem os requisitos e mecanismos operacionalizadores dos benefícios em questão – não obstante a construção levada a efeito tenha sido mais intuitiva do que técnico-científica, conforme verificado por meio dos julgados paradigmas transcritos nesta obra.

Logo, o escopo maior do presente trabalho foi a tentativa de se estabelecer um *embasamento técnico-científico ao caráter de fungibilidade entre os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente presente nas lides previdenciárias*, a partir da perquirição da real e verdadeira natureza jurídica de tais benefícios.

E foi somente a partir de tal construção é que se pôde chegar às conclusões ora lançadas no presente trabalho, inclusive, de que a *origem de sua natureza jurídica é constitucional* e, portanto, *pode e deve ser devidamente analisada e tutelada pelo Pretório Excelso* – o que, aliás, restou reconhecido pela mais alta corte do país recentemente em outras oportunidades, quando da análise e solução de questões a envolver, por exemplo, o *cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente da mera transformação de anterior auxílio-doença* (RE 583.834/SC, Rel. Min. Ayres Britto) ou a *aplicação dos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03* (RE 564.354/SE, Rel. Min. Cármén Lúcia).

Ou seja, a percepção de que os benefícios previdenciários integram um rol de direitos e garantias fundamentais, de origem constitucional, tem sido cada vez mais aceita e difundida na doutrina e jurisprudência pátrias.

Percepção esta que, a nosso ver, abre um leque imenso de perspectivas e possibilidades em termos de garantia e efetivação dos direitos humanos fundamentais na seara previdenciária, inclusive em termos de melhor conceituação, entendimento e proteção, não obstante tenhamos consciência das grandes dificuldades existentes ainda hoje em termos de efetivação dos direitos humanos fundamentais de índole social, nos planos interno e internacional.

## Referências bibliográficas.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação previdenciária comentada*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

\_\_\_\_\_ ; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunística*. São Paulo: CPC Livraria, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



# Implicações práticas da boa-fé objetiva



**Gustavo Rene Nicolau**

Advogado. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Civil da Rede de Ensino LFG. Professor e coordenador da Pós-graduação de Direito Civil da FAAP.

**RESUMO:** O terceiro milênio não poderia se contentar com o sistema antigo e individualista que marcou o final do século XIX e início do século XX. A sociedade mudou e o Estado também, passando a ter uma visão social e preocupada com as desigualdades e também com as injustiças que uma igualdade absoluta poderia gerar. O Direito Civil – primeiro reflexo da evolução de uma sociedade – não poderia ser excluído desta mudança e passou a ganhar princípios gerais e cláusulas abertas que propiciassem a equidade e a razoabilidade dentro dos contratos privados. É nessa linha de raciocínio que surge a função social dos contratos e também a boa-fé objetiva, que merecerá detida análise no texto que se apresenta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos. Princípios. Boa-fé objetiva. Civil.

**ABSTRACT:** The third millennium couldn't fulfill itself with a model as antiquate and individualistic as that which marked the end of the nineteenth and beginning of the twentieth century. Both society and State changed – becoming more concerned with the social problems and injustices that "absolute equality" could generate. Civil Law – a mirror of society's evolution – could not be kept apart from this change. Therefore, its contracts incorporated principles and clauses focused on equity. As a reflex of these changes, the "social function of contracts" and the principle of "objective good-faith" appeared. Both institutes are thoroughly analyzed in this study.

**KEYWORDS:** Contracts. Principles. "Objetive good-faith". Civil Law.

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Aplicação prática de princípios. 3. O princípio da boa-fé objetiva. 4. Deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. 5. Integração e interpretação de contratos segundo a boa-fé objetiva. 6. Boa-fé objetiva como limitação aos direitos subjetivos. 7. Boa-fé objetiva pré e pós contratual. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução.

**A**o se relacionar com seus pares, o indivíduo espera lidar com pessoas honestas, íntegras, de conduta honrada. Desde as mais singelas relações, passando pelos mais complexos contratos e até mesmo no matrimônio, as pessoas nutrem, naturalmente, tal esperança. Confiam que estarão lidando com pessoas de bem. Tratar com alguém de características diferentes destas soa como exceção e para esses casos existe a *ultima ratio* do Judiciário.

Tal esperança é fincada na correta constatação de que a maioria das pessoas assim atua na vida privada. Não condiz com a realidade presumir o contrário. Em geral o ser humano é reto, faz questão de honrar com os compromissos assumidos e sua palavra é digna de confiança e em muitos casos é mais forte do que o papel assinado e com firma reconhecida.

Daí o fato de a sociedade aplaudir pessoas de fino trato, probas, honestas e cumpridoras de sua palavra, que não se utilizam de ardis visando ludibriar o próximo ou em cima dele levar vantagens astronômicas em prejuízo alheio. Diante dessa constatação, só restou à lei homologar tal conduta, punindo civilmente os que agem de má-fé. Criou então normas, limitações e sanções dentro das relações humanas, mormente nas contratuais, visando coibir as práticas ilícitas daqueles que não atuam com a honestidade esperada.

Ocorre, todavia, que aquela minoria de má-fé conseguiu – com os mais variados artifícios – agir dentro do contrato, dentro das limitações legais impostas e mesmo assim prejudicar seus contratantes, frustrando aquela justa expectativa. Cumpria-se a lei, cumpriam-se os termos acordados, não havendo – diante da letra fria do contrato – nenhum inadimplemento, mas havia a frustração da outra parte que não via concretizada a sua expectativa de realizar um negócio justo e equânime para ambos. Faltava – não o cum-

primento da lei ou do contrato – mas sim um padrão reto de conduta e zelo, uma atuação que obedecesse à lei maior da boa convivência humana e dos princípios que devem reger uma civilização. Novamente a lei foi chamada para tentar coibir tal prática e é nessa lacuna que entra a previsão da boa-fé objetiva.

## 2. Aplicação prática de princípios.

Há uma tendência natural observada tanto entre estudantes de graduação quanto entre operadores do Direito pátrio que é a de dar pouca ou nenhuma importância aos princípios jurídicos que regem o sistema. Aulas e palestras versando sobre princípios quase nunca alcançam uma plateia cheia, o mesmo ocorrendo com livros e artigos do gênero.

Antes que se esqueça, os princípios constituem a base de todo o ordenamento, são os alicerces em que se fundam o direito pátrio. As aulas lotadas em que se analisam institutos de direito positivo estão sempre submetidas a tais pilares. As leis são perfeitamente alteradas com um quórum mínimo no Congresso Nacional. Já os princípios constituem cláusula pétreia, não da Constituição, mas do ordenamento.

Exemplo vivo dessa espécie de submissão são as recentes decisões sabiamente tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup> ao declarar como impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação, a despeito da expressa previsão contrária do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990. Decidiu-se contra a lei, mas em favor do princípio constitucional que prevê a moradia como direito social no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 26/2000, que não teria recepcionado a permissão legal da penhora.

<sup>1</sup> Vide, por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2005/0068634-6. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: 18 ago. 2005.

Os princípios não constituem letra morta no ordenamento. A dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa não estão previstos no artigo inaugural da Constituição por acaso. Se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades são objetivos da República, tanto as leis quanto as decisões do Poder Judiciário devem colaborar para a concretização deles. É sob essa óptica que o princípio da boa-fé objetiva deve ser analisado. Se a propriedade obriga e se há nela uma função social, é também verdade que o contrato é a propriedade circulante e que ele também deve atingir tal função maior.

### **3. O princípio da boa-fé objetiva.**

Em primeiro lugar cabe uma distinção importante entre boa-fé objetiva e subjetiva. Esta última integra o ordenamento há muito tempo e sua previsão já remonta às origens do Direito positivo. A boa-fé subjetiva significa a ignorância de um vício que macula determinado fato jurídico. É um conceito que leva em conta o íntimo do agente, analisando se ele sabia – naquele caso concreto – de determinada irregularidade praticada. Caso haja ignorância quanto a isso, estará ele de boa-fé subjetiva e daí então ser merecedor do aplauso da lei que lhe resguarda alguns efeitos benéficos.

Assim atua o devedor que paga ao credor putativo, ignorando estar pagando errado (art. 309 do CC). É o caso, por exemplo, do locatário que paga todo mês diretamente nas mãos do seu locador durante anos. Com o falecimento deste, passa o locatário a pagar



seus alugueres para o único filho conhecido do proprietário, o que realiza com tranquilidade durante alguns meses. Tempos depois retorna de uma longa viagem o outro filho do locador – até então desconhecido do locatário – pleiteando metade do que foi pago ao seu irmão. Prestigiando a boa-fé subjetiva do locatário a lei considera plenamente válido o pagamento teoricamente equivocado.

O mesmo ocorre no casamento putativo (art. 1.561 do CC), onde a jovem casa-se com rapaz recém chegado a sua cidade, ignorando que ele já era casado em longínquo Estado da Federação. Prestigiando a boa-fé subjetiva da mulher, a lei confere alguns efeitos do casamento a ela. O possuidor de boa-fé também recebe efeitos benéficos da lei (art. 1.201 do CC).

A boa-fé objetiva, por seu turno, não se revela por conta de uma investigação psíquica do indivíduo, não tem ligação com a ignorância ou ciência do agente em determinada relação. A boa-fé objetiva, ao contrário, é um padrão concreto de conduta reta, proba, íntegra, zelosa que os contratantes devem guardar entre si sob pena de – não o fazendo – estarem em última análise descumprindo o contrato. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery definem:

A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na

qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.<sup>2</sup>

Numa relação contratual as partes devem agir com zelo, respeito e probidade, considerando não só a letra fria do contrato, mas o exercício regular dos direitos ali previstos, a função social das disposições, e os deveres de agir com retidão, segurança, consideração, informação plena e por vezes o sigilo, tão importante, v.g., nas relações do advogado com seus clientes.

Uma forma prática de reconhecer se determinado sujeito agiu ou não de acordo com a boa-fé objetiva é imaginar um modelo de conduta, alguém que certamente possui os atributos decorrentes daquele princípio e fazer dele uma moldura. Diante do concreto, basta observar se nesta situação a pessoa enquadra-se ou não na moldura antes imaginada. Caso a resposta seja negativa, não há boa-fé objetiva. Imagine, por hipótese, um famoso artista que – logo após encerrado seu contrato de cessão de imagem para uma determinada marca – passa a ceder a imagem para a concorrente, difamando a anterior. Em tese há cumprimento puro e normal de um novo contrato, visto que o anterior já se extinguiu. Porém, tal conduta não se encaixa no paradigma de conduta que imaginamos e, portanto, não há boa-fé objetiva.

Em termos simples, normas de conduta que antes estavam confinadas ao âmbito da etiqueta e da boa postura social foram alçadas à categoria jurídica, ganhando reconhecimento legal. No direito alienígena, o princípio já existe há um bom tempo, como é o caso dos Códigos Civis da Alemanha (parágrafo 242), Itália (art. 1.337), Portugal (art. 227) e Espanha (art. 1.258). No Brasil, o Código de Defesa

do Consumidor já havia previsto o instituto no artigo 4º, III.

#### **4. Deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.**

Uma clara implicação prática decorrente do princípio da boa-fé objetiva é a necessidade de as partes observarem os chamados deveres anexos ao contrato. Isso porque num contrato há as chamadas cláusulas centrais ou nucleares que nada mais são do que as principais obrigações das partes dentro do contrato. Desse modo, é dever nuclear do locador de um auditório ceder a posse direta da coisa locada, enquanto que ao locatário incumbe pagar a quantia fixada.

Ocorre que a boa-fé objetiva impõe às partes contratantes deveres que não são os centrais ou nucleares, mas que estão anexos, marginais, laterais ao contrato e que muitas vezes nem sequer foram redigidos. São obrigações decorrentes justamente daquela justa expectativa que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. São deveres de proteção ao contratante.<sup>3</sup>

São deveres que concernem principalmente à segurança do contratante, ao sigilo que resguarda a intimidade e a vida privada do cidadão, à plena informação dos termos contratados, evitando subterfúgios ou penumbra de interpretação no contrato, ao zelo e à lealdade que os contratantes devem guardar um em relação ao outro.

Interessantes exemplos podem surgir dessas observações. Repare, todavia, que em todos os exemplos a seguir demonstrados o contrato foi cumprido, ao menos em suas disposições centrais, mas ocorreu violação da boa-fé objetiva, um princípio maior do que as meras disposições contratuais.

2 NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

Adalberto Pasqualoto relata um interessante caso julgado por um Tribunal alemão que versava sobre “um jogador de bilhar, que atingiu com a parte posterior do taco a um jogador de cartas. O proprietário da casa de jogo foi condenado por não ter disposto as mesas de forma a evitar perigo”.<sup>4</sup> A indenização parece correta, no sentido de que faltou ao estabelecimento o dever de segurança que deve guardar em face de seus clientes.

Falta com o dever de informação plena o locatário do auditório que não alerta os locatários (coordenadores de um curso) que na sala ao lado haverá a partir do meio dia uma grande confraternização de fim de ano, muito provavelmente rumorosa. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou conhecida indústria tabagista, baseando seu arresto no fato de que ocorreu violação do dever de informar os malefícios do cigarro.<sup>5</sup>

Fere o dever de lealdade o artista que passa a ceder sua imagem para empresa concorrente debochando da anterior a que era vinculado. Não age de acordo com a boa-fé objetiva o advogado que divulga segredos do seu cliente obtidos por dever de seu ofício, violando o dever de sigilo.

O Conselho da Justiça Federal manifestou-se no sentido de que “(...) a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.<sup>6</sup> Assim, a inobservância de qualquer dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva corresponde simplesmente a um inadimplemento por parte do contratante, passível, portanto de condenação no âmbito civil (art. 389 do CC).

## **5. Integração e interpretação de contratos segundo a boa-fé objetiva.**

Outra implicação prática da boa-fé objetiva constitui na possibilidade de – com base nela – proceder-se a interpretação e até mesmo a supressão de lacunas eventualmente ocorridas nos contratos. É muito comum o juiz se deparar com situações que não foram previstas no contrato e para esses casos deverá então raciocinar como se as partes – ao elaborar o contrato – estivessem de plena boa-fé. O magistrado então deverá raciocinar como que uma pessoa de boa-fé objetiva celebraria aquele contrato. Se o contrato não previu a taxa de multa para a hipótese de inadimplemento, caberá ao juiz fazê-lo, inserindo no contrato uma taxa que pessoas de boa-fé fariam. Em situações de dúvida quanto à interpretação de cláusulas, a boa-fé objetiva também será de grande valia para o deslinde da questão.

## **6. Boa-fé objetiva como limitação aos direitos subjetivos.**

A boa-fé impõe aos proprietários de direitos subjetivos o dever de exercê-los de modo razoável, não podendo agir de modo abusivo, ilimitado, como se vivessem numa ilha, sem pares e sem cidadãos possuidores de outros direitos. O direito subjetivo sempre deve ser exercido de uma forma equânime, de acordo com seu contexto e mais tecnicamente de acordo com sua função social. Até mesmo o direito à vida é relativo, sendo certo que – de acordo com o instituto da legítima defesa – ela pode ser retirada caso coloque em risco a vida alheia.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 previu a figura do abuso de direito comparando-a com um ato ilícito, ensejando inclusive a reparação civil (art. 927 do CC). Comentando esse artigo, Ruy Rosado de Aguiar manifestou-se: “Essa talvez seja, do ponto de vista do Direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúne (...) princípios básicos (...)

<sup>4</sup> PASQUALOTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. *Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 114.

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70007090798. Nona Câmara Cível. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento. Data do julgamento: 29 out. 2003.

<sup>6</sup> Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal, prolatado na 1ª Jornada de Direito Civil.

o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes".<sup>7</sup>

O ato abusivo é o ato lícito no antecedente e ilícito no consequente, praticado dentro do direito do indivíduo, porém com excesso nos meios.<sup>8</sup> Fartos exemplos são encontrados nos direitos de vizinhança. Abusa de seu direito o vizinho que, dentro de um pequeno apartamento, cria dez cachorros de grande porte, abusa de seu direito o vizinho que cava desnecessariamente profundo poço, esgotando assim o manancial alheio. O exemplo clássico, entretanto, é de Planiol e Ripert, aludindo ao caso de um vizinho que – com lanças enormes – impedia o sobrevoo de balões, prática frequente na região. Seu objetivo era vender o terreno com preço elevado aos praticantes do balonismo. O Tribunal de Compiègne (Clement Bayard) entendeu que tal atitude era considerada um ato ilícito posto abusivo, ordenando a retirada das lanças, ainda que dentro da propriedade privada.

O locador que recebe os aluguéis fora do prazo combinado durante seguidos meses, sem cobrar multa, não pode querer cobrá-la repentinamente, pois – apesar de ser um direito subjetivo – está exercendo-o de modo abusivo. Até mesmo o artigo 330 do Código Civil prevê situação semelhante.

Desta limitação aos direitos subjetivos, decorrem algumas expressões latinas, derivadas da *exceptio doli* do Direito Romano<sup>9</sup> e que revelam comportamentos abusivos de titulares de direitos subjetivos. José Fernando Simão explica que o “direito não pode privilegiar aquele que age com o intuito de enganar, ludibriar o outro contratante, ainda que tal conduta não se caracterize como vício do consentimento”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil. As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 23.

<sup>8</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Locum citatum*.

<sup>9</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719.

<sup>10</sup> SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26.

A primeira delas é chamada de *venire contra factum proprium no potest*. Segundo tal raciocínio jurídico, não é dado ao agente alterar sua postura no decorrer de um negócio após se portar de um mesmo modo por determinado período. É uma restrição ao direito subjetivo do agente que não pode contrariar uma postura anterior que criou uma expectativa na parte contrária. Claudio Luiz Bueno de Godoy explica:

(...) o *venire contra factum proprium*, de seu turno, representa máxima pela qual se evidencia, também, o princípio da boa-fé objetiva, na sua função restritiva de direito subjetivo, significando o exercitá-lo em contradição com o comportamento anterior, externado pelo próprio indivíduo. Procura-se, aqui, evitar a contrariedade e os efeitos dela decorrentes a outrem.<sup>11</sup>

O artigo 174 do Código Civil traz um exemplo desse instituto. Ao tratar do negócio jurídico anulável, a lei proíbe a anulação do negócio pelo agente que já o cumpriu parcialmente ciente do vício que o inquinava. Isso porque o cumprimento parcial do negócio anulável gera no outro contratante uma justa expectativa que deve ser respeitada pelo ordenamento. A mesma orientação é seguida pelo Código Civil do Uruguai em seu artigo 1.570. O artigo 175 do Código Civil brasileiro é ainda mais enfático ao dizer que nesta hipótese extinguir-se-ão “todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”. Antônio Junqueira de Azevedo comenta a hipótese:

(...) tanto a lei brasileira quanto a jurisprudência, ainda que sem referência nominal, consagram largamente a proibição de *venire contra factum proprium*. E o que se vê, por exemplo, com recurso a uma espécie de renúncia

<sup>11</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89.

tácta, no art. 150 do CC brasileiro, ao vedar a lei o pedido de anulação de ato jurídico, “quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava”.<sup>12</sup>

Ainda decorrente desta limitação aos direitos subjetivos aparecem duas figuras que são verso e reverso uma da outra. Trata-se da *suppressio* e da *surrectio*. Tecnicamente a primeira revela-se por uma ineficácia do direito subjetivo em virtude de sua prolongada inércia, enquanto que a segunda é justamente o oposto, a aquisição da eficácia de um direito decorrente da inércia alheia. Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça bem aplicou os dois institutos. A lide envolvia um condomínio edilício que possuía uma isolada parte do terreno constituída de área comum, mas cuja utilização seria razoavelmente adequada apenas para dois condôminos. Durante muitos anos a área foi utilizada apenas por eles, inclusive com anuência dos condôminos em assembleia geral. Após muito tempo o condomínio decidiu solicitar novamente o referido terreno sem, entretanto, demonstrar

a utilidade da área para si, fundamentando seu pedido apenas e tão somente no direito de propriedade. Como todos os demais, o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com a sua função social e o STJ bem decidiu de acordo com o voto de seu relator:

Para isso pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigido. (...) A *suppressio* pode ser bem aplicada neste caso, pois houve prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo; os condôminos ora réus confiaram na permanência desta situação. Ademais, a vantagem da autora ou do condomínio seria nenhuma, e o prejuízo dos réus considerável. Penso que, no caso, se pode fazer boa aplicação do princípio.<sup>13</sup>

Aos dois condôminos que utilizavam a referida área configurou-se a *surrectio* por terem adquirido a eficácia de um direito pela inércia alheia. Se o condomínio demonstrasse uma utilização razoável do terreno, poderia fazer valer seu direito de propriedade sobre os condôminos, mas não foi o que restou demonstrados nos autos.

## 7. Boa-fé objetiva pré e pós-contratual.

Diferentemente do que o artigo 422 do Código Civil brasileiro parece dizer, a boa-fé não pode se limitar à fase de execução do contrato. Na esteira do Código Civil português (art. 227), a boa-fé deve preceder o contrato e permanecer íntegra, mesmo após sua plena execução.

<sup>12</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 167.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1999/0042832-3. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do julgamento: 10 ago. 1999.

Durante as tratativas de uma negociação contratual, as partes já devem colocar em marcha todos os substantivos derivados da boa-fé objetiva. Imagine o cidadão paulista que encontra no jornal o raro veículo que procura para aquisição na cidade do Rio de Janeiro. O vendedor enaltece as perfeitas condições de manutenção e acabamento do veículo e o comprador desloca-se pelos 400 quilômetros que separam as cidades para chegar ao seu destino e constatar que o veículo está em péssimo estado de conservação. Faltou no exemplo um dever de informar, que deve existir mesmo antes do contrato também chamado de dever de esclarecimento.<sup>14</sup>

Mas a boa-fé objetiva deve se manter mesmo após terminar o contrato. É o caso, por exemplo, do vendedor de uma impressora que – um ano após a venda para determinado cliente – recusa-se a disponibilizar o programa de atualização para o novo sistema operacional. Falta, nesse caso, com o dever de zelo e de colaboração que devem presidir as relações contratuais. Ainda que o contrato já tenha surtido seus regulares efeitos, é justa a expectativa do cliente que acredita na colaboração do vendedor. O advogado também ostenta o dever de – encerrada a demanda judicial – devolver organizadamente todos os documentos fornecidos pelo seu cliente para instrumentalizar o processo.

Por conta dessa percepção, o Projeto nº 6.960/2002 já prevê uma nova redação ao artigo 422 do CC, deixando clara a necessidade de se observar a boa-fé antes e depois do contrato firmado.

Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

<sup>14</sup> SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004, p. 65.

O Conselho da Justiça Federal já se pronunciou a respeito do assunto em sua primeira Jornada de Direito Civil, concluindo que o “art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

## 8. Conclusão.

Com certo atraso, o Código Civil de 2002 positivou em nosso ordenamento um princípio que possivelmente terá ampla aplicação prática. Dentro dos conceitos de eticidade e socialidade<sup>15</sup> que regem o sistema da nossa codificação, muito acima dos contratos, e até da lei, está a moral, a conduta, a honra e a fundada expectativa das pessoas de que – em suas relações sociais – estarão a tratar com pessoas pautadas pela honestidade.

A justiça, a equidade e a socialidade são anseios da lei e devem estar presentes em todos os contratos e disposições dos particulares, não apenas no plano ideal da igualdade formal. Os ditames da boa-fé objetiva, a função social da propriedade e do contrato impõem uma circulação de capital mais equilibrada e igualitária, com uma fiscalização maior do Estado, tanto na via Legislativa quanto no Poder Judiciário. Não se pode mais aceitar a inércia e até a chanceira estatais fincadas apenas e tão somente no princípio *pacta sunt servanda*.

Para coibir os que buscam, dentro do contrato, subterfúgios para se desviar daqueles princípios, existe agora um instrumento poderoso, um artigo chave que em última análise terá o propósito de confirmar a esperança básica de que lidamos com pessoas íntegras no seio social.

Essa nova visão impõe o exercício equânime e razoável dos direitos subjetivos, de acordo com seu contexto e mais tecnicamente.

<sup>15</sup> REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 4 jan. 2003. Caderno A, p. 2.

mente de acordo com sua função social. A visão avoenga e limitada do contrato, como se o seu texto fosse a única fonte de inspiração para a análise de sua validade e eficácia,

não mais vigora e os ditames da justiça e da equidade devem se sobrepor na efetiva busca da paz social.

## Referências bibliográficas.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil. As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 775. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*. Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos. São Paulo: Atlas, 2003. v.2.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NICOLAU, Gustavo René. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2005.

PASQUALOTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. *Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 4 jan. 2003. Caderno A.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.

SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Contratos. São Paulo: Atlas, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Volume II. Direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. Volume III. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2006.

# **A expressão comissiva do sistema jurídico e os movimentos sociais: a comunidade Pyelito Kue e o direito estatal**

**Rodrigo de Camargo Cavalcanti**



Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP (2010). Foi bolsista no mestrado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ e é atualmente bolsista no doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Membro do Grupo de Estudos Capitalismo Humanista coordenado pelo Professor Livre-Docente Ricardo Hasson Sayeg e pelo Professor Titular Wagner Balera. Diretor de Imprensa e Comunicação da Associação de Pós-Graduandos em Direito da PUC/SP (APGDireito-PUC/SP).

**RESUMO:** O presente artigo pretende realizar uma análise do direito enquanto expressão comissiva da sociedade, no viés da teoria da pluridimensionalidade dos atos de fala de John L. Austin para, em seguida, enquadrar o caso da comunidade indígena Pyelito Kue sob um olhar crítico de duas decisões judiciais que lhe envolvem, na teoria dos movimentos sociais, cunhada mais especificamente na lição de Celso Fernandes Campilongo com clara base na teoria dos sistemas, trazendo em questão a teoria da proporcionalidade conforme desenvolvida por Willis Santiago Guerra Filho mediante a perspectiva de Thiago Lopes Matsushita, conformando a interpretação do caso concreto suprarreferido sob o manto da teoria do jus-humanismo normativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Movimentos sociais. Expressão comissiva. Jus-humanismo normativo.

**ABSTRACT:** This article intends to conduct an analysis of the law as a comissive expression of the society, according to the pluridimensional John L. Austin's acts of speech theory to, then, enframe the Pyelito Kue's indigenous community case under a critical look of two court decisions that encircle it, in the social movements theory defined, more specifically, in the Celso Fernandes Campilongo's lesson with clear basis in the system's theory, bringing into question the principle of adequacy as developed by Willis Santiago Guerra Filho through Thiago Lopes Matsushita's perspective, conforming the interpretation of the concrete case above referred under the normative jus-humanism theory.

**KEYWORDS:** Social movements. Commissive expression. Normative jus-humanism.

**SUMÁRIO.** 1. Enunciado prescritivo ou descritivo: dimensão semântica, sintática e pragmática. 1.1. Dimensão sintática. 1.2. Dimensão semântica. 1.3. Dimensão pragmática. 2. Caso prático: comunidade Pyelito Kue. 2.1. Teoria dos movimentos sociais e a comunidade Pyelito Kue. 3. Breve análise da teoria jus-humanista normativa. 4. Princípio absoluto da proporcionalidade. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## **1. Enunciado prescritivo ou descriptivo: dimensão semântica, sintática e pragmática.**

**C**onceito, para o chamado “primeiro” Wittgenstein, do seu livro *Tractatus logico-philosophicus*, diz respeito a trazer para o mundo da linguagem o essencial do mundo físico, designando-o, sendo a designação função primordial da linguagem. Para o autor, toda significação, formulada no ato do pensar, carrega em si a essência do objeto. Já o “segundo” Wittgenstein, do *Investigações filosóficas*, critica essa postura a partir da percepção de que não existe o ideal da exatidão da linguagem. Esta é dotada de imprecisão, carregando a significação critérios nunca exatos de diferenciação de determinado objeto perante os outros do mundo real. Por isso a ilusão do essencialismo passa a merecer uma nova perspectiva, qual seja, a de que “é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas”.<sup>1</sup> Existem, isso sim, no máximo, semelhanças e parentescos, mas não uma significação definitiva, estabelecida de modo arbitrário. Nós, na realidade, podemos apenas, por meio de certas regras, diminuir o campo de vaguidade dos conceitos de linguagem comum.<sup>2</sup> Como nos leciona Thiago Lopes Matsushita,

Já a segunda virada ocorreu na segunda fase do pensamento de Wittgenstein, quando este estava em Oxford, na Inglaterra. Em “Investigações Filosóficas” Wittgenstein trata dos “jogos de linguagem” e passa a entender que o que define as palavras não é a precisão do sistema de signos (como na lógica), mas, sim, o uso, a aplicação do signo. Contudo, passou a dedicar-se ao plano pragmático da linguagem.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 131.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>3</sup> MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo:*

Os conceitos são, desta forma, essencialmente abertos. Wittgenstein não chega a negar a existência dos atos intencionais, internos e espirituais, que para a tradição é onde se constitui a significação e o conceito. Porém, retira desses atos o papel de instância principal doadora de significado às expressões linguísticas. O uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralingüísticos nos quais as palavras são empregadas é que passa a doar as significações. Como cita Willis Santiago Guerra Filho, “os conceitos nos levam a investigações. São a expressão de nosso interesse e o dirigem”,<sup>4</sup> mas todo conceito é dotado de imprecisão, observando Wittgenstein que “‘conceito’ é um conceito vago”.<sup>5</sup>

Desta forma, tendo em vista que é no âmbito da significação que a norma jurídica se configura, esta somente adquire sentido e determinação no momento em que inserida em certo contexto socioprático, isso porque é neste ambiente que o conceito toma forma e sentido.

Seguindo esse raciocínio, é inócua a tentativa de deslocarmos a interpretação de um enunciado como prescritivo ou descriptivo para o âmbito da sintaxe ou da semântica. O que vai definir se certo enunciado é ou não prescritivo é o campo da pragmática, de onde será aferida tal conclusão mediante o trabalho hermenêutico. Ou seja, afinal, prescritiva mesmo, definitivamente, é a norma jurídica, já que, a partir do momento em que o enunciado é interpretado conjuntamente à conduta intersubjetiva, sendo esta a dimensão pragmática, é que se define a função do enunciado. Expliquemos:

### **1.1. Dimensão sintática.**

**Na seara da sintaxe, Aurora Tomazini**

expressão do princípio absoluto da proporcionalidade. Tese – PUC/SP, 2012, p. 65-66.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis S. *Filosofia: uma introdução*. Teresópolis: Daimon, 2009, p. 214-215.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 215.

de Carvalho, com base na lição de Paulo de Barros Carvalho, já nos leciona que

(...) as proposições isoladamente consideradas não constituem um sentido normativo, é preciso uma estruturação por parte do exegeta, dos conteúdos produzidos no curso do processo gerativo de sentido, para que estes se apresentem como unidades completas de sentido deônticos (prescritivo).<sup>6</sup>

Ou seja, um enunciado pode não ser prescritivo se tomado como uma unidade sintática, havendo a necessidade de uma construção artificial e sistemática que envolva outros enunciados para, então, chegar-se ao caráter deôntico da proposição normativa, ou seja, da norma jurídica.

Ainda em Tomazini de Carvalho,

(...) alguns autores, dentre aqueles que partem de uma concepção comunicacional, sustentam a heterogeneidade das formas do sistema, avaliando que suas unidades ora aparecem na forma de enunciados, ora como proposições não deonticamente estruturadas e ora como juízos hipotético-condicionais. Tendo por objeto a diversidade existencial em que o direito se manifesta (...), focando a diferença entre as unidades percebidas pelo intérprete na sua trajetória hermenêutica realmente fica difícil aceitar a homogeneidade de suas formas.<sup>7</sup>

Em Paulo de Barros Carvalho, para que uma norma jurídica revele o conteúdo prescritivo de um enunciado, é necessário que se estabeleça, no âmbito das significações, a sua estrutura hipotético-condicional.<sup>8</sup>

Parece, portanto, consoante nosso enfo-

6 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 252.

7 *Ibidem*, p. 291.

8 CARVALHO, Paulo de B. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

que e seguindo Riccardo Guastini, “não haver nenhuma correspondência bi-unívoca entre a forma sintática dos enunciados e a sua função (descriptiva ou prescritiva)”.<sup>9</sup>

## 1.2. Dimensão semântica.

No âmbito da semântica, seguimos as palavras de Paulo de Barros Carvalho quando diz que o Direito não tem a característica semântica do verdadeiro/falso,<sup>10</sup> nem que seja em face dos direitos humanos culturalmente conjecturados. Ou seja, os enunciados normativos não “descrevem” obrigações e direitos culturalmente constituídos. Porém, apesar disso, entendemos que os legisladores não criam direito, mas limitam-se a reproduzir um direito culturalmente preexistente.<sup>11</sup> Tal assertiva caminha no sentido da compreensão de que o direito posto tem uma limitação estabelecida previamente sobre o seu conteúdo, a partir de regras jurídicas culturalmente conjecturadas. Afinal, “a noção de direitos humanos baseia-se em nossa humanidade compartilhada”.<sup>12</sup> Cabe ressaltar, porém, que o jus-humanismo, doutrina a qual somos adeptos, “não seria um retorno ao jusnaturalismo na medida em que não abre mão de sua integração com o positivismo e o realismo”.<sup>13</sup>

Como diz Adeodato, sobre a filosofia de Miguel Reale,

(...) em todas as condutas humanas há sempre uma energia espiritual, captada por um valor objetivo predominante na comunidade, o qual tende a normatizar-se. O direito seria uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana

9 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 51.

10 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 41.

11 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 52.

12 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 105.

13 *Ibidem*, p. 105.

para a realização ordenada dos valores da convivência.<sup>14</sup>

E, em outro trecho, Adeodato leciona que

(...) muitas asserções que andam por aí como “verdades” assentes, no campo da sociologia ou da economia, e até mesmo no das ciências tidas como “exatas”, não passam de conjecturas inevitáveis, que seria melhor recebê-las como tais, mesmo porque são elas que, feitas as contas, compõem o horizonte englobante da maioria de nossas convicções e atitudes.<sup>15</sup>

Adeodato cita, ainda, como exemplo, decisão do STF com a seguinte ementa:

Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.<sup>16</sup>

Dito isto, seguimos a lição de Sayeg e Balera:

Para tanto, deve o julgador fraterno e misericordioso pautar sua conduta pela fórmula humanista antropofílica – aplicar a todos os casos o inafastável respeito aos direitos humanos –, quer em suas decisões, quer na condução do processo, quer no trato com as partes e com toda a família forense. Assim, a todo tempo, o magistrado, na integralidade de sua tarefa, há de aplicar a Lei Universal da Fraternidade, especialmente interpenetrando por meio do

intratexto, com este objetivo supremo, o direito positivo.<sup>17</sup>

Importa esclarecer que partimos da afirmação de que o próprio sistema jurídico deve ser considerado enquanto inserido num contexto social, político e histórico, moldado e interpretado pelo próprio ser humano, do qual se abstraem os direitos humanos, como fruto do espírito objetivo hegeliano e do inconsciente coletivo de Jung. Nas palavras de Scavino, apoiado em Gianni Vattimo,

El ser humano no puede sustraer-se a su cultura, a su mundo histórico, a su comunidad, para ver las cosas desde una mirada a-cultural o a-histórica: “El sujeto no es el portador del a priori kantiano (...), sino el heredero de un lenguaje histórico y finito que hace posible y condiciona su acceso a sí mismo y al mundo”.<sup>18</sup>

Assim, nos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho,

As proposições são produto de um processo hermenêutico condicionado pelos horizontes culturais do intérprete e sofrem influências permanentes de seu contexto social. Por isso, ainda que não haja alterações no plano da materialidade textual, as significações imprimidas aos símbolos positivados estão em constante modificação, devido às mutações histórico-evolutivas da cultura do intérprete.<sup>19</sup>

Sayeg, neste mesmo sentido, cita as palavras de Miguel Reale:

14 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321.

15 *Ibidem*, p. 326.

16 *Ibidem*, p. 348.

17 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 126.

18 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 44.

19 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 251.

Portanto, nas palavras de Reale, “concluímos reconhecendo a objetividade dos valores no mundo da cultura”, posto que os valores “referem-se ao homem que se realiza na História, ao *processus* da experiência humana de que participamos todos, conscientes ou inconscientes de sua significação universal”. Enfocada sob o prisma do culturalismo “a norma jurídica é, por conseguinte, uma espécie de norma ética, assim como esta é uma espécie de lei cultural”.<sup>20</sup>

Desta forma, no nosso entender, as normas jurídicas possuem uma semântica, uma referência valorativa, ou seja, não que possamos dizer que o direito positivo tem em si a dicotomia verdadeiro/falso, mas sim que é intrínseco às proposições normativas e aos enunciados a dicotomia válido/inválido, adotada também consoante a observância ou não dos direitos humanos.

Importa dizer, porém, com Riccardo Guastini, que

De fato, a classe dos enunciados prescritivos e a classe dos enunciados nem-verdadeiros-nem-falsos claramente não se sobrepõem perfeitamente: existem enunciados que não são nem verdadeiros nem falsos sem, no entanto, ser prescritivos (por exemplo, os enunciados da metafísica e da teologia, as valorações, as apostas, as advertências, as definições estipulativas, etc.).<sup>21</sup>

Por isso, sustentamos juntamente a Guastini que a distinção entre linguagem descriptiva e linguagem prescritiva seja uma distinção, ao fim, pragmática.

### 1.3. Dimensão pragmática.

Ou seja, não é no âmbito nem da semântica nem da sintaxe que vai se revelar o enunciado como descriptivo ou prescritivo, e sim no âmbito da pragmática, onde vai se dar o surgimento, na relação intersubjetiva, da norma jurídica que por natureza acompanha um ato ilocucionário e, quando eficaz socialmente,<sup>22</sup> acompanha ato perlocucionário. Assim é que caminhamos no mesmo sentido de John Langshaw Austin, para quem, consoante nos reporta Manfredo de Oliveira,

(...) não há mais a dicotomia radical entre linguagem e realidade, pois a linguagem é o espaço de constituição do sentido da realidade para nós. O sentido não mais se constitui na interioridade de uma consciência transcendental, mas num contexto de regras e convenções de um contexto social determinado. O sujeito capaz de falar e agir só se entende a partir de um processo social, que emerge como condição de possibilidade de suas ações simbólicas. Portanto, sua linguagem só se comprehende a partir da organização institucional da forma de sociabilidade na qual ele está situado, que é a raiz de seu comportamento no mundo.<sup>23</sup>

Para esclarecer, cabem as palavras de Riccardo Guastini:

20 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 105.

21 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 53.

22 Referimos aqui à definição de eficácia social de Paulo de Barros Carvalho, para quem: “A eficácia social ou efetividade diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada, ou, em outras palavras, diz com a produção das consequências desejadas pelo elaborador das normas, verificando-se toda vez que a conduta prefixada for cumprida pelo destinatário. Indicaremos, portanto, como eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador”. (CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 459)

23 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 166.

Nota-se que o uso, descriptivo ou prescritivo, de um enunciado – a sua função, o ato linguístico consumado – pode sempre ser explicitado reformulando, ou “traduzindo” o próprio enunciado sob forma “performativa”: “Eu constato (afirmo, assevero) que o homicídio é punido com reclusão”, “Eu prescrevo (ordeno) que o homicídio seja punido com a reclusão”. Podemos então dizer assim: prescritivo é um enunciado que é usado para consumar o ato (linguístico) de prescrever; ou: prescritivo é um enunciado que se presta a ser formulado sob a forma “Eu prescrevo que (...)” Mas, a rigor, não devemos sequer falar de “enunciados prescritivos”. (...) A prescritividade é uma propriedade não tanto dos enunciados, mas antes de enunciações concretas de enunciados. Prescritivo exatamente não é o enunciado (se não, talvez, por metonímia), mas antes o modo de o usar, ou o ato da linguagem executado mediante seu proferimento.<sup>24</sup>

Dizemos isso baseados também no sentido de que a construção pelo intérprete das normas jurídicas, ou seja, o âmbito de significação dos signos que compõem o direito positivo, se mistura com o seu significado, ou seja, com as condutas intersubjetivas, já que ambos são criações do próprio intérprete. Nos dizeres de Aurora Tomazini de Carvalho,

Nota-se que, a significação do direito acaba por determinar seu significado, ou seja, o modo como as relações intersubjetivas são disciplinadas. A “realidade” jurídica à qual o enunciado prescritivo faz referência, acaba sendo aquela construída pelo intérprete.<sup>25</sup>

**As condutas intersubjetivas são as que**

conferem o sentido pragmático da norma, já que são elas que cedem ao texto um contexto prático de aplicação e, assim, conduzem o intérprete na construção da norma jurídica. A proposição é que é prescritiva no âmbito da norma, e não do texto propriamente dito, ou seja, do enunciado, pois a norma jurídica é que carrega em si os modais deônticos, sendo uma construção do exegeta. Também justamente por isso, por ambos – norma jurídica e conduta intersubjetiva – serem criações do próprio intérprete, é que a dimensão pragmática se mostra como aquela onde se construirá a prescrição do enunciado (sua função), tendo em vista que, ao falarmos tanto de norma jurídica quanto de conduta intersubjetiva, estamos falando de atos de linguagem que as definem como tal (já que “podemos tomar como pressuposto que a realidade, e, dentro dela, a realidade social, é constituída pela linguagem”).<sup>26</sup>

### 1.3.1. Atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

Para entender ainda mais o caráter pragmático da linguagem, em específico das normas jurídicas, insta salientar o pensamento de John Langshaw Austin na sua divisão entre atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Surge a teoria da pluridimensionalidade dos atos de fala, que vai trazer as dimensões (ato) locucionária, ilocucionária e perlocucionária desses atos.

A dimensão locucionária diz respeito a que, ao usarmos a linguagem, agimos, mas “dizer isso depois do Segundo Wittgenstein já não constitui novidade e, por essa razão, tal afirmação é, apenas, o ponto de partida para a distinção de outras dimensões da linguagem”.<sup>27</sup>

24 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 55-56.

25 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 168.

26 CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

27 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 158.

O ato ilocucionário, por sua vez, diz respeito à conclusão de que, ao dizermos algo, também fazemos algo. Existem vários atos ilocucionários que podem ser usados, como por exemplo informar, questionar, fazer um juízo, etc. O ato ilocucionário, na maioria das vezes, somente pode ser explicitado considerando seu contexto. “Trata-se da determinação não do significado, mas do papel exercido pela expressão na linguagem”.<sup>28</sup>

Executando ambos os atos, podemos realizar mais uma ação, aquela que consiste em provocar no destinatário do ato certos efeitos nos sentimentos, pensamentos e ações.<sup>29</sup> Estes atos denominam-se atos perlocucionários.

Que Pedro diga essa frase – o jacaré é perigoso – é um ato locucionário; que Pedro, por meio dessa expressão linguística, faça uma advertência, isso é o ato ilocucionário; que por meio dessa expressão Pedro consiga afastar alguém do jacaré, isso é o ato perlocucionário.<sup>30</sup>

Agora, com essa separação entre atos (dimensões) da fala,<sup>31</sup> Austin, então, classificará verbos consoante explicitação em face da força ilocucionária das expressões linguísticas das quais fazem parte, dividindo-os em cinco classes: (i) expressões veridictivas, que dizem respeito à articulação de um juízo a respeito de valores ou de fatos. Exemplos: diagnosticar, interpretar, julgar, considerar junto, responsabilizar, etc. (ii) expressões exercitivas: consistem em decidir a favor ou contra deter-

28 *Ibidem*, p. 159.

29 *Ibidem*, p. 160.

30 *Ibidem*, p. 152.

31 “Fala”, consoante conceituado por Ferdinand de Saussure e acompanhado por Aurora Tomazini de Carvalho, é um “ato individual de seleção e atualização da língua. Seleção porque por meio dela o homem escolhe, dentre a infinitude de signos e regras contidos em seu inconsciente (língua), as palavras e as relações a serem estabelecidas entre elas, de forma que lhe pareça mais adequada. E atualização porque ao utilizar-se deste ou daquele signo, bem como desta ou daquela estruturação, os mantém presentes, como elementos de uma língua”. (CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 162).

minado comportamento. Exemplo: advertir. (iii) expressões comissivas: comprometem o locutor com um comportamento determinado. Exemplos: dar a palavra, comprometer-se, jurar, provar, manifestar intenção, etc. (iv) expressões conductivas: reação ao comportamento de outras pessoas e atitude ou expressão de atitude diante do comportamento passado ou iminente de um outro. Exemplos: agradecer, felicitar, criticar, saudar, desejar, etc. E, por último, (v) expressões expositivas: tem a finalidade de esclarecer o sentido em que as expressões devem ser consideradas. Exemplos: classificar, mencionar, comunicar, testemunhar, etc.<sup>32</sup>

### 1.3.2. Dimensão comissiva das normas jurídicas.

A linguagem do direito positivo também, por natureza, é dotada de atos ilocucionários e, quando eficaz, como já dissemos, perlocucionários. A nosso ver, o sistema do direito positivo, “como expressão linguística de um ato de fala, inserido num contexto comunicacional que se instaura entre enunciador e enunciatário”,<sup>33</sup> está inserido dentre outras, na comissiva, a que nos importa no presente momento.

São comissivas não na perspectiva do contrato social de Rousseau ou de Hobbes, mas na perspectiva hegeliana, em que, consoante Dardo Scavino:

(...) la constitución de un Estado no es un contrato que pueda surgir de la nada, como en las teorías de Hobbes o de Rousseau. Una constitución es la inscripción institucional de la eticidad o de la pre-comprensión social de la existencia.<sup>34</sup>

32 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 163-164.

33 CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 151.

34 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 98.

A promessa, expressão comissiva, é aproximada do Direito por Adeodato, baseado em Hannah Arendt, como em sua lição a seguir exposta:

Prometer é a maneira peculiar de ordenar o futuro, de torná-lo confiável na medida do humanamente possível; ordená-lo, mas não constituí-lo, pois a imprevisibilidade do futuro faz com que as promessas jamais sejam absolutas, pois é sempre possível quebrá-las. A promessa permite controlar agora expectativas futuras de comportamento.<sup>35</sup>

Assim,

Já que tanto a lei quanto a promessa são fatores estabilizadores da ação, pode-se aqui ligar o direito à faculdade de prometer; é através do direito que o incessante fluxo de recém-chegados (*the newborn*) toma pé nas regras do jogo de promessas mútuas que compõem as fronteiras da cadeia de ações e reações humanas.<sup>36</sup>

Desta forma é que,

(...) uma vez asseguradas as bases que permitem a plenitude da condição humana (...), todo ser humano é capaz de juízo político e o consenso de apoio ao poder deixa de ser algo fictício. (...) O único conteúdo moral do consentimento que apoia o poder político e jurídico, como aliás o conteúdo moral de todos os acordos e contratos, é a simples disposição de cumprir promessas, de dar e manter garantias quanto a uma futura conduta. Em outros termos, garantir expectativas.<sup>37</sup>

Essa promessa, internalizada no sistema jurídico, evoca o cumprimento, pelos particulares e pelo Estado, das expectativas normativas generalizadas congruentemente e assim incorporadas no sistema jurídico (positivadas ou não, como no caso dos direitos humanos). Porém, a análise das normas pode levar a decisões radicalmente opostas, o que, ao contrário de indicar uma suposta redução da complexidade do sistema, e assim demonstrar uma unicidade nos valores acordados coletivamente no presente momento histórico, acaba por chamar atenção justamente às incontáveis possibilidades de interpretação que surgem ao exegeta e aos últimos destinatários da norma em face do enunciado normativo.

Cabe lembrar que é intrínseco ao direito a sua dinamicidade o que, paradoxalmente, auxilia este a caminhar no sentido de manutenção da promessa original, já que permite a permeabilidade de valores contemporâneos (pois cognitivamente aberto) que abarquem um conteúdo semântico o mais próximo possível daquele compartilhado pela sociedade complexa e plural em que vivemos. Exatamente por isso, as situações fáticas e seus relativos contextos socioculturais, políticos e econômicos, nos levam a extrapolarmos o texto legal para alcançarmos normas que não necessariamente estão positivadas e que também devem ser levadas em consideração na interpretação e aplicação do direito, a fim de, justamente, não ficarmos escravos do direito posto por julgadores que simplesmente veem através do estrito positivismo a forma mais justa de se decidir um litígio (considerando a justiça como finalidade última do direito, apesar de seu “relativo” abstracionismo).

Importa, porém, transcrever as palavras de Matsushita,

(...) a aplicação absoluta do jus-naturalismo é inconcebível, pois a sua aplicação pressupõe a sobreposição absoluta ao positivismo e ao realismo jurídico, cuja análise conformática é impositiva para trazer para o direito a decisão

<sup>35</sup> ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 148-150.

mais justa possível, vez que a busca da verdade e da justiça absoluta são inalcançáveis.<sup>38</sup>

Partilhamos, neste sentido, da teoria de que é inevitável ao exegeta considerar o contexto histórico-cultural em que vivemos e a correspondente produção de direitos e deveres que acompanham a história da sociedade contemporânea. Isso nos leva a entender o direito da perspectiva integral do jus-humanismo normativo. Dentro desta perspectiva, e da noção das normas jurídicas como dotadas de dimensão comissiva na teoria dos atos de fala, como manter essa promessa de sociabilidade originalmente firmada diante de tantas soluções possíveis em face do caso concreto? Afinal, de qual direito falamos quando abordamos a perspectiva do consenso em face desta promessa que, afinal, é intrínseca ao sistema jurídico? Para entender melhor, vamos a seguir expor um caso prático que vai servir de exemplo para o nosso entendimento, acompanhado da interpretação dos movimentos sociais conforme fornecida por Celso Fernandes Campilongo, para, ao final, abordarmos sobre a teoria encampada por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera, partilhada por Thiago Lopes Matsushita, e a importância do princípio da proporcionalidade para o direito hodierno e especificamente para o caso concreto.

## **2. Caso prático: comunidade Pyelito Kue.**

“Nós vamos ficar. Se os atiradores quiserem nos atacar, morreremos em suas mãos por nossa terra”, declarou em entrevista à AFP Lide Solano Lopes, representante da comunidade Pyelito Kue, que reivindica suas terras ancestrais em Mato Grosso do Sul.<sup>39</sup>

38 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 45.

39 “Morreremos por nossa terra”, dizem índios guarani-kaiová. Portal IG Último Segundo, 31 out. 2012. Disponível

A comunidade Guarani-Kaiowá é a segunda maior população indígena do Brasil e sofre com a ausência de demarcação de terras pelo poder público. Tomou conta da mídia o caso do município de Iguatemi/MS, em que uma área de 10 mil metros quadrados e de reserva legal é objeto de uma ação de manutenção de posse onde reside a comunidade indígena Pyelito Kue, composta por cerca de 160 índios, na Fazenda de Cambará, área a ser delimitada e ocupada pelos índios desde 2008.

Nas palavras da Desembargadora Cecília Mello do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região,

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitidos na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue *resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação*. (destaque nosso)<sup>40</sup>

Essa resistência até a morte descrita pela Desembargadora remete à Carta divulgada pela comunidade Guarani-Kaiowá sobre a

em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-10-31/morreremos-por-nossa-terra-dizem-indios-guarani-kaio-wa.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

40 TRF 3<sup>a</sup> Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

postura desta em face de decisão de primeira instância no processo de manutenção de posse em que o Juiz Federal expediu, em sede liminar, mandado de manutenção da posse e a consequente retirada da comunidade indígena do local. Nos termos da Carta,

*A quem vamos denunciar as violências praticadas contra nossas vidas?? Para qual Justiça do Brasil?? Se a própria Justiça Federal está gerando e alimentando violências contra nós. Nós já avaliamos a nossa situação atual e concluímos que vamos morrer todos mesmo em pouco tempo, não temos e nem teremos perspectiva de vida digna e justa tanto aqui na margem do rio quanto longe daqui. Estamos aqui acampados 50 metros de rio Hovy onde já ocorreram 4 mortos, sendo 2 morreram por meio de suicídio, 2 morte em decorrência de espancamento e tortura de pistoleiros das fazendas. (...) De fato, sabemos muito bem que no centro desse nosso território antigo estão enterrados vários os nossos avôs e avós, bisavôs e bisavós, ali estão o cemitérios de todos nossos antepassados. Cientes desse fato histórico, nós já vamos e queremos ser morto e enterrado junto aos nossos antepassados aqui mesmo onde estamos hoje, por isso, pedimos ao Governo e Justiça Federal para não decretar a ordem de despejo/expulsão, mas solicitamos para decretar a nossa morte coletiva e para enterrar nós todos aqui. Pedimos, de uma vez por todas, para decretar a nossa dizimação/extinção total, além de enviar vários tratores para cavar um grande buraco para jogar e enterrar os nossos corpos. Esse é nosso pedido aos juízes federais.*

Já aguardamos esta decisão da Justiça Federal. Assim, é para decretar a nossa morte coletiva Guarani e Kaiowá de Pyelito Kue/Mbarakay e para enterrarnos todos aqui. Visto que decidimos integralmente a não sairmos daqui com vida e nem morto e sabemos que não temos mais chance em sobreviver dignamente

mente aqui em nosso território antigo, já sofremos muito e estamos todos massacrados e morrendo de modo acelerado. Sabemos que seremos expulsas daqui da margem do rio pela justiça, porém não vamos sair da margem do rio. Como um povo nativo/indígena histórico, decidimos meramente em ser morto coletivamente aqui. Não temos outra opção, esta é a nossa última decisão unânime diante do despacho da Justiça Federal de Navirai-MS. (destaques nossos)<sup>41</sup>

## 2.1. Teoria dos movimentos sociais e a comunidade Pyelito Kue.

Vale, neste momento, estabelecermos a definição de movimentos sociais da qual partimos o presente trabalho. Para tanto, as palavras de Maria da Glória Gohn:

(...) nós os vemos como ações sociais coletivas de caráter sócio-político e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações, etc.), até as pressões indiretas.<sup>42</sup>

Cabe, nesse sentido, a assertiva de Mário Lúcio Quintão Soares:

Os movimentos sociais, de cunho popular, demarcam a história do Brasil,

41 MARON, Miguel; MENDES, Marina S. *Salvemos os índios Guarani-Kaiowá - Urgente!* Avaaz.org. Petições da comunidade. 15 out. 2012. Disponível em: <[https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos\\_os\\_indios\\_Guarani-Kaiowa\\_URGENTE/?atsQccb&external](https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos_os_indios_Guarani-Kaiowa_URGENTE/?atsQccb&external)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

42 GOHN, Maria da G. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 13.



desde as rebeliões dos escravos, passando pelas lutas operárias, pelas ligas camponesas, pelas lutas indígenas, pelos sem-teto e pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST). Os portadores de deficiências, os movimentos humanitários, culturais e ecológicos, e as manifestações operárias e políticas tão somente poderão ser compreendidas e dimensionadas a partir de sua práxis política, mesmo assumindo, cada um desses atores coletivos, sua estratégia peculiar de organização e de ação política.<sup>43</sup>

Partindo dessa premissa, para analisarmos a postura da comunidade Pyelito Kue, importa remetermos a uma classificação feita por Celso Fernandes Campilongo entre movimentos sociais “contra”, “pelo” e “após” o direito:

“Contra o direito” significa, na essência, luta pela sua revogação, substituição ou por nova interpretação do direito vigente. No fundo, identifica-se um obstáculo construído pelo direito e procura-se removê-lo também através do direito. Não se trata, na verdade, de transgressão ou afronta ao direito, mas de modificação

43 SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadode-direito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

do direito. “Pelo direito” representa a luta pelo reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos: conquista de novos direitos, na lei ou na justiça. “Após o direito” consiste na busca por eficácia: adoção de políticas, reorientação da jurisprudência em conformidade com os avanços legislativos, mudança de comportamento.<sup>44</sup>

Porém, esse conflito gerado entre a comunidade indígena e os ocupantes das terras pode ser tomado como o afloramento de um movimento social de uma outra forma de ser “contra o direito”, também teorizada por Campilongo:

Mas a relação dos movimentos sociais com o direito também pode ser lida tomando-se a diferenciação funcional como ponto de partida. (...) Dessa ótica, os movimentos sociais podem ser “contra o direito” não no sentido de pleitearem sua melhora, mas para violá-lo, transgredi-lo ou submetê-lo a testes que desvalem seus limites operativos e sua incapacidade decisória, isto é, tornem manifestas suas latências. Uma estratégia para despir e ridicularizar a Justiça.<sup>45</sup>

Essa última forma de protesto descrita pelo autor é onde mais se enquadra o protesto da comunidade indígena referida, já que tal movimento social não adota uma postura de possibilidade de negociação sobre seu interesse final, assumindo a posição de lutar até a morte pelo direito o qual entende ser titular. Não busca remover o obstáculo através do direito, nem o simples “reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos”, e tampouco está atrás de uma eficácia da decisão judicial, mas, afinal, pretende violar o direito se for preciso, transgredindo-o e, assim, pôr em cheque “seus limites operativos e sua incapacidade decisória”.

44 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 34.

45 *Ibidem*, p. 35.

Importa, por outro lado, remetermos também aos dizeres de Esther Sánchez Botero:

Uno de los efectos del estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos públicos así como del control y solución de conflictos, principios, estructura y enfoque se un derecho que necesariamente no coincidía – en parte o en su totalidad –, com los sistemas existentes en cada uno de ellos como pueblos.<sup>46</sup>

A contradição, afinal, a que o movimento está submetido, é a questão à qual nos alerta Campilongo:

Várias seleções são sempre possíveis. Dentre elas, algumas serão realizadas, outras não. Quem recebe o “não” dificilmente se retira aplaudindo ou se conforma razoavelmente com a negativa. Costuma ter argumentos tão bons quanto aqueles esgrimidos pelos contendores. No caso do sistema jurídico, isso vale para quem o procura: tanto os protestos contra a sociedade quanto as reações da sociedade aos que protestam ficam expostos a respostas positivas ou negativas à pergunta: “está conforme o direito?”<sup>47</sup>

Continua, assim, Campilongo, apoiado em Raffaele De Giorgi:

A decisão judicial, pelo caráter seletivo, institucionalizado, legalizado e variável que possui, é regulada pelo princípio da

contingência. Decidir é escolher entre alternativas. Aqui entra a interpretação: constrói alternativas. Aqui também entram os movimentos sociais: não possuem nem pleiteiam competências decisórias, mas cobram alternativas e reclamam direitos.<sup>48</sup>

Outra divisão levantada por Celso Fernandes Campilongo diz respeito aos “movimentos de protesto” e os “movimentos de desintegração”.

Os primeiros seriam movimentos que “não procuram os tribunais para fazer valer expectativas normativas”, mas ao contrário, “não creem em expectativas cognitivas nem em expectativas normativas”, alimentando “expectativas reativas”, desconsiderando “os outros” contra os quais se protesta. “Estão mais interessados em expor as feridas dos sistemas do que em tratá-las”.<sup>49</sup> São movimentos que, junto com o que Campilongo denomina de “movimentos de integração”, reagem “à sociedade diferenciada funcionalmente dizendo ‘não’ aos sistemas parciais”.<sup>50</sup> “Tomando-se por referência o sistema jurídico, criticam as limitações e perversões do código lícito/ilícito”.<sup>51</sup>

Já os segundos – movimentos de desintegração –, por sua vez, são movimentos que “acreditam na Constituição, por ingênuo que possa parecer”,<sup>52</sup> “não veem nela uma provocação: invocam-na com a expectativa de confirmar o que se espera do direito”.<sup>53</sup> Movimentos sociais de desintegração “lutam justamente pela afirmação dos critérios de validade que lhes convêm. Buscam um tipo de confirmação da ordem, ainda que por inovação”.<sup>54</sup> Isso porque se organizam no sentido de forçar “o direito a reagir juridicamente às disfunções

46 BOTERO, Esther S. *apud* MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Jun. 2010, p. 8658. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

47 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 79.

48 *Ibidem*, p. 133-134.

49 *Ibidem*, p. 65.

50 *Ibidem*, p. 103.

51 *Ibidem*, p. 65-66.

52 *Ibidem*, p. 65.

53 *Ibidem*, p. 65-66.

54 *Ibidem*, p. 91.

dos demais sistemas”.<sup>55</sup> “Em resumo, conflitos encampados por movimentos sociais de desintegração têm elevada disponibilidade para o consenso, a negociação e o compromisso”.<sup>56</sup>

A “crença na Constituição”, conforme evocada por Campilongo, é a contrapartida do movimento social ao reconhecer como válida a arena para os conflitos oferecida pelo sistema jurídico, ou seja, sua validade como contrapartida ao estabelecimento do sistema jurídico enquanto instância receptiva aos mais fracos e às minorias.

Cuida-se de convite aceito. Como se os tribunais dissessem: “se ninguém lhes dá ouvidos, nós o faremos”. E não fazem isso por caridade ou por ideologia. Os tribunais se auto-obrigam a conhecer e decidir os conflitos.<sup>57</sup>

Mesmo assim,

O sistema jurídico pode considerar as demandas lícitas ou ilícitas. Pode reprimir ou criminalizar os movimentos sociais. Pode não conhecer as demandas por falta de embasamento legal. Mas pode também oferecer interpretação nova e ampliação dos horizontes de possibilidades das estruturas jurídicas.<sup>58</sup>

Diante dessas possibilidades de posturas a serem adotadas pelos julgadores, há diferença clara entre os movimentos de integração e de desintegração.

Os movimentos de integração, ao contrário dos movimentos de desintegração, são conflitos onde ideias, verdades e valores são geralmente elevados ao altar de princípios, não são objeto de barganha, não admitem gradação nem preço. O movimento feminista não admite exploração das mulheres.

O movimento pacifista não tolera guerras. Movimentos culturais não abrem mão de sua identidade. Não há o que negociar. Assim, “restam duas possibilidades: simplesmente cessar o protesto ou maximizar o protesto”.<sup>59</sup>

Em qual desses tipos de movimentos, com base na Carta de resposta à decisão de primeira instância, podemos enquadrar a comunidade Pyelito Kue?

Com a decisão tomada de não saírem da área nem vivos nem mortos, mediante a postura de entender que “a própria Justiça Federal está gerando e alimentando violências” contra eles, nos parece que estão muito mais próximos de um movimento que pretende denunciar a parcialidade e desconfirmar a autoridade do Judiciário, ou ainda que não tem uma “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto.<sup>60</sup> Mais isso do que um movimento que tem disponibilidade para negociação e confiança depositada no sistema jurídico e no seu núcleo decisório.<sup>61</sup>

É importante frisar, neste momento, que entendemos a abordagem mais conflituosa da realidade para evocar justo tratamento jurídico a seus interesses. Quando Campilongo vai dizer dessa busca pelos movimentos de integração, os trata como parasitas que se acoplam ao hospedeiro com o intuito de se alimentar de suas energias,<sup>62</sup> ou ainda que tais movimentos sociais têm propostas temáticas utópicas, difíceis de serem processadas. Em outras palavras, indigestas.<sup>63</sup> Importa esclarecer que, a nosso ver, a comunidade Pyelito Kue nada mais fez do que forçar o direito a atualizar e alargar o seu “horizonte de possibilidades”,<sup>64</sup> caminhar para produzir novo sentido e reforçar o desempenho de sua função para a sociedade.<sup>65</sup>

59 *Ibidem*, p. 118.

60 *Ibidem*, p. 121-122.

61 *Ibidem*, p. 120.

62 *Ibidem*, p. 121.

63 *Ibidem*, p. 104.

64 *Ibidem*, p. 141.

55 *Ibidem*, p. 93.

56 *Ibidem*, p. 117.

57 *Ibidem*, p. 98.

58 *Ibidem*, p. 116.

**Isso porque, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,**

Está em causa a manutenção da auto-poiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. (...) A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria um tal sistema, o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, (...).<sup>66</sup>

Assim a rígida e inegociável postura do protesto da comunidade Pyelito Kue em face do problema levado a juízo é a postura de quem demanda de forma veemente que seu direito seja confirmado pelo Poder Judiciário, direito este que se apresentou como inalienável aos membros desta comunidade.<sup>67</sup> Assim, é como nos leciona Everton Lazzaretti Picolotto, baseado em Marcelo Silva:

Para Silva, na história da realização social destas orientações culturais, Tocaine observa que “paulatinamente a racionalização vai sendo identificada com as classes dirigentes que vão se tornando dominantes, enquanto a subjetivação é secundarizada e se torna instrumento de defesa e resistência das classes populares”. Dessa maneira, enquanto os dominantes cada vez mais enfatizam sua “função” de atores racionais que apenas realizam a lógica ‘natural’ do progresso científico e tecnológico modernizador”, os dominados, por sua vez, “resistem com o apelo a sua identidade e memória contra uma modernização que resulta na sua submissão e exploração”.<sup>68</sup>

Diante da ameaça de permanecerem no local até a morte, o Poder Judiciário não pode se furtar de decidir com base em tais fatos, compreendendo, no caso, em sede liminar, que a decisão contrária aos interesses dos membros da comunidade indígena levaria a consequências desastrosas que ultrapassam o debate sobre o mero direito posto em litígio.

O sistema jurídico, gostando ou não dos temas do protesto e do comportamento do parasita, deve reagir a eles. A instabilidade típica da sociedade e própria da variabilidade específica do sistema jurídico tem, nos dois temas, sinais de alerta, estímulos para a variação, motores que ativam novos estágios de complexidade social.<sup>69</sup>

Essa postura, a nosso ver, ao mesmo tempo em que não tem disponibilidade para negociação, e por isso não se enquadraria como movimento de desintegração, pois,

<sup>66</sup> GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese e Autoimunidade. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)

<sup>67</sup> O território ocupado pelos indígenas tem a denominação por eles de *Tekoha*, que significaria “o lugar físico onde se realiza o teko, o ‘modo de ser’, o estado de vida guarani”. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/guarani-kaiowa/552>>. Acesso:16 jun. 2013.

<sup>68</sup> PICOLOTO, Everton L. Movimentos sociais: abordagens clássicas e contemporâneas. *CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, ano 1, ed. 2, nov. 2007, p. 161-162. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/download/358/332>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

<sup>69</sup> CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 104.

conforme Campilongo, neste há cooperação na relação entre o sistema jurídico e o movimento social, também não pretende simplesmente debilitar o sistema, ou até mesmo uma simples busca por uma opção de voz, critérios estes específicos dos movimentos de integração. No máximo, consoante classificação do eminentíssimo jurista paulista, em face da expectativa em relação à decisão judicial, poderíamos enquadrar o protesto em questão na forma de “parasitismo” dos movimentos de integração, já que, ao adotar conduta apesar da decisão do judiciário, estaria criando uma descomprometimento com as decisões das organizações judiciais. Nas palavras de Campilongo:

A questão resume-se a dirigir um protesto mesmo a quem, no caso, não está disposto a ouvir, mas é obrigado a fazê-lo. (...) O sistema jurídico oferece roupagem à voz, sem cobrar lealdade. (...) Mas, no caso, não envolve a menor lealdade às organizações judiciais nem comprometimento com suas decisões. Não se trata da hipótese de “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto. A prontidão refere-se apenas ao protesto.<sup>70</sup>

Dito isto, entendemos o protesto da comunidade indígena como mais pendente para os movimentos de integração, tendo em vista a pretensão de ter o seu direito afirmado pelos tribunais sem possibilidade de negociação. Porém, também está munida de uma demanda concreta e fundamentada que talvez exija uma atuação mais energética em face da urgência da situação. Valem, assim, as palavras de Maria da Glória Gohn:

Concordamos com as antigas análises de Touraine quando afirmou que os movimentos são o coração, o pulsar da sociedade. Eles expressam energias de resistência ao velho que os opprime, e

fontes revitalizadas para a construção do novo. Energias sociais antes dispersas são canalizadas e potencializadas por meio de suas práticas em “fazeres propositivos”.<sup>71</sup>

É um movimento que tolera, afinal, somente uma decisão, qual seja, aquela em prol do seu reclame. É notório que a comunidade indígena em questão acabou por separar, de um lado, o movimento, e de outro, os tribunais e –conforme lhes parece –seus verdadeiros aliados.<sup>72</sup> A intenção do protesto em questão é somente ter seu direito de permanecer na região atendido, direito este que, confirmado ou não pelo Poder Judiciário, conforme explicitado na Carta, será protegido às custas inclusive da própria vida de seus membros. Esse foi o meio encontrado para lutarem em prol do que entendem como justo.

A postura é, afinal, aquela descrita por Céli Regina Jardim Pinto: “o espaço que ocupam, a opinião que buscam formar, é no sentido de angariar apoio para suas causas, transformar as suas causas em causas da sociedade”.<sup>73</sup>

Pode-se analisar a forma de protesto a partir da perspectiva de que “democracia é sinônimo de dissenso”<sup>74</sup> e que, justamente por isso, as liberdades garantidas pelo direito são utilizadas pelos movimentos sociais na intenção de permitir com que estes defendam o que entendem lhes ser de direito em face do Poder Judiciário –isso ao mesmo tempo em que é aberto o espaço para que os tribunais possam exercer a liberdade de decidir, nos limites impostos pelo direito.<sup>75</sup>

71 GOHN, Maria da G. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 14.

72 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 119.

73 PINTO, Céli Regina J. *Movimentos sociais 2011: estamos frente a uma nova forma de fazer política?* In: GOHN, Maria da G.; BRINGEL, Breno M. (Orgs.). *Movimentos sociais na era global*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 134.

74 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 96.

75 *Ibidem*, p. 97.

Assim, é como nos remete Mário Lúcio Quintão Soares: “não há como imaginar uma sociedade democrática sem manifestações divergentes, de seus diversos segmentos, tão salutares para alimentar o diálogo no jogo político”.<sup>76</sup>

A crítica nessa análise pode advir da noção de que a liberdade de decisão do Poder Judiciário fica limitada em face da postura adotada pelo movimento em questão, a partir do momento em que este expõe de forma midiática a incansável luta a que está disposto contra a decisão de primeira instância no processo aqui referido. Porém,

Mesmo quando atuam desse modo, ainda que de maneira não prevista ou indesejada, contribuem para o aguçamento da autorreflexão do direito, para expansão de sua capacidade de auto-observação e autocorreção de suas operações e, por fim, introdução de viabilidade no sistema jurídico.<sup>77</sup>

Isso pois, ainda conforme Quintão Soares,

Na organização da sociedade civil, as manifestações populares e os movimentos sociais ocupam posição relevante, principalmente os que assumem atitudes emancipatórias, ou seja, pelo fim de qualquer forma de opressão, exclusão e injustiça social.<sup>78</sup>

Conforme veremos, a Desembargadora Federal Cecilia Mello do Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou a promessa

<sup>76</sup> SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadode-direito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

<sup>77</sup> CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 35.

<sup>78</sup> SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadode-direito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

da comunidade indígena de se manter no local custe o que custar para prolatar decisão contrária àquela de primeira instância. Ficou claro por tudo que foi relatado na mídia e pela postura adotada pela comunidade que a situação da ausência de demarcação de terras já está no limite do insustentável.<sup>79</sup> Interpretar os enunciados e decidir sobre tal questão, mesmo que em sede liminar, a nosso ver, deve levar em consideração não só a letra da lei, mas também a situação fática em seu contexto, dotada de forte poder persuasivo em prol da manutenção dos índios na terra em litígio em sede liminar, situação esta que se agrava com a radical decisão da comunidade de permanecer na terra até a morte, independentemente da decisão judicial.

Dizemos isso partilhando da seguinte assertiva de Erika Macedo Moreira:

Portanto, a substância moral daquilo que se considera desenvolvido, justo e digno, chama a atenção para os limites da interação social e da efetivação das políticas de reconhecimento. Questão que se torna ainda mais latente quando envolve conflitos indígenas no âmbito do judiciário, uma vez que o acesso à justiça (e as concepções de justiça) se estabelece

<sup>79</sup> A título de exemplo, conferir em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1213216-funai-reconhece-terrass-da-etnia-guarani-caiova-em-ms.shtml>>; <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,fotos-mostram-luta-de-guaranis-kaiowas-por-sobrevivencia-na-beira-de-estradas,972567,0.htm>>; <<http://www.territorioeldorado.limao.com.br/noticias/not224195.shtml>>. Ainda, consoante Erika Macedo Moreira, “Conforme demonstra o Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – 2009, organizado pelo Centro Indigenista Missionário (CIMI), os índices de assassinato estão aumentando (sendo que o estado do Mato Grosso do Sul, corresponde a 54% dos casos), além de um grande número de outras violências e descasos – morte por desassistência à saúde, criminalização das lideranças e o impacto dos grandes empreendimentos, entre outros; demonstra e confirma a estreita relação entre os conflitos por terra e violência”. (MOREIRA, Erika M. *Judiciário brasileiro e costumes indígenas: por uma justiça pluralista e intercultural*. Congreso Internacional, VI, 2-6 de agosto de 2010, Lima. Lima, Brasil: RELAJU. 26 p. Português. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12617.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014, p. 21)

através de uma relação contraditória e ambígua, onde a relação com o Estado e o seu sistema jurídico é pautada pela necessidade de, ora, reconhecer e valorizar os costumes enquanto normatividade que orienta a resolução dos conflitos, e, ora, pela necessidade de recorrer à legalidade dos *brancos* para garantir a paz social no grupo.<sup>80</sup>

Em decisão conforme a estrita legalidade, na qual concedeu, em primeira instância, o pedido liminar em desfavor da comunidade dos Pyelito Kue, o Juiz Federal Sergio Henrique Bonachela fundamentou conforme o seguinte:

Também não constitui objeto deste processo a apreciação, valoração ou qualificação de quaisquer atos, violentos ou não, praticados em defesa da posse do autor. É relevante para o deslinde desta causa saber, unicamente, se a propriedade objeto do pedido tinha um efetivo possuidor e se, em caso positivo, ele está sofrendo esbulho, turbação ou ameaça por parte de outrem.<sup>81</sup>

Argumenta, ainda, que

Nesse sentido, *não pode ser acolhida a manifestação de que a lei não deve ser aplicada, sob o pretexto de que uma ordem liminar poderia agravar a situação e deflagrar um conflito, afetando mulheres, crianças e enfermos.* Ao contrário, é o império da lei – impensoal, geral e isonômica – que pode evi êm (sic) uma compreensão diferente sobre a necessidade de acatamento aos poderes constituídos, cabe aos órgãos de

assistência esclarecê-los e contê-los, sob pena de quebra da ordem jurídica e da ocorrência incontrolável de conflitos que facilmente redundam em uso da violência, da qual eles próprios, sendo a parte envolvida mais vulnerável, sempre são os mais prejudicados. (destaque nosso)<sup>82</sup>

Diz, ainda, ser inútil

(...) tentar reprimir atos de violência em matéria que exalta tanto os ânimos, como é a da posse da terra, considerando a irreversibilidade das consequências de tantos casos de conflitos que resultam, em vezes tão incontáveis quanto lamentáveis, em ferimentos graves e até mortes.<sup>83</sup>

Importa contrapormos tal decisão àquela da Desembargadora Cecilia Mello do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, que concedeu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da comunidade indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região.

De forma bem diferente, já após a Carta da comunidade ter sido publicada, fundamenta sopesando a ciência de que os índios “colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura” e que, dessa forma, “há notícias críveis de que a comunidade indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.”

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, *omissão essa que obriga o Poder Judiciário*

80 MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: Jun. 2010, p. 8666. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

81 Justiça Federal da 3<sup>a</sup> Região, Processo 0000032-87.2012.4.03.6006, 1<sup>a</sup> Vara de Naviraí/MS, Juiz Federal Sergio Henrique Bonachela.

82 *Ibidem.*  
83 *Ibidem.*

*a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos (...). Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la. A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore. Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem. (destaque nosso)*<sup>84</sup>

Partilhamos das palavras de Paulo Ferreira da Cunha, conforme trazida à baila por Thiago Lopes Matsushita ao discorrer sobre o jus-humanismo normativo, corrente a qual nos filiamos:

Mas não basta pensar. É preciso agir. Perante a barbarização da aplicação do direito – a tantos níveis, mas sobretudo os burocráticos, do direito dos capatazes, dos mangas de alpaca, dos que rejubilam com a sua nesga de poder – o jurista pensante não pode acomodar-se na lamentação. Tem que fazer pedagogia, explicar que o Direito não é só nem sobretudo o poder, a lei não é só o regulamento, que a letra está muito aquém do espírito, que há normas não escritas, que há direito consuetudinário, que os princípios jurídicos existem, que há normas gerais, que há normas supletivas, que a equidade serve para alguma

coisa, e que a Constituição é norma das normas, e tem aplicabilidade directa em muitos casos (...) Isso para nem falar em Direito natural, que seria já, em muitos casos, um desperdício igual ao de margaridas ante porcos (...).<sup>85</sup>

A nosso ver, aí se encontra a diferença entre as duas decisões judiciais. A de primeira instância reflete um pensamento que desvincula a aplicação da norma jurídica ao seu contexto prático, realizando a subsunção do fato à norma sem considerar o longo período de luta dos Pyelito Kue em se manter na posse da terra objeto do litígio. Apesar de discorrer dizendo que “cabe ao órgão de assistência aos índios promover, sem mais demora, os estudos tendentes à demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas naquela região”, entende inclusive ser “irrelevante para o deslinde da questão a afirmativa de que a posse dos índios sobre a região debatida remonta a tempos imemoriais”.

Diante da repercussão do suposto anúncio de suicídio, a Conselho Indigenista Missionário (Cimi) interveio com uma nota de esclarecimento na terça-feira: “Os Kaiowá e Guarani falam em morte coletiva (o que é diferente de suicídio coletivo) no contexto da luta pela terra, ou seja, se a Justiça e os pistoleiros contratados pelos fazendeiros insistirem em tirá-los de suas terras tradicionais, estão dispostos a morrerem todos nela, sem jamais abandoná-las. Vivos não sairão do chão dos antepassados.”<sup>86</sup>

É considerando a ameaça dos índios exposta pela Carta e buscando alcançar uma paz na região, que a Desembargadora decide

<sup>84</sup> MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade.* Tese – PUC/SP, 2012, p. 24.

<sup>86</sup> CARNEIRO, J. D. Carta sobre “morte coletiva” de índios gera comoção e incerteza. *BBC Brasil.* 24 out. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121024\\_indigenas\\_carta\\_coletiva\\_jc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121024_indigenas_carta_coletiva_jc.shtml)>. Acesso em: 11 fev. 2014.

<sup>84</sup> TRF 3<sup>a</sup> Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

por proteger valores como a manutenção da vida e da ordem. Ao citar trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça,

(...) clama a observância ao *princípio da adequação judicial*, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, (...) pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobreponem aos interesses das partes.<sup>87</sup>

A nosso ver, a Desembargadora levou em consideração a necessidade de se ponderar o fato e seu relativo contexto com a hipótese de incidência correta a ser subsumida, enquanto que a decisão de primeira instância desconsiderou a questão contextual com fim de analisar estritamente o fato e a norma a que se remete. Não nos parece, pela fundamentação do Juiz Federal, que seu julgado seria alterado na essência da decisão mesmo se antes já houvesse sido divulgada uma carta com conteúdo aparente, ou seja, que demonstrasse o comprometimento dos índios em permanecer na terra mesmo diante da iminência de um conflito que dizimasse a comunidade. Já a Desembargadora, com esse novo fato, adotou postura em considerar mais do que a dignidade humana dos índios, mas sim o



87 TRF 3<sup>a</sup> Região, AI 0029586-43.2012.4.03.0000/MS, Segunda Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, j. 30/10/2013, e-DJF3 05/11/2012.

direito à vida e a respectiva urgência em se indeferir o pedido liminar diante do contexto do caso concreto. Tal decisão remete a uma interpretação do direito que vai ao encontro de uma hermenêutica jus-humanista normativa e de aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando não só o texto da lei, mas também a doutrina, a jurisprudência e os direitos humanos.

Isso porque, conforme Thiago Lopes Matsushita,

(...) o jus-humanismo normativo prevê que a decisão mais justa é aquela que acontece da intersecção do texto com o meta-texto e o intra-texto que, em outras palavras, quer dizer que é da interconexão entre o direito positivo, com os direitos humanos e o realismo jurídico é que se chegará à decisão que trará a verdade.<sup>88</sup>

Assim, neste sentido, cabem as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

Ainda com relação ao modo de aplicar corretamente o princípio da proporcionalidade, para encerrar essa ligeira apresentação dele, vale ressaltar que, assim como ele pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, notadamente naquelas com a natureza de um princípio fundamental, também requer um procedimento decisório, a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados. Tal procedimento deve ser estruturado – e, também, institucionalizado – de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça que é imanente ao princípio com o qual nos ocupamos. *Especial atenção*

88 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade.* Tese – PUC/SP, 2012, p. 166.

*merece, portanto, o problema do estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida.* (destaque nosso)<sup>89</sup>

Por isso é que, em outro momento, Guerra Filho vai discorrer que:

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer, pelo direito, é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito. Isto ocorre principalmente pela “ponderação” (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*).<sup>90</sup>

Desta forma, cabe agora apresentarmos brevemente a teoria jus-humanista normativa e a aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante linha de pesquisa adotada por Thiago Lopes Matsushita.

### 3. Breve análise da teoria jus-humanista normativa.

Conforme nos leciona Matsushita,

O jus-humanismo normativo é uma teoria de filosofia do direito, que a princípio, foi criada para a sistematização

do direito econômico, mas que, por sua característica universal e transversal deve ser aplicada como Teoria Geral do Direito, porque sem dúvida produz a melhor solução jurídica possível entre a multiplicidade das soluções conforme cada uma das visões filosóficas do direito.

Em outros dizeres, a teoria jus-humanista normativa tem como objetivo claro a inquestionável satisfação universal do ser humano, no que é correspondente à dignidade da pessoa humana em suas dimensões objetivas de democracia e paz. Baseando-se sempre nos Direitos Humanos imanentes da sociedade fraterna, que é expressão secular da alma divina que pauta a fé cristã de que mais do que iguais, somos irmãos.<sup>91</sup>

O jus-humanismo normativo busca adensar, na interpretação e aplicação do direito, o realismo jurídico, ao jus-positivismo e aos direitos humanos, a fim de adotar uma postura mais integral de todo o direito para uma decisão que tenha em seu bojo a busca pela concretização do direito objetivo da dignidade da pessoa humana. Para tanto, adota a teoria de Eduardo García Maynes, “que numa visualização é dada pela intersecção de três círculos, onde o primeiro deles é o direito positivo, o segundo o direito natural e o terceiro é dado pelo realismo jurídico”.<sup>92</sup>



(MATSUSHITA, 2012, p.179)

89 GUERRA FILHO, Willis S. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 117. Apud MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 187.

90 GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese e autoimunidade. *Jornal Estado de Direito*. Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

91 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 27.

92 *Ibidem*, p. 179.

Esta figura representa sete possíveis soluções ao caso concreto, onde, para o jus-humanismo normativo, a mais correta será aquela do momento da intersecção dos três círculos, ou seja, onde são considerados concomitantemente o realismo (considerando também, neste âmbito, a doutrina, consoante Matsushita), os direitos humanos e o direito positivo.

Importante esclarecer que tal teoria partilha do viés do culturalismo jurídico que,

(...) deve ser entendido “como uma concepção do direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em razão dos graus de evolução social”. Reale admite que o culturalismo “se concilia plenamente com a ideia de um Direito Natural conjectural”. Isso significa, como bem percebeu Adeodato, que “Reale defende algo mais do que a verdade intradiscursiva. Não esconde a pretensão de ter a conjectura abrindo caminho para um conhecimento mais firme do que ela própria, na direção de uma certeza peculiar às ciências”<sup>93</sup>

Partindo da teoria quântica para explicar que há um elemento comum a tudo e a todos, da cosmologia da teoria do *Big Bang*, denominado também de “partícula de Deus”, “baseando-se sempre nos Direitos Humanos imanentes da sociedade fraterna, que é expressão secular da alma divina que pauta a fé cristã de que mais do que iguais, somos irmãos”<sup>94</sup>, Sayeg e Balera vão afirmar que

Analisada a ordem jurídica sob este prisma quântico percebe-se que, sendo

matéria e energia dois aspectos de um único elemento essencial, que varia conforme a densidade, há que relacionar-se o direito positivo à matéria, os direitos humanos à energia e o realismo à densidade. Sob esta perspectiva, Telles Jr. afirmou que o “direito natural é sempre o direito positivo”. Assim, o método quântico confirma que a composição elementar da norma jurídica positivada é o direito natural sedimentado, e que os direitos humanos constituem o direito natural universalmente admitido.<sup>95</sup>

Os direitos humanos, o realismo e o direito positivo vão se integrar na norma a partir do que Sayeg e Balera chamam de princípio da complementariedade, onde:

(...) aplicando de forma complementar o raio de eficácia do direito positivo (texto) ao raio de eficácia dos direitos humanos (intratexto) e com a indispensável adequação mediante o raio de eficácia do realismo jurídico (metatexto), a intersecção das três esferas de efetividade dará resposta adequada ao caso concreto – sem paralelismo e sem sobreposição, mas com sincronismo e sinergia.<sup>96</sup>

Adota, por fim, para a aplicação do direito, o pressuposto da Lei Universal da Fraternidade, que diz respeito à máxima de que “a inteligência humana há que aplicar a norma não escrita no núcleo da essência elementar daquela que dispõe a lei positiva, a fim de garantir que se faça o bem e se evite o mal”<sup>97</sup>. Tal máxima implica:

(...) a concretização universal dos direitos humanos em todas as suas dimensões, com vistas à satisfação da dignidade da pessoa humana. Sua

93 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 105.

94 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 27.

95 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 120-121.

96 *Ibidem*, p. 123.

97 *Ibidem*, p. 123.

lógica impositiva é a de que o planeta será tanto melhor quanto maior e mais abrangente for a real concretização multidimensional daqueles direitos e o respeito a esta dignidade, o que não significa paternalismo ou demagogia.<sup>98</sup>

Os direitos humanos nada mais são, afinal, do que os direitos compartilhados universalmente por toda a humanidade, tanto plural como globalizada. Cabem as palavras de Dardo Scavino:

Así entendido, un mundo es un conjunto de significaciones, de saberes, de valores, de gustos, de certezas: una pre-interpretación o una “pre-comprensión”, como la llamaba Heidegger. De ahí que para este filósofo no habitamos un territorio natural, como los animales, sino un mundo, un lenguaje o una cultura. El “espíritu de un tempo” (...).<sup>99</sup>

Neste sentido, Sayeg e Balera teorizam a forma ideal para a aplicação de tal Lei Universal pelos julgadores:

A sabedoria do povo aponta seis passos para a aplicação da Lei Universal da Fraternidade, os quais devem ser percorridos pelo magistrado no exercício da prestação jurisdicional. São eles: (1) considerar todas as partes envolvidas, tendo em mente que são pessoas humanas, revestidas de dignidade; (2) buscar perceber a aflição em que se encontram diante do caso concreto; (3) ouvir, com atenção, a versão e as razões de cada uma delas; (4) colocar-se na situação em que elas se encontram; (5) interagir com elas; e (6) aplicar a decisão mais fraterna, que será a que satisfaça a dignidade de todas as pessoas envolvidas, sendo misericordioso onde houver miséria.<sup>100</sup>

98 *Ibidem*, p. 94.

99 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 41.

100 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 127.

#### **4. Princípio absoluto da proporcionalidade.**

Conforme já foi dito no final do capítulo primeiro do presente artigo, as normas jurídicas não deixam de ser promessas internalizadas pelo sistema jurídico, com a função de gerar estabilidade, segurança (expectativa de cumprimento) quanto às regras consentidas por uma determinada sociedade. Gerar esses sentimentos e o cumprimento das regras é o que garante a dimensão perlocucionária das normas jurídicas, ou seja, sua eficácia na produção de respostas conforme a intenção da norma.<sup>101</sup>

Na lição de Paulo de Barros Carvalho, acompanhada por Thiago Lopes Matsushita, temos que:

Lembremo-nos que o direito é algo extremamente complexo, abrangendo, a um só tempo, (i) uma linguagem prescritiva, (ii) *um substrato sociológico expresso pela vida comunitária que manifesta seu consentimento em relação àquela linguagem* e (iii) um aspecto axiológico, sua dimensão de idealidade, imanente à natureza de objeto cultural. (destaque nosso)<sup>102</sup>

O direito, como diz Celso Fernandes Campilongo, tem muita relação com as seguintes “reações funcionais ao longo do tempo” ou “expectativas normativas”: “reações de desconformidade com o ocorrido, tendentes à não aceitação dos fatos e à manutenção do teor inicial da promessa, do ajuste ou da regra”.<sup>103</sup>

101 Intensão da norma considerando que “toda norma jurídica, enquanto significação prescritiva (voltada à finalidade de disciplinar condutas), traz um valor, devido à força com que o dado axiológico está presente na linguagem do direito.” (CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 511)

102 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 172-173.

103 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 74.

Tanto o direito como os movimentos sociais encadeiam expectativas normativas. Porém, no direito, fala-se de uma função de “generalização congruente de expectativas normativas”, que são atreladas a limites de variedade normativa (constitucionalidade, legalidade...), codificação comunicativa específica (conformidade/desconformidade face ao direito) e programas de comunicação do tipo condicional (hipótese/consequência; se/então; ilícito/sanção);<sup>104</sup> enquanto que nos movimentos sociais fala-se de “expectativas normativas generalizadas congruentemente”, “que esbarram na concretização incompleta, deficiente ou irrealizável”,<sup>105</sup> apesar de nada disso descharacterizar a índole jurídica da expectativa, revelando problemas de operacionalização interna do sistema jurídico.<sup>106</sup>

Protesta-se, por exemplo, em razão da ineficácia de direitos inquestionavelmente válidos. Protesta-se, também, pela afirmação de uma interpretação alternativa ou original de direitos controvertidos, ambíguos ou situados numa zona de “penumbra”. (...) Em todas essas situações, quando o protesto dos movimentos sociais é levado aos tribunais, submete-se às exigências temporais, sociais e materiais do procedimento judicial.<sup>107</sup>

Os princípios têm um papel primordial nessa função de garantir expectativas. Isso porque “aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.<sup>108</sup>

(...) princípio é palavra que frequenta com intensidade o discurso filosófi-

co, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. (...) tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados).<sup>109</sup>

Assim, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*.<sup>110</sup> (destaques do original)

Os princípios podem ser divididos em implícitos e explícitos. Explícitos são aqueles em que logra “o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação”<sup>111</sup>. Implícitos, por sua vez, são aqueles que “ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitio indutivo para percebê-los e isolá-los”.<sup>112</sup>

Cabe porém salientar, pelas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho, que

Tal distinção entre princípios expressos e implícitos, no entanto, (...) deve ser adotada com a devida advertência, já que todo enunciado assim o é porque comporta uma significação e toda significação é implícita (...). Nestes termos,

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>110</sup> SILVA, Virgílio A. da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25. *Apud* MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 181.

<sup>111</sup> CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 266-267.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>108</sup> CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 266.

chamamos de “princípios expressos” aquelas significações (proposições), construídas a partir dos textos do direito positivo que, quando enunciadas, correspondem identicamente a algum enunciado jurídico e “princípios implícitos” aquelas significações que, quando enunciadas, não demonstram tal correspondência, justamente por serem construídas a partir de um conjunto de enunciados jurídicos.<sup>113</sup>

Princípio, pois, “é o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influindo vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.<sup>114</sup>

As Constituições modernas, nas palavras de Campilongo, “incorporam múltiplas visões de mundo. Manter o pluralismo significa não se definir por nenhuma delas”.<sup>115</sup> Acrescentamos que significa também, por outro lado, na nossa perspectiva, se definir por todas elas. Plural tendo em vista que a própria Constituição Federal estabelece no seu artigo 231 que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Daí a importância do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade está no ordenamento jurídico na forma implícita, “pela abertura sistemática permitida pelo art. 5º, §2º, conforme estudo feito por Willis Santiago Guerra Filho”,<sup>116</sup> e é princípio que se presta a adensar, proporcionalmente, no caso concreto, todos os princípios e regras que se encontrem em hipótese de colisão, não permitindo a supressão de quaisquer direitos no conflito de normas. Se difere do princípio da

razoabilidade no sentido de que neste não há a compatibilização, mas sim a opção por determinado princípio ou regra para a aplicação concreta do direito. São duas posturas em face do direito e do objeto da lide opostas, sempre tendo em vista que “princípios colidentes são invocados, e o sistema jurídico não pode se furtar a decidir sobre esses conflitos”.<sup>117</sup>

Em Matsushita,

Com efeito, a linha que a proporcionalidade tem característica própria que não permite a supressão de qualquer direito no conflito de normas, mas sim a sua condensação, compressão, sem exclusão nenhuma. Diante disso a possibilidade de se confundir a proporcionalidade com a razoabilidade é muito tênue, pois é desse confronto que o direito pode ou não ter a sua melhor solução possível ao caso.<sup>118</sup>

Para Matsushita, opção da qual compartilhamos, o princípio da proporcionalidade carrega consigo o adjetivo de absoluto. A nosso ver, além dos argumentos elencados pelo autor em sua tese de doutorado, também porque cabe elevá-lo ao *status* de um princípio epistemológico-jurídico, pois “colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do direito”,<sup>119</sup> já que a tarefa cognoscente depende de tal princípio, pela própria pluralidade de opções axiológicas do sistema jurídico, como instrumento para se sopesar regras e demais princípios e adensá-los na forma deontica final, ou seja, na norma jurídica *stricto sensu*, na compatibilização com a conduta intersubjetiva em questão.

Sobre seu sentido “absoluto”, Matsushita leciona que

<sup>113</sup> CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 508.

<sup>114</sup> CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 261.

<sup>115</sup> CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 91.

<sup>116</sup> MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 188.

<sup>117</sup> CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 91.

<sup>118</sup> MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade*. Tese – PUC/SP, 2012, p. 190.

<sup>119</sup> CARVALHO, Paulo de B. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 259.

A proposta de se usar a terminologia “absoluto” para o princípio da proporcionalidade vem da importância e necessidade de transmitir a sensação de equivalência entre o princípio da proporcionalidade com a dignidade da pessoa humana.

(...)

Mas aqui o absolutismo defendido tem no seu âmago a ideia de que não prevalecerá qualquer direito sobre o outro mas sim a sua compatibilização com a preservação, mesmo que seja em uma mínima parte, de todos os direitos envolvidos, pois a defesa é pelo absoluto, mas o absoluto da proporcionalidade.<sup>120</sup>

O princípio absoluto da proporcionalidade leva o julgador não somente a sopesar regras e princípios para a decisão da lide, mas também a adensar todos eles em sua decisão, na busca incessante de garantir aplicabilidade a todos, a partir do momento em que todos têm validade e devem ser aplicados no caso concreto.

## 5. Conclusão.

A garantia das expectativas normativas, inerente ao sistema jurídico, clama pelo princípio absoluto da proporcionalidade, pois a promessa, dimensão perlocucionária do sistema, demanda atenção ao adensamento de todos os reclames da sociedade, clamores estes incorporados no ordenamento jurídico pátrio e convolados pelo intérprete na forma de normas jurídicas. Importa salientar que a sociedade está em permanente mudança, sua dinamicidade axiológica é intrínseca e carrega consigo valores surgidos com o passar do tempo de maturação da sociedade democrática contemporânea, valores estes que não devem ser deixados a segundo plano. Tais valores, muitas vezes, não são incorporados ao direito positivado simplesmente porque a estrutura

jurídica da sociedade não é capaz de acompanhar a mutação intrínseca da própria sociedade, complexa, plural e dinâmica da qual fazemos parte. Daí a necessidade de revelarmos e incorporarmos ao trabalho hermenêutico os direitos humanos que, apesar de não positivados, “estão encapsulados no intratexto do direito positivo, demonstrando o destino a ser perseguido pela eficácia da positivação no que tange à satisfação da dignidade humana e planetária, via de consequência revelando o jus-humanismo normativo”.<sup>121</sup>

A importância dos movimentos sociais é singular na busca por transformações no próprio direito. Adotam posturas muitas vezes radicais que exigem uma releitura do sistema jurídico e de decisões adotadas que se conformam no ambiente de manutenção da ordem e de segurança jurídica, e provocam um exercício de interpretação pragmática do texto legal, que analise a lide mediante o contexto de luta constante a que estão naturalmente submetidos.

Isto posto considerando também que vivemos uma época em que a polarização política e o radicalismo são evitados pelos sistemas em prol da condição de uma maior estabilidade política e em nome da segurança jurídica, a fim de supostamente se manter um compromisso com a democracia. O esvaziamento do espaço jurídico como instrumento transformador, para um acordo de manutenção do status quo, é o que pregam vertentes negadoras do debate sobre o ativismo judicial. Dizemos isso pois, a nosso ver, tal debate é inócuo se tomamos como ponto de partida a teoria jus-humanista normativa que pressupõe os direitos humanos como eminentemente judicializáveis (já que são direitos) e geradores de instâncias de produção normativa onde, em conflito com as normas positivadas, chegam a prescindir destas para a sua efetiva concretização. Muitas vezes a de-

120 MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade.* Tese – PUC/SP, 2012, p. 191-193.

121 SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico.* Petrópolis: KBR, 2011, p. 5.

finição de ativismo judicial abrange decisões que meramente reafirmam os direitos humanos em prol do direito objetivo da dignidade da pessoa humana.

Os movimentos sociais, inseridos neste contexto de esvaziamento do espaço jurídico (e porque não dizer, também do político), com menos espaço para contestação, terminam por cristalizar o sentimento de que nada ou muito pouco pode ser modificado na realidade contemporânea, o que termina, afinal, por fortalecer o conformismo há décadas estruturado em nosso país mediante poderosos instrumentos reafirmadores do individualismo e da descrença no poder judiciário enquanto concretizador dos direitos humanos.

Afinal, definir os movimentos de integração como movimentos que não estão abertos à contingência inerente às decisões judiciais, já que não têm uma “prontidão generalizada” em relação a decisões de conteúdo incerto, conforme dito acima, nos parece que toca diretamente a definição da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann sobre o conceito de legitimidade. Isso porque, para este autor, consoante Adeodato,

A legitimidade passa a ser vista como prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma (...) ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de *decepção rebelde* só que esta não é, de fato realizada”. (...) “A lei de uma sociedade se torna positiva, quando se reconhece a legitimidade da pura legalidade, isto é, quando a lei é respeitada porque feita por decisão responsável de acordo com regras definidas (...), e adiciona que, nesse caso, “enquanto questão central da coexistência humana, a arbitrariedade torna-se uma instituição”. (destaque nosso)<sup>122</sup>

<sup>122</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

Assim, ainda em Adeodato,

(...) o ideal é legitimar-se neutralizando as decepções, mas é também preciso ter os meios de violência para fazer valer as diretrizes institucionalizadas oficialmente. Uma vez que a neutralização dos descontentes é conseguida pela generalização e difusão das decepções sofridas, é preciso que o aparato estatal impeça a organização dessas decepções: *uma associação daqueles que se sentem prejudicados pela justiça, por exemplo, apresenta perigo para a legitimação pelo procedimento.* (destaque nosso)<sup>123</sup>

Essa postura teórica nos lembra os dizeres do cientista político Robert Putnam sobre o liberalismo clássico do início do século XIX:

Inspirados na rigorosa doutrina do *laissez faire*, os governos liberais da França, Itália e de outros países aboliram guildas, dissolveram entidades religiosas e desencorajaram a formação de quaisquer “combinações” sociais ou econômicas semelhantes. Para impor essa nova ordem, as autoridades francesas e italianas mantinham sob rígida vigilância (e não raro tentavam extinguir) até mesmo as mais inócuas manifestações de sociabilidade organizada (...).<sup>124</sup>

A “decepção rebelde”, no caso da postura da comunidade Pyelito Kue, acabou se configurando factualmente, numa condição que deslegitima o Poder Judiciário enquanto instância decisória, delimitando a decisão ou em prol do acatamento do direito ora reclamado, ou numa luta sanguinária que levará à extinção da comunidade.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>124</sup> PUTNAM, Robert D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 148. *Apud* CAVALCANTI, Rodrigo de C. *Capital social e democracia na perspectiva da escola do capitalismo humanista*. In: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Maringá: Jul. 2009, p. 4402. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/17\\_1434.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/17_1434.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

A promessa, sendo este o pressuposto de legitimidade por nós acatada, se confundida com o consenso em relação ao direito positivo, se mostra, neste caso, relativizada pelos indígenas. Por isso entendemos, como mostra o caso concreto, que a dimensão comissiva do sistema jurídico deve ser compreendida como diretamente ligada à observância dos direitos humanos pois é, afinal, condição sine qua non para o alcance da finalidade última do Direito, qual seja, a garantia aos seus destinatários do direito objetivo da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como nos mostra Dardo Scavino, “ni siquiera es evidente que la democracia pueda reducirse a la comunicación y el consenso”.<sup>125</sup> Conforme suas palavras,

Éstos pueden ser factores de convivencia no-violenta, es cierto, y hasta contribuir a la armonía social, como suele decirse. Pero sería erróneo, incluso peligroso, confundir esa armonía con la democracia. El propio Vattimo lo reconoce cuando sostiene que “las dictaduras modernas le dan un lugar cada vez más importante a las técnicas de organización del consenso”, ya que el “poder de dominación, si pasa por el consenso, es más seguro y estable”.<sup>126</sup>

Uma decisão, que fosse em prol da manutenção da liminar no caso concreto ao qual fazemos referência, seria o mesmo que requerer a extinção da comunidade Pyelito Kue, resultado do combate direto entre a força policial, responsável por fazer cumprir o referido mandado, e os indígenas. Tal decisão se apoiaria, afinal, na crença sobre o direito positivo como a solução definitiva para o conflito litigioso, sendo que este se resumiria à aplicação da lei sem uma interpretação que levasse em consideração valores não positivados e que pressupõem uma ética da tolerância e da compreensão do contexto de guerra a que está disposta tal comunidade indígena. Tal crença nos remete à significativa afirmação de Michel Foucault, consoante assertiva de Dardo Scavino:

“la prueba decisiva para los filósofos de la Antiguedad era su capacidad para producir sábios; en la Edad Media, para racionalizar el dogma; en la época clásica, para fundar la ciencia; en la época moderna, es su aptitud para justificar la masacres”. Los primeros, concluye este filósofo, “ayudaban al hombre a soportar su propia muerte, los segundos, a aceptar la de los otros”.<sup>127</sup>

125 SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas.*  
2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010, p. 233.

126 *Ibidem*, p. 233.

127 *Ibidem*, p. 168.

## Referências bibliográficas.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, Aurora T. de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico.* 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de B. *Curso de direito tributário.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário, linguagem e método.* 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALCANTI, Rodrigo de C. Capital social e democracia na perspectiva da escola do capitalismo humanista. In: *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI.* Maringá: jul. 2009. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/17\\_1434.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/17_1434.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

GOHN, Maria da G.; BRINGEL, Breno M. (Orgs.). *Movimentos sociais na era global.* Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. (Org.) *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais.* Petrópolis: Vozes, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUERRA FILHO, Willis S. Autopoiese e autoimunidade. *Jornal Estado de Direito.* Porto Alegre, 17 abr. 2013. Disponível em: <[http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29](http://www.estadodedireito.com.br/2013/04/17/autopoiese-e-autoimunidade/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+estadodedireito+%28Jornal+Estado+de+Direito%29)>. Acesso em: 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Filosofia: uma introdução.* Teresópolis: Daimon, 2009.

MARON, Miguel; MENDES, Marina S. *Salvemos os índios Guarani-Kaiowá - Urgente!* Avaaz.

org. Petições da comunidade. 15 out. 2012. Disponível em: <[https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos\\_os\\_indios\\_GuaraniKaiowa\\_URGENTE/?atsQccb&external](https://secure.avaaz.org/po/petition/Salvemos_os_indios_GuaraniKaiowa_URGENTE/?atsQccb&external)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

MATSUSHITA, Thiago L. *O jus-humanismo normativo: expressão do princípio absoluto da proporcionalidade.* Tese – PUC/SP, 2012.

MOREIRA, Erika M. Política de reconhecimento e direitos indígenas: mapeando conflitos no judiciário brasileiro. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.* Fortaleza: jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3893.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Judiciário brasileiro e costumes indígenas: por uma justiça pluralista e intercultural.* Congreso Internacional, VI, 2-6 de agosto de 2010, Lima. Lima, Brasil: RELAJU. 26 p. Português. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12617.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

“MORREREMOS por nossa terra”, dizem índios guarani-kaiowá. *Portal IG Último Segundo*, 31 out. 2012. Disponível em: <<http://ultimossegundo.ig.com.br/brasil/2012-10-31/morreremos-por-nossa-terra-dizem-indios-guarani-kaiowa.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PICOLOTTO, Everton L. Movimentos sociais: abordagens clássicas e contemporâneas. *CSOnline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, ano 1, ed. 2, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php/csonline/article/download/358/332>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico.* Petrópolis: KBR, 2011.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas.* 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Q. A perversa criminalização dos movimentos sociais. *Jornal Estado de Direito.* Porto Alegre, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/24/a-perversa-criminalizacao-dos-movimentos-sociais/>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

# A duplicata virtual em perspectiva



**Leonardo Netto Parentoni**

Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Especialista em Direito Processual Civil pela UnB. Procurador Federal. Professor de Direito Empresarial da UFMG e do IBMEC/MG.

**RESUMO:** Este texto aborda as duplicatas virtuais, enfocando sua evolução histórica no Brasil, desde o início do século passado, quando os comerciantes começaram a colher a assinatura dos clientes, na segunda via das faturas, passando pela evolução doutrinária e legislativa do tema, o mecanismo de circulação escritural do crédito, culminando nas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que pacificaram a executoriedade das duplicatas virtuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** títulos de crédito; duplicata virtual; crédito escritural.

**ABSTRACT:** This paper discusses the electronic trade notes in the context of Brazilian market, focusing on its historical evolution, since the beginning of the past century, when merchants started to take the customers signature on the duplicate of the bills, going through the evolution of doctrine and legal system, the mechanism of book entry credits, culminating with the recent judgments by Brazilian Superior Tribunal de Justiça, that have confirmed the possibility of judicial enforcement of electronic trade notes.

**KEYWORDS:** negotiable instruments; electronic trade notes; book entry credits.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução e delimitação do tema. 2. Brevíssimo histórico das duplicatas no Brasil: da cartularidade em papel ao crédito escritural eletrônico. 3. Principais disposições legais quanto à cobrança das duplicatas. 4. As duas grandes correntes da doutrina brasileira. 5. O papel da jurisprudência culminando na uniformização pelo STJ. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução e delimitação do tema.

**A**o atribuir interpretação contemporânea ao princípio da cartularidade dos títulos de crédito, legitimando o crédito escritural, mais especificamente no contexto da chamada duplicata virtual, o Superior Tribunal de Justiça demarcou, no ano de 2011, o fim de uma longa, sinuosa e polêmica caminhada, que se iniciara ainda na década de 80, com os primeiros escritos de Newton De Lucca. Assim como qualquer edifício não pode ser erguido a partir dos andares mais altos, demandando antes uma sólida e consistente fundação, também o entendimento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça foi fruto de demorada construção histórica.

O objetivo deste texto não é rediscutir o tema, já por demais debatido, mas sim registrar sua evolução, colocando-o em perspectiva. Ou seja, com os olhos de hoje, demarcar quais foram as principais fases históricas do assunto e o que se pode esperar do futuro, quanto à desmaterialização dos títulos de crédito.

## 2. Brevíssimo histórico das duplicatas no Brasil: da cartularidade em papel ao crédito escritural eletrônico.

O surgimento da duplicata – como costuma acontecer com grande parte dos institutos de Direito Comercial – é fruto da práxis mercantil.<sup>1</sup> Somente em época posterior veio a ser formalmente regulado pelo Direito. Podem-se divisar, na visão deste

autor, *quatro fases evolutivas*<sup>2</sup> desse título de crédito, as quais serão brevemente descritas a seguir.<sup>3</sup> Antes, porém, é preciso delimitar o que se considera por duplicata. Para tanto são citadas duas definições, uma sintética e outra mais analítica:

A duplicata mercantil é um título de crédito contendo cláusula à ordem, que se caracteriza por documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador, identificado como sacado. O seu criador, que é o comerciante vendedor (ou prestador de serviços), vincula-se à obrigação por promessa indireta. Tem como causa uma transação de natureza mercantil; mas, destinando-se à mobilização de capital, cuja provisão repousa no valor das mercadorias objeto de negócio subjacente e indicadas na correspondente fatura, desliga-se no entanto, da sua causa geratriz pelo endosso ou pelo aceite.<sup>4</sup>

A duplicata é título de crédito formal, impróprio, causal, à ordem, extraído por vendedor ou prestador de serviços, que visa a documentar o saque fundado sobre crédito decorrente de compra e venda mercantil ou prestação de serviços, assimilada aos títulos cambiais por lei, e que tem como seu pressuposto a extração da fatura.<sup>5</sup>

1 FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237-238. “A prática reiterada e disseminada de atos dá origem a comportamentos socialmente típicos ou à ‘tipicidade social’ e, nesse sentido, pode-se vislumbrar certa ‘racionalidade espontânea’ na formação do ordenamento jurídico. Por brotarem da praxe mercantil, os usos e costumes sofrem certa ‘seleção natural’: as práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas; ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de condutas mais bem adaptados ao funcionamento do mercado.”

2 A divisão proposta neste estudo não se confunde com aquela sugerida por Rubens Requião: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 485-490. Entre outras distinções quanto ao enquadramento dos períodos históricos, este estudo vislumbra uma última fase que não foi – e nem poderia ter sido, apesar da genialidade daquele autor – antevista por Rubens Requião, dada a realidade da época, fase esta que consiste na substituição da cártyula pela circulação integralmente eletrônica do crédito.

3 A releitura histórica da duplicata, a que se propõe o presente texto, segue recomendação clássica: PENNA, Fábio O. *Da duplicata*. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 10. “Mais que qualquer outra lei, a de criação das duplicatas exige uma apreciação geral e histórica para o seu bom entendimento e mais fácil solução das dificuldades da mesma resultantes.”

4 RESTIFFE NETO, Paulo. *Novos rumos da duplicata*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 10.

5 ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 673.



O antecedente remoto das duplicatas na legislação brasileira foi o artigo 219 do Código Comercial de 1850.<sup>6</sup> Este dispositivo impunha que nas vendas a prazo, *entre comerciantes*, o vendedor deveria apresentar ao comprador a fatura<sup>7</sup> em duas vias idênticas, assinadas por

6 Eis a redação do mencionado dispositivo, já revogado: BRASIL. Império. Lei nº 556. Rio de Janeiro: 25.06.1850. “Art. 219. Nas vendas em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dos gêneros vendidos, as quais serão por ambos assinadas, uma para ficar na mão do vendedor e outra na do comprador. Não se declarando na fatura o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi à vista (artigo nº 137). As faturas sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de 10 (dez) dias subsequentes à entrega e recebimento (artigo nº 135), presumem-se contas líquidas.”

Aprecie-se, também: RÉQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 485-486. “Ninguém consegue localizar a fonte inspiradora desse preceito. Registre-se que J. X. Carvalho de Mendonça confessa não saber de que modo surgiu o instituto. (...) Daí concluir-se que o art. 219, dando amplitude aos efeitos da fatura comercial, foi construção original e autêntica do direito brasileiro, implantando com ele as sementes que, mais tarde germinando, criariam um novo título de crédito.”

7 ROSA JR., Luiz Emydio F. da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 668. “Em todo contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, a extração da fatura pelo vendedor, para apresentação ao comprador, será obrigatória apenas quando o prazo de pagamento for superior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou do despacho das mercadorias (LD, art. 1º), porque o legislador considera como venda a prazo. Quando o prazo de pagamento for inferior

ambas as partes, ficando uma com o vendedor e outra com o comprador. Não havendo reclamação no prazo de 10 dias, as contas presumiam-se líquidas.<sup>8</sup> Na sequência, o Decreto nº 737/1850 – mais conhecido como “Regulamento nº 737”, tão lembrando quando se estuda a vetusta teoria dos atos de comércio –, no artigo 246 e seguintes,<sup>9</sup> conferia ao vendedor ação para executar créditos decorrentes de compra e venda mercantil, no prazo de 10 dias. As faturas, assim, documentavam a compra e venda mercantil desde a época do Império. Elas eram utilizadas principalmente para requerer a falência do comprador, caso este não efetuasse o pagamento devido.<sup>10</sup> Até

a trinta dias, a extração da fatura será facultativa (...).”

8 RESTIFFE NETO, Paulo. *Novos rumos da duplicata*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 03. “Na sua origem, destinava-se a duplicata a documentar o contrato de compra e venda de mercadorias, em grosso ou no atacado, entre comerciantes, e a representar, pela assinatura apostila pelo vendedor na via do comprador, e, reciprocamente, pela assinatura do comprador apostila na via do vendedor, a relação débito-crédito correspondente, com presunção de liquidez da conta (assinada), sempre que decorrido o prazo de 10 dias subsequentes à entrega e recebimento dos gêneros sem reclamação por parte do vendedor ou do comprador, segundo o art. 219 do Código Comercial.”

9 BRASIL. Império. Decreto nº 737. Rio de Janeiro: 25.11.1850.

“Art. 246. Consiste esta ação na assignação judicial de dez dias para o réo pagar, ou dentro delles allegar e provar os embargos que tiver.”

“Art. 247. Compete esta ação:

(...)

§ 7º. Às facturas e contas de gêneros vendidos em grosso (art. 219), não reclamados no prazo legal sendo assignados pela parte.”

“Art. 248. Esta ação é incompetente para por ella se demandarem instrumentos illiquidos, ou cujas obrigações são dependentes de factos, e condições que carecem de provas além das mesmas escripturas, salvo si esses factos e condições puderessem ser provados in continente por documentos ou confissão da parte.”

10 PENNA, Fábio O. *Da duplicata*. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 12. “Para suprir as dificuldades dos comerciantes exportadores em grosso, contra a má-fé dos compradores, o Governo Provisório introduziu na reforma do instituto da falência, levada a efeito pelo dec. nº 917, de 24 de outubro de 1890, a possibilidade de verificação judicial das contas extraídas dos livros comerciais revestidos das formalidades intrínsecas e extrínsecas, dando ao resultado positivo a qualidade de título líquido e certo, para o efeito de requerimento da falência. Foi o primeiro passo para tornar efetiva a aceitação da fatura, prevista no art. 219 do Cód. Comercial. Mas, se, juridicamente, ficou em parte resolvida a posição dos vendedores, economicamente per-

então, porém, não se cogitava da existência das duplicatas. Neste momento embrionário, a fatura servia para documentar a compra e venda a prazo, celebrada entre comerciantes, mas *inicialmente não viabilizava a circulação do crédito*. Ela não permitia, por exemplo, que o vendedor efetuasse descontos bancários para antecipar o recebimento de parte do valor das vendas. Tais operações só viriam a se difundir na década de 20 do século seguinte.

É curioso observar que a duplicata surgiu como alternativa ao saque das letras de câmbio, justamente para propiciar maior agilidade e menos formalismo na circulação do crédito. Surgiu de uma necessidade prática dos comerciantes. Com efeito, em razão das dimensões continentais do Brasil e do deficiente sistema nacional de transportes no início do século passado, o procedimento para receber os valores documentados na letra de câmbio era demorado. Primeiro seria preciso sacar o título, em seguida remetê-lo para aceite, recebê-lo de volta (o que raramente ocorria na prática) e posteriormente ainda reapresentá-lo para pagamento. Todo esse lento percurso desestimulou, historicamente, o uso da letra de câmbio no comércio interno do país. Ainda hoje, o título é pouco utilizado para essa finalidade, apesar de ser com base nele que muitos dos manuais estudam títulos de crédito, o que já sugere uma revisão na metodologia da disciplina e na estruturação de tais obras, a fim de conferir maior atenção aos títulos de uso corrente no país, ao invés de dedicar-lhes posição subalterna.

Fato é que paulatinamente foi se tornando comum, no dia a dia do comércio, ao invés de sacar a letra de câmbio e aguardar todo o moroso procedimento descrito acima, simplesmente colher a assinatura do cliente na segunda via da fatura e, a partir dela, imediatamente comprovar perante os ban-

---

drou a situação: continuaram sem títulos comprobatórios, *de visu*, das suas transações e com os quais pudessem mobilizar os seus capitais.”

cos a celebração do negócio e a existência do crédito, a fim de contratar operações financeiras.<sup>11</sup> Ou seja, *o costume mercantil passou a aceitar a fatura devidamente assinada como documento apto a antecipar a circulação do crédito*. Foi desta prática que posteriormente surgiu a duplicata.<sup>12</sup>

Em suma, a duplicata, um dos títulos circulatórios de maior aplicação prática no Brasil, título de crédito de origem tipicamente nacional (ainda que existam figuras semelhantes em outros países), surgiu justamente do desuso daquele que é tido na doutrina como a principal espécie de título de crédito: a letra de câmbio.<sup>13</sup> Sua consagração legislativa ocorreu na década de 20 do século passado, quando se tornou obrigatória a emissão da duplicata, em substituição à fatura, tanto para viabilizar a cobrança de imposto so-

<sup>11</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*. v. 730, p. 50-64, ago. 1996, p. 58. “A Letra de Câmbio jamais vingou entre nós. (...) Pelas notórias vicissitudes decorrentes de largos obstáculos: praças distantes, serviço postal precário, rede bancária inexistente, e, sobretudo, por força de um traço cultural muito significativo no comércio nacional, esse título de crédito, ao mesmo tempo que se firmava como sólido instituto jurídico, sobre o qual se erigiram todas as demais figuras cambiariformes, nunca se difundiu em sua aplicação prática. Não suplantou o uso tradicional dos créditos mercantis, assinados pelos comerciantes, nem ao uso da segunda via da fatura, assinada pelo devedor, prática de que, afinal, se originou a duplicata mercantil. Consolidou-se, de fato, com o tempo, a praxe de, na cópia da fatura, pregar-se, no ato da venda mercantil, a assinatura do comprador, o que, convenhamos, era bem mais rápido e simples do que sacar uma letra de câmbio, apresentá-la a aceite, recebê-la de volta e novamente apresentá-la, no vencimento, para receber seu valor (...) Levando-se a cópia da fatura ao banco para, com lastro nela, obter-se financiamento do giro da mercadoria, colhia-se com singeleza o mesmo ou melhor resultado.”

<sup>12</sup> Aliás, a própria etimologia da duplicata remete a uma cópia, segunda via de algo. No caso, um título de crédito extraído a partir da segunda via da fatura.

<sup>13</sup> Não se descuida que alguns autores foram árduos críticos da duplicata, como Carvalho de Mendonça: CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, v. 6, tópico nº 634. Porém, a prática desmentiu tais críticas, na medida em que a duplicata é um sucesso e vem se adaptando às novas necessidades do mercado, principalmente à influência da tecnologia.

bre as vendas (“imposto do selo”) quanto para resguardar os próprios comerciantes, fornecendo-lhes meio oficial de documentar as operações creditícias.<sup>14</sup> Na sequência, sobreveio a Lei nº 187/1936, confirmando esta obrigatoriedade.<sup>15</sup> A Lei nº 187/1936 foi, por fim, substituída pela Lei nº 5.474/1968,<sup>16</sup> que ainda hoje regula as duplicatas.

Desde o início, portanto, a duplicata surgiu como *título causal*,<sup>17</sup> ou seja, aquele que só pode ser emitido para documentar o crédito decorrente de determinado negócio jurídico que, em relação às duplicatas, era a compra e venda mercantil a prazo. Se não

existisse o negócio jurídico subjacente, o título não poderia ser emitido, constituindo tal prática um crime (duplicata simulada).

Ocorre que o moroso e burocrático procedimento para cobrança das duplicatas, fixado originariamente na Lei nº 187/1936 e mantido na atual Lei nº 5.474/1968,<sup>18</sup> é totalmente contrário ao dinamismo que o comércio requer para a circulação dos créditos.<sup>19</sup> Isto trouxe para tais títulos o mesmo entrave que anteriormente havia feito com que as letras de câmbio caíssem em desuso no comércio interno. Porém, no caso das duplicatas, ao invés de caírem em desuso, os comerciantes preferiram mantê-la, *adotando, na prática, um procedimento de circulação abreviado*, que passou a suprimir algumas etapas do trâmite ideal previsto na legislação. Ou seja, desde o início a prática da circulação cambial das duplicatas já omitia alguns passos previstos na lei, em prol da agilidade e simplicidade na cobrança dos créditos. Isto é próprio da cultura empresarial brasileira. Tal constatação será muito importante adiante, ao verificar-se que a duplicata virtual nada mais é do que a adaptação desse procedimento às exigências contemporâneas de celeridade, à luz das novas tecnologias.

*O que precisa ficar claro é que já nesta primeira fase histórica as duplicatas não eram formalmente aceitas nem devolvidas.*

<sup>14</sup> PENNA, Fábio O. *Da duplicata*. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 12-13. “(...) a primeira grande guerra tornou pouco sustentável a situação do alto comércio, que, privado das facilidades concedidas pelos exportadores europeus, viu-se forçado a procurar um meio compulsório de documentar as suas vendas, sem querer agir diretamente contra os compradores. E o meio encontrado foi a aliança com o fisco. Diga-se a verdade: não foi o fisco o principal interessado. Para a cobrança de impôsto de selo sobravam-lhe meios sem a criação do título comercial típico. O interesse econômico-financeiro é que o impunha como remédio para a situação angustiosa do alto comércio, que o atraso do nosso médio e pequeno comércio impedia que fosse amparado por outra forma. Daí o aparecimento da duplicata, substituindo, compulsoriamente, a fatura aceita, ou seja, a segunda via de fatura (...).”

<sup>15</sup> BRASIL. República. Lei nº 187. Rio de Janeiro: 05.12.1936. “Art. 1º. Nas vendas mercantis a prazo entre vendedor e comprador domiciliados no território brasileiro, aquele é obrigado a emitir e entregar ou remeter a este a fatura ou conta de venda e respectiva duplicata, que este lhe devolverá, depois de assigna-la, ficando com aquella.”

<sup>16</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 1º. Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.”

<sup>17</sup> ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006, p. 650. “La dichiarazione cartolare può enunciare la causa della obbligazione del creatore o può invece non enunciarla: nel primo caso si parla di *título di credito causale*, nel secondo caso di *título di credito astratto*.” No mesmo sentido: DE LUCCA, Newton. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 117. “Numa primeira aproximação, assim, poderíamos dizer que o título causal é aquele no qual o negócio jurídico que lhe deu origem, por força da lei, vincula-se ao título de tal sorte que produz efeitos sobre a sua vida jurídica. Abstratos, em contrapartida, são aqueles títulos nos quais a causa não determina uma consequência jurídica.”

<sup>18</sup> Procedimento composto, basicamente, das seguintes etapas: extração da cártula da duplicata a partir da fatura que documenta uma compra e venda mercantil a prazo, encaminhamento ao comprador, para aceite, devolução da duplicata ao emitente, com ou sem aceite, apresentação para pagamento na data prevista no título, pagamento ou protesto e, finalmente, execução judicial da duplicata.

<sup>19</sup> ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Servanda, 2009, p. 40. “(...) a circulação do crédito é exigida pela economia moderna (...). Circulação dos créditos, vale dizer o máximo de rapidez e de simplicidade ao transmiti-los a vários adquirentes sucessivos com o mínimo de insegurança para cada adquirente que deve ser posto, não só em condições de conhecer pronta e eficazmente aquilo que adquire, mas também a salvo das exceções cuja existência não lhe fosse dado notar, facilmente, no ato da aquisição. A satisfação dessa exigência que se faz sentir profundamente no moderno mundo econômico, constitui fator do desenvolvimento deste”.

O sacador/credor principal as encaminhava ao sacado e este, ao recebê-las, direcionava-as para o setor contábil, a fim de serem inseridas em “contas a pagar” e, de regra, quitadas na data prevista. Com isto, suprimiam-se ao menos duas fases do procedimento legal: devolução da cártula com aceite e reapresentação para pagamento.<sup>20</sup> É de se destacar que *nesta primeira fase havia, ao menos, a extração regular da cártula e seu envio ao devedor principal*. Havia, portanto, circulação do próprio título de crédito, na clássica definição de Vivante,<sup>21</sup> com apresentação da via original do título ao devedor principal.

Pode-se afirmar, então, que a primeira fase histórica foi marcada pela *circulação da cártula*, ou seja, pela extração das duplicatas em papel e circulação do próprio título. Porém, o comércio clamava por ainda mais agilidade na cobrança das duplicatas. E esta celeridade foi possível graças à intermediação das instituições financeiras, originando uma segunda fase na circulação cambial desse título.

**Com efeito, ao invés de extrair a cártula e encaminhá-la ao sacado, o credor passou simplesmente a informar aos bancos quais seriam os dados do título, como identificação e endereço do devedor, valor do crédito e data de vencimento. De posse desta informação, o banco então se encarregava de encaminhar ao**

<sup>20</sup> Comungando deste entendimento: CATAPANI, Márcio Ferro. A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários: comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691/PR. *Revista do TRF 3<sup>a</sup> Região*. n. 112, p. 04-13, mar./abr. 2012, p. 06. “Entretanto, o uso no comércio brasileiro sempre divergiu bastante desse procedimento hipotético. Em primeiro lugar, o aceite e a devolução da duplicata nunca foram a atitude mais comum do empresário comprador brasileiro: ele, verificando que as mercadorias tinham sido entregues em conformidade com o contratado, simplesmente encaminhava a duplicata (ou o boleto bancário que a substituía) para o seu setor de ‘contas a pagar’ e, quando do vencimento, efetuava o pagamento, normalmente por meio de depósito em conta corrente de titularidade do vendedor.”

<sup>21</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Bologna: Francesco Vallardi, 1935, v. III, p. 63 e 164. “Il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato.”

devedor um boleto de cobrança, o conhecido boleto bancário. Note-se que *nesta segunda fase histórica a cártula deixou de ser emitida, sendo substituída pela informação que o credor enviava aos bancos e pelo próprio boleto bancário*.<sup>22</sup> Assim, o devedor principal não chegava a ver a duplicata, porque ela não era sequer confeccionada. Ao invés disso, recebia um documento em papel, contendo os dados de cobrança, conforme registrado na fatura. Destarte, o boleto bancário passou a fazer o papel da duplicata, tornando-se a rotina brasileira nas décadas de 70 e 80.<sup>23</sup>

Ainda que na época não existisse lei resguardando esse procedimento, especificamente para as duplicatas, o *costume mercantil* e a celeridade própria do comércio o acolheram e consolidaram.<sup>24</sup> Esta segunda fase marca a substituição da circulação da cártula pela *escrituração do crédito*. A Lei nº 6.404/1976 define ação escritural como aque-

<sup>22</sup> Curioso notar que a intermediação dos bancos já estava prevista desde a Lei nº 187/1936. Nesta, porém, tal intermediação destinava-se apenas a entregar a duplicata ao sacado, não admitindo a substituição da cártula por boleto bancário, eis que a primeira fase histórica, como visto, foi marcada pela circulação da cártula: BRASIL. República. Lei nº 187. Rio de Janeiro: 05.12.1936. “Art. 10. A remessa da duplicata poderá ser feita directamente pelo vendedor ou por seus representantes, por intermédio de bancos, procuradores ou correspondentes, que se incumbam de apresentá-la ao comprador, na praça ou lugar de seu estabelecimento, podendo os intermediários devolvê-la depois de assignada, ou conservá-la em seu poder até o momento do resgate, seguindo as instruções de quem lhes commeteu o encargo.”

<sup>23</sup> Na mesma época, a finalidade comercial da fatura e a finalidade tributária da nota fiscal foram reunidas em um único documento, não por outra razão denominado de Nota Fiscal-Fatura: ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 668-669. “O Convênio de Criação do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, assinado no Rio de Janeiro, em 15-12-70, em seu art. 19, § 7º, permite que a Nota Fiscal possa servir como fatura, desde que contenha todos os elementos necessários, e neste caso a sua denominação passa a ser Nota-Fiscal Fatura ou NF-Fatura.”

<sup>24</sup> Confira-se o preciso trecho do voto do Ministro Raul Araújo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2<sup>a</sup> Seção, EREsp nº 1.024.691/PR, j. 22.08.2012, Relator Ministro Raul Araújo. “O comércio, enquanto atividade marcada pelo dinamismo e celeridade, precede em muito o direito comercial, que tem marcante fonte consuetudinária, incorporando, desde suas origens medievais, as práticas comerciais dos mercadores associados em corporações de ofício.”

la que fica registrada em conta de depósito, transferindo-se por simples anotação, dispensada a emissão de certificado de propriedade das ações.<sup>25</sup> Ou seja, *circulação escritural é aquela que se processa mediante simples registro em sistema específico, dispensando a transferência física de qualquer documento.* Quem vende uma ação escritural não precisa entregar comprovante de venda ao comprador, bastando registrar essa operação em sistema próprio, administrado pela própria companhia ou por terceiro contratado. Assim, a transferência do direito não se perfaz pela tradição de um título, mas pelo registro em livro ou sistema específico, inclusive eletrônico. A expressão de língua inglesa que designa crédito escritural já sugere isto: *book entry credits*.

*A segunda fase histórica das duplicatas, portanto, é aquela em que se substitui a circulação da cártyula pelo crédito escritural.* Note-se que desde a década de 70 já existia na Lei de Sociedades por Ações previsão autorizando que a escrituração de ações nominativas fosse mantida em meio eletrônico.<sup>26</sup> No que toca às duplicatas, porém, essa escrituração ainda era feita, basicamente, por registros em papel. Apenas timidamente se utilizava o suporte eletrônico, baseado na microfilmagem. Mesmo rudimentar – se visto com os olhos de hoje – o recurso à microfilmagem permitiu às instituições financeiras reduzir

25 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.404. Brasília: 15.12.1976.

“Art. 34. O estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados.”

“Art. 35. A propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações, aberta em nome do acionista nos livros da instituição depositária.

§ 1º. A transferência da ação escritural opera-se pelo lançamento efetuado pela instituição depositária em seus livros, a débito da conta de ações do alienante e a crédito da conta de ações do adquirente, à vista de ordem escrita do alienante, ou de autorização ou ordem judicial, em documento hábil que ficará em poder da instituição.”

26 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.404. Brasília: 15.12.1976. Art. 100, § 2º, tanto na redação originária quanto na atual.

tremendamente o volume de documentos em papel que teriam de armazenar caso a escrituração continuasse a ser registrada em papel.<sup>27</sup> Ou seja, na segunda fase histórica, que marcou a substituição da cártyula da duplicata pelo crédito escritural e o envio de boletos bancários, já existia previsão legal para a circulação eletrônica de ações e outros títulos, mas ainda não para as duplicatas.

Inaugura-se, então, uma *terceira fase histórica*, caracterizada pelo uso cada vez maior do suporte eletrônico na escrituração dos créditos, inclusive daqueles que poderiam ocasionar o saque de uma duplicata.<sup>28</sup> Nesta fase surgem dispositivos legais permitindo, por exemplo, realizar o protesto por indicação a partir de comunicações eletrônicas entre o credor (ou instituição financeira intermediária) e o cartório de protestos. No Direito Comparado, a escrituração eletrônica do crédito desenvolveu-se na década de 70. No Brasil, porém, sua consagração legislativa ocorreu somente no final da década de 90.

Com efeito, é notório que o armazenamento de documentos é mais prático e barato se feito em meio eletrônico do que em papel. Isto motivou as instituições financeiras, num primeiro momento, e as demais empresas, na sequência, a buscarem cada vez mais a

27 DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60, p. 169-188, abr. 2013, p. 177. “Pode-se dizer que, em nosso país, as preocupações com a gestão dos títulos de crédito começaram por volta da década de 70. A tese que o Banco do Brasil levou ao XI Congresso Nacional de Bancos, em 1975, no Rio de Janeiro, intitulada ‘Cobrança Direta’, assinalava: ‘Área crítica dos serviços executados pelos bancos comerciais, a cobrança de títulos ameaça sufocar o Sistema sob toneladas desses papéis, de volume sempre crescente em face do expressivo desenvolvimento econômico nacional, de uma indústria mais dinâmica e produtiva e de um comércio mais agressivo.’ Registrava-se, à época, que no ano de 1971, o Banco do Brasil cobrara 18 milhões de títulos, cifra essa que pularia, em 1974, para 27 milhões de títulos.”

28 Para um aprofundamento nessa evolução tecnológica, recomenda-se: FIGUEIREDO, Ivanildo. O suporte eletrônico dos títulos de crédito no projeto do código comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211-250.

substituição do papel pelo suporte eletrônico. Especificamente em relação aos títulos de crédito, a França foi pioneira ao legislar a respeito. Inicialmente, aquele país tentou introduzir novo instrumento para documentar a circulação escritural do crédito de curto prazo, em substituição às letras de câmbio, denominado de *Crédit de Mobilisation des Créances Commerciales* – CMCC. Porém, a iniciativa não vingou. Assim, em 1973 ele foi substituído pela *Lettre de Change-Relevé*, ou cambial-extrato, uma espécie de cambial passível de ser armazenada, exclusivamente, em fitas magnéticas. O primeiro jurista brasileiro a tratar do tema foi Newton De Lucca, a quem coube destacar que a *Lettre de Change-Relevé* se assemelhava a uma letra de câmbio, podendo ser sacada em duas modalidades: registrada em papel (LCR-papel) ou em fita magnética (LCR-fita).<sup>29</sup> A *LCR-fita poderia ser transferida exclusivamente em meio eletrônico, representando a primeira exceção ao dogma da cartularidade em papel como óbice à circulação escritural do crédito.*<sup>30</sup>

29 DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 23-31.

30 Perceba-se que já naquela época se discutia a substituição da cártula por documentos eletrônicos. E na mesma época foram aventados alguns obstáculos que, até recentemente, também eram tidos como óbice ao uso da duplicata virtual no Brasil, como a necessidade de devolução física da cártula ao sacador: DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 27. “A concepção da *Lettre de Change-Relevé* esbarra, de início, com dois obstáculos não facilmente removíveis. O primeiro desses obstáculos dizia respeito à impossibilidade de suprimir-se a circulação material da letra de câmbio tendo em vista o direito do sacado de exigir a devolução do título com a respectiva quitação. O segundo óbice não era de natureza jurídica. Era indispensável a utilização de arquivos magnéticos, mas os dados existentes na letra de câmbio eram insuficientes para que a identificação do sacado pudesse ser feita por meio do tratamento eletrônico de dados. No primeiro caso, chegou-se à conclusão de que o papel representava, ao mesmo tempo, um suporte de *direito* e um suporte de *informação*. Enquanto título, o papel estava ligado a direitos que lhe davam valor jurídico próprio. Mas, enquanto suporte de informação, poderia o papel ser substituído pela fita magnética. No segundo caso, graças ao RIB (*Relevé d' Identité Bancaire*), foi possível obter-se um código do sacado (n. de seu banco, da agência e de sua conta bancária) que permitiu o tratamento eletrônico de dados.”

Aliás, mesmo a LCR-papel apresentava, em parte, circulação escritural eletrônica. Com a diferença de que não era criada, ab initio, em fita magnética, mas apenas convertida nesta mídia em determinada fase de sua circulação.<sup>31</sup> Ou seja, ambas as modalidades apresentavam ao menos parte da circulação em meio eletrônico. O que as diferenciava era, basicamente, o fato de que a LCR-fita circulava integralmente em meio eletrônico (fita magnética), não havendo extração da cártula/papel em momento algum do percurso. Por tal razão, foi a modalidade mais polêmica, chegando alguns juristas franceses da época, como Vasseur, a afirmarem que, por não gerar cártula, a LCR-fita equivaleria, no máximo, a um contrato de mandato, não podendo ser considerada autêntico título de crédito.<sup>32</sup>

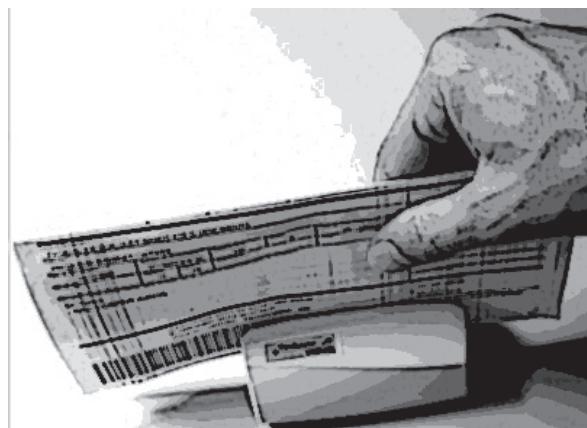
O fato é que os franceses foram muito perspicazes ao introduzirem a ideia de circulação eletrônica do crédito. Ao invés de o fazerem de uma única vez, de afogadilho (o que aumentaria consideravelmente a chance de insucesso do novo instituto, dada a barreira cultural que enfrentaria), optaram por manter a forma tradicional de circulação, em papel, abrindo uma brecha para que fosse,

31 DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 28-29. “Seja-nos permitido adiantar, apenas, que a inovação básica consiste no fato de que o título não vai mais circular materialmente: após a remessa da LCR-papel ao banco do sacador, todos os dados são transportados para a fita magnética. O título é conservado em poder do banco sacador. Passa a circular somente a fita magnética: do banco sacador ao ‘computador da compensação’ do Banco da França e deste ao Banco do sacado. Somente no banco do sacado é que o papel vai reaparecer: é o estrato da LCR (relevé).”

32 VASSEUR, Michel. *Lettre de Change-Relevé*. Sirlei, 1976. apud: DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 69-70. “Um verdadeiro abismo – tal é a expressão de Vasseur – ao referir-se à diferença entre a LCR-papel e a LCR-fita magnética, concluindo que a primeira é uma verdadeira letra de câmbio que, após a sua criação, é transportada para a fita; e que a segunda não é e nem jamais seria uma verdadeira letra de câmbio. E remata: *A afirmação é evidente. Inexiste letra de câmbio sem a cártula, isto é, sem papel. Ora, a fita magnética exclui todo papel inicialmente redigido*. Partindo de tal premissa, Vasseur chega à conclusão de que, no plano jurídico, a LCR-fita magnética repousa sobre as técnicas do mandato e do *virement*.”

gradualmente, substituída pelo meio eletrônico. O legislador tinha consciência de que essa mudança era inevitável e desejada pelo sistema financeiro, mas sabia, igualmente, que não poderia ser feita de forma abrupta.<sup>33</sup> Seguiram-se várias outras exceções ao dogma da cartularidade em papel como óbice à circulação escritural do crédito.<sup>34</sup>

Portanto, já na década de 70 foi inaugurada, em outros países, a tendência de progressiva desmaterialização da cártula e sua substituição pela circulação eletrônica do crédito. Além de ter sido o primeiro jurista brasileiro a registrar cientificamente esta mudança de paradigma, Newton De Lucca foi também pioneiro ao sugerir que o Brasil adotasse mecanismo análogo. Afinal, os problemas que haviam conduzido outros países a legislar a respeito eram praticamente os mesmos vivenciados no território nacional. Destarte, referido autor sugeriu que o país instituisse a duplicata-extrato em papel – DEP (semelhante à LCR-papel), como fase preliminar de transição até que o mercado e a cultura jurídica nacional assimilassem a possibilidade de uma *duplicata eletrônica em*



33 DE LUCCA, Newton. DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 79. “Foi mesmo a sutileza do espírito francês que pôde compreender, com acuidade admirável, a necessidade de que a mudança nos hábitos dos comerciantes se fizesse de forma gradual e lenta.”

34 Na Alemanha, por exemplo, houve a *Lastschrift*.

*fita magnética* – DEFM.<sup>35</sup> É nesta proposta que se encontra o embrião daquilo que hoje se denomina duplicata virtual, cuja executoriedade viria a ser posteriormente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, somente no ano de 2011.

Se no âmbito internacional a circulação eletrônica do crédito data de 1973, no Brasil a consagração legislativa desta prática ocorreu mais de duas décadas depois. Marco de tal mudança foi a Lei de Protestos, que dispôs, de maneira inequívoca, ser admissível também o protesto de títulos de crédito a partir da *indicação eletrônica dos dados do título*, sem necessidade de apresentação da cártula em papel.<sup>36</sup> Esta previsão legislativa era o estímulo que faltava para que as instituições financeiras substituíssem, de uma vez por todas, a circulação das duplicatas pela cobrança via boleto bancário. Primeiramente, pelos boletos em papel e, ato contínuo, por meios eletrônicos de cobrança, como o DDA.<sup>37</sup>

35 DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 141-147.

36 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.492. Brasília: 10.09.1997.

“Art. 8º. (...)

Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.”

“Art. 22. (...)

Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.”

A respeito das precisas funções do protesto, *vide*: TOMAZETTE, Marlon. A duplicata virtual. *Revista dos Tribunais*. v. 807, p. 725-739, jan. 2003, p. 733. “O protesto é um ato solene que serve para provar a falta de pagamento, de aceite ou de devolução do título. Não se trata de uma forma de cobrança de quem quer que seja, apesar de se usar o protesto com tal conotação nos dias atuais. Além disso, o protesto pode servir para conservar os direitos do portador do título contra os devedores indiretos, e eventualmente até em face do sacado na duplicata.”

37 CATAPANI, Márcio Ferro. A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários: comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691/PR. *Revista do TRF 3ª Região*. n. 112, p. 04-13, mar./abr. 2012, p. 08. “(...) a

Assim, esta terceira fase histórica representa a *consolidação da escrituração eletrônica do crédito*. Importante destacar que ela *ainda está em curso*. A própria movimentação legislativa indica isto. Veja-se, por exemplo, o que dispõe o Projeto de Novo Código Comercial,<sup>38</sup> em discussão no Congresso Nacional:

Art. 445. Título de crédito é o documento, cartular ou eletrônico, que contém a cláusula cambial.

Art. 454. O título de crédito pode ter suporte cartular ou eletrônico.

Art. 455. O título de crédito emitido em um suporte pode ser transposto para o outro.

Abstraindo-se de eventuais críticas de ordem técnica à redação dos citados dispositivos – como de vários outros pontos do Projeto – fato é que o Novo Código Comercial sinaliza claramente no sentido de que irá afastar-se do conceito clássico de Vivante e da concepção tradicional de cartularidade, atrelada ao papel, para consagrar os títulos de crédito com suporte eletrônico.<sup>39</sup> Já em vigor, também, as

utilização do papel tende a ser ainda menor com a efetivação do DDA, que, apesar de ter sido lançado em 2009, ainda não atingiu nível de utilização em larga escala no mercado. O DDA consiste, basicamente, em um sistema criado pela Febraban, que permite o envio de boletos eletrônicos ao sacado (no caso da duplicata, o comprador ou tomador de serviços), por meio de instituição financeira com a qual ele já mantenha relacionamento, e o seu pagamento também em ambiente digital. Assim, sequer o boleto será impresso, havendo, nos casos de adimplemento espontâneo e tempestivo, ausência total de papel nas transações em questão, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações comerciais.”

38 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

39 Confira-se a importante advertência acerca da manutenção dos princípios basilares dos títulos de crédito, mesmo naqueles com suporte eletrônico, ressaltando-se apenas a nova configuração da cartularidade: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; FARIA, Lívia Sant'Anna. *Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_ferreira\\_de\\_assumpcao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2013, p.

disposições do Código Civil a respeito,<sup>40</sup> mas que só se aplicam aos títulos atípicos.<sup>41</sup>

Estes dois exemplos servem para evidenciar um movimento legislativo que busca introduzir no país o título de crédito eletrônico, ou seja, a criação e circulação do documento integralmente em suporte digital. Isto, porém, ainda não pode ser considerado realidade, pois o que existe atualmente, como visto, é a mera circulação escritural e eletrônica do direito de crédito, não do próprio título de crédito. Tanto assim que os títulos de crédito eletrônicos atípicos, cuja criação restou autorizada pelo Código Civil, desempenham, hoje, papel de menor importância na prática mercantil.

Destarte, na fase atualmente em curso, não se pode, a rigor, entender que a duplicata se tornou o primeiro título de crédito eletrônico. O que existe é a chamada “duplicata virtual”, que nada mais é do que uma forma de circulação escritural do crédito, não do próprio título. Com efeito, nesta terceira fase histórica não existe a formação da cártyula da duplicata, do próprio título de crédito. O *direito de crédito* é que circula, de *maneira escritural e eletrônica*. É possível, porém, extraír-se a cártyula, a qualquer tempo, visto

314. “Autonomia, literalidade, incorporação e cartularidade continuam sendo requisitos fundamentais para a caracterização do título de crédito e deste modo não há que se falar em qualquer alteração quanto às consequências jurídicas advindas da emissão eletrônica. Logicamente, o que passa a ser modificado é o meio da emissão, que utiliza o meio magnético e não a cártyula.”

40 BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002.

“Art. 889. (...)

§ 3º. O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.”

41 ENEI, José Virgílio Lopes. O caráter supletivo das normas gerais sobre títulos de crédito: comentários ao art. 903 do novo código civil. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo código civil (análise dos artigos 887 a 903)*. São Paulo: Walmar, 2004, p. 152-153. “Quer nos parecer, portanto, que a primeira interpretação – segundo a qual a disciplina geral não revoga as remissões feitas pelas leis especiais que a precederam – é a que melhor se afina à lógica dos títulos de crédito e ao sistema vigente.”

que houve de fato o negócio jurídico subjacente, o qual se encontra documentado na fatura ou nota-fiscal fatura. A duplicata não é geralmente extraída por conveniência do próprio mercado, tendência que, como visto, acompanha este título de crédito desde as suas origens. Neste contexto, a duplicata permanece em estado potencial, já que não é de fato extraída, mas pode sê-lo a qualquer tempo, caso isto se mostre necessário.

Essa potencialidade de que uma coisa venha a surgir a partir de outra (no caso, a duplicata a partir da fatura) é o significado mais preciso da palavra “virtual”, segundo o prestigiado entendimento de Pierre Lèvy:

A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real, mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.<sup>42</sup>

Ou seja, a nomenclatura *duplicata virtual* é bastante adequada para se referir à terceira fase histórica deste título de crédito, na qual a circulação da cártula é substituída pela circulação escritural eletrônica do crédito, permanecendo a cártula meramente potencial, ou virtual. Ela não é extraída por conveniência do próprio mercado, em prol da celeridade na circulação do crédito, mas em casos excepcionais isto poderia ser feito a qualquer tempo. É por essa e outras razões que não se pode concordar com os autores que argumentam ser o protesto da duplicata virtual equivalente ao de um título de crédito inexistente.<sup>43</sup> A cártula não foi de fato

extraída, mas está potencialmente presente ao longo de todo o procedimento, e sua não extração decorre da necessidade prática do mercado, de abreviar o procedimento legal de circulação do crédito. Característica esta que – nunca é demais frisar – acompanha as duplicatas desde a sua primeira fase histórica, desde o surgimento deste título de crédito, sendo uma das maiores responsáveis pelo seu sucesso.

Em suma, a científicação do devedor acerca dos termos do negócio jurídico subjacente e a apresentação do crédito para pagamento se processam de forma integralmente escritural e eletrônica, com o intermédio de instituições financeiras. E, na esmagadora maioria dos casos, o pagamento ocorre de modo escorreito, sem maiores problemas.<sup>44</sup>

---

as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIX, nº 155/156, p. 186-212, ago./dez. 2010, p. 209. “(...) na prática, o que se costuma denominar duplicata virtual passa longe de ser qualquer título de crédito, pois a duplicata, no referido procedimento, nunca foi extraída e nem enviada para aceite do sacado. Assim, todo o procedimento realizado afronta a Lei n. 5.474/1968 porque se acaba por permitir o protesto por indicação fora dos casos previstos, além da instrução do processo de execução sem os documentos minimamente exigidos – isso para não salientar, aqui, outros desvirtuamentos aceitos pela prática mercantil.”

<sup>44</sup> Dados da pesquisa conduzida pela Confederação Nacional do Comércio, denominada de “Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC)” revelam que, até janeiro de 2012, menos de 20% dos consumidores apresentavam atraso no pagamento de suas contas e, deste percentual, menos de 7% declararam não ter condições de pagar suas dívidas. Ou seja, ainda que com algum atraso, mais de 93% das dívidas seriam pagas espontaneamente, sem necessidade de recurso a demandas judiciais. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/pesquisa-nacional-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-7>>. Acesso em: 10 set. 2013. Tais números falam por si só, afastando a alegação de que os boletos bancários são, de regra, emitidos com intuito fraudulento, como sugere parte da doutrina: FERNANDES, Jean Carlos. O abuso de direito no protesto de boleto bancário. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, p. 42-51, out. 2006, p. 45. “Na prática, são encaminhados grandes volumes de boletos aos cartórios de protesto, sendo todos eles protestados por simples indicações dos portadores. Que indicações? Se não existe a duplicata regularmente emitida, enviada ao sacado e por ele retida, como, então, legitimase o protesto por indicações? A resposta a tais indagações conflui para uma mesma direção: ‘falsidade ideológica’.”

<sup>42</sup> LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2007, p. 15.

<sup>43</sup> SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e

Apenas em casos excepcionais, quando configurado inadimplemento injustificado, faz-se necessário recorrer ao processo de execução. E quanto a este processo, a jurisprudência<sup>45</sup> evoluiu para também dispensar a apresentação da cártyula, desde que comprovada a execução do negócio jurídico subjacente, por parte do credor, e a regular cobrança escritural, ainda que por meio eletrônico, a partir da simples indicação dos dados básicos do título. Portanto, *nesta terceira fase histórica resta definitivamente consagrada a dispensa de extração da cártyula da duplicata e sua substituição pela circulação eletrônica do crédito (duplicata virtual), inclusive para fins de processo judicial de execução.* E, mesmo que contraproducente do ponto de vista do dinamismo comercial, a cártyula em papel ainda pode ser extraída, a qualquer tempo, pois está potencialmente presente ao longo de todo o procedimento de cobrança.

O que precisa ficar claro, em relação à atual fase histórica, é o fato de que nela se autoriza apenas a circulação escritural do crédito, em meio eletrônico. Não se admite, ainda, a circulação eletrônica do título de crédito, da própria duplicata. Esta, como visto, não é sequer sacada, permanecendo num estado potencial (virtual). Assim, não se pode confundir a circulação escritural, em meio eletrônico, do direito de crédito, com a existência de um autêntico título de crédito eletrônico. A consequência prática desta distinção é enorme. *Com efeito, não havendo título de crédito, não há que se cogitar de outros institutos exclusivamente cambiais, como o aceite, endosso e aval.* Foi com base neste contexto que o Superior Tribunal de Justiça analisou a executariedade da duplicata virtual.

A seguir será demonstrado que já existe substrato – tanto fático/tecnológico quanto jurídico – para a existência de títulos de crédito genuinamente eletrônicos (duplicata eletrônica, ao invés da duplicata virtual). Porém, a prática mercantil ainda não os consolidou. É o

que se espera que aconteça num futuro próximo, consubstanciando a quarta fase histórica das duplicatas. É absolutamente provável que, no futuro, com a popularização do uso de determinadas tecnologias, como a assinatura digital assimétrica, o Brasil ingresse numa nova fase, na qual o próprio título de crédito será integralmente eletrônico,<sup>46</sup> em todas as suas etapas, inclusive em eventual execução judicial,<sup>47</sup> caso necessário. Assim, o título será emitido originariamente como um documento eletrônico, desta maneira remetido ao sacado e por este eletronicamente aceito e devolvido ao sacador, ou então protestado e executado.<sup>48</sup>

Ou seja, os mesmos passos que a duplicata em papel percorria na primeira de suas fases históricas serão resgatados, porém

<sup>45</sup> É o que Carlos Alberto Rohrmann já defendia, há muitos anos, por ocasião de seus estudos nos Estados Unidos da América: ROHRMANN, Carlos Alberto. *Electronic promissory notes*. Los Angeles: University of California, 1999, p. 90. "More than four hundred years after the first negotiable instruments, commerce faces new markets brought to the real world by the 'online world.' Bringing customers closer and breaking geographic barriers, e-commerce is a challenge for commercial law. (...) the most interesting example is how the law will regulate the substitution of paper and written based documents for electronic documents. (...) This Article proposes a practical and pragmatic application of digital signature to implement not only the electronic promissory note but also, its negotiability and circulation." Mais recentemente: FIGUEIREDO, Ivanildo. O suporte eletrônico dos títulos de crédito no projeto do código comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246. "A busca pela desmaterialização integral da duplicata eletrônica será, certamente, o próximo passo no aperfeiçoamento dos títulos digitais. (...). Sendo a duplicata um título de crédito causal, que exige a apresentação do comprovante de entrega das mercadorias ao sacado ou comprador, este fato também pode ser provado eletronicamente, existindo tecnologia informática apropriada e suficiente para a implantação desse procedimento."

<sup>47</sup> Para que também a execução judicial se processe em meio eletrônico, será necessário que o processo seja nacionalmente informatizado, eliminando os autos em papel, como pretende a Lei nº 11.419/2006. Vide, a respeito: PARENTONI, Leonardo Netto. *Documento eletrônico: aplicação e interpretação pelo poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 89-100.

<sup>48</sup> A não ser que o mercado opte por novamente abreviar este procedimento, em alguma(s) de suas etapas, como tem sistematicamente ocorrido ao longo da história das duplicatas.

<sup>45</sup> Vide tópico sobre o papel da jurisprudência.

desta vez em meio eletrônico. Isto terá a vantagem de reavivar na duplicata os institutos cambiais que caíram em completo desuso após a circulação escritural, como o aceite, o endosso e o aval.<sup>49</sup> Mas uma coisa é certa: só é de se esperar que se inaugure esta nova fase histórica caso o *trade off* entre os ganhos proporcionados pela reintrodução destes institutos supere os custos e as dificuldades decorrentes da certificação digital.<sup>50</sup> A evolução histórica das duplicatas bem demonstra que caberá ao mercado, e não ao Direito, realizar esta ponderação.

Ao final desta breve digressão e perspectiva histórica, podem-se resumir as quatro

49 A duplicata eletrônica pode ser mais um exemplo de que a evolução dos institutos jurídicos, numerosas vezes, ocorre em espiral. Ou seja, algo que era extremamente utilizado vai se modificando, cai em desuso e, anos mais tarde, retorna com nova roupa. Osmar Brina descreve muito bem esse fenômeno: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5. “Na metodologia em espiral, o mesmo conceito aparece empregado em contextos diferentes, e é, como que, ‘dilapidado’ aos poucos. Resta-nos um consolo, entretanto. Estudos sérios, recentes e avançados, publicados pelos professores Gheorghiu e Kruse, das Universidades de Giessen e de Bremen, na Alemanha, lograram comprovar que o aparelho psíquico humano possui um mecanismo automático de desambiguação e formação de ordem autônoma.”

50 Observe-se a síntese desses dois autores, seguidas de meus comentários, entre colchetes: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; FARIA, Lívia Sant'Anna. *Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_ferreira\\_de\\_assumpcao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2013, p. 309 e 311. “A idéia que o título ‘poderá’ ser emitido a partir dos caracteres criados em computador está aquém da própria realidade no Brasil, dado que as ações escriturais, previstas na Lei de Sociedades por Ações, são documentos que só existem, efetivamente, no meio eletrônico. (...) A desmaterialização, para ser viável, deve possuir pelo menos mais vantagens do que desvantagens quanto à sua emissão e quanto às consequências jurídicas que são proporcionadas. Isso porque não seria viável que todo esforço para inclusão da não cartularidade fosse causar desvantagens maiores capazes de não fazer prosperar a emissão pela forma eletrônica. Como vantagens, podem ser citadas: a) preservação de meio ambiente; b) celeridade nos negócios e c) modernidade e praticidade [ao que acrescento redução de custos]. (...) Como desvantagens, podem ser citadas: a) falta de regulamentação da assinatura digital [apesar da existência da Medida Provisória nº 2.200-2/2001]; b) insegurança e falta de privacidade e c) o custo elevado para sua implementação [que tende a se reduzir no futuro].”

fases evolutivas da duplicata, no Brasil, da seguinte forma:

FASE HISTÓRICA	PRÁTICA COMERCIAL ADOTADA	SIGNIFICADO JURÍDICO	MARCO TEMPORAL
1	Extração da cártyula da duplicata e remessa ao sacado, para aceite.	Circulação do próprio título de crédito, com procedimento abreviado em relação ao previsto na lei.	Do surgimento das duplicatas (década de 20 do século passado) até o final da década de 60.
2	Substituição da cártyula pelo envio de boletos bancários, em papel.	Circulação escritural do direito de crédito, em papel, substituindo a circulação do próprio título de crédito.	Décadas de 70, 80 e início da década de 90.
3	Protesto por indicação, em meio eletrônico, a partir dos dados constantes da fatura. (duplicata virtual)	Circulação escritural do direito de crédito, em meio eletrônico.	Atualmente em curso.
4	Criação e circulação da duplicata integralmente em meio eletrônico. (duplicata eletrônica)	Título de crédito eletrônico.	Perspectiva.

### 3. Principais disposições legais quanto à cobrança das duplicatas.

Como se sabe, a vigente Lei nº 5.474/1968 manteve a duplicata como único título de crédito passível de ser emitido na compra e venda a prazo, celebrada entre empresários,<sup>51</sup> ampliando esta possibilidade também para os prestadores de serviço.<sup>52</sup> Como este título documenta o crédito decorrente de uma operação já realizada, o sacado, em regra, deve arcar com o pagamento dos

51 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 1º. Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.”

“Art. 2º. No ato da emissão da fatura, dela poderá ser extraída uma duplicata para circulação como efeito comercial, não sendo admitida qualquer outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor pela importância faturada ao comprador.”

52 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.”

valores ajustados. Por isso, o aceite na *duplicata* é *obrigatório*, só podendo ser recusado em situações excepcionais, quando o devedor comprova haver algum vício no bem adquirido ou na prestação do serviço.<sup>53</sup>

Além de *obrigatório*, o aceite nas *duplicatas* é também *presumido*. Com efeito, desde a sua primeira fase histórica o normal era que as *duplicatas* fossem recebidas pelo sacado e automaticamente direcionadas para “contas a pagar”, sendo quitadas no vencimento, como qualquer outra dívida do empresário. Não havia a formalização do aceite no próprio título de crédito e sua devolução ao sacador. Destarte, criou-se a presunção relativa de que o título não devolvido após o prazo legal de 10 dias teria sido aceito pelo sacado, pois esgotado o prazo para que fundamentasse a recusa do aceite.<sup>54</sup> Consequentemente, após esse prazo o credor já poderia realizar operações de crédito envolvendo a *duplicata*. Por exemplo, descontos bancários. Ou seja, antes mesmo do vencimento do título o empresário já poderia antecipar o recebimento de parte dos valores nele mencionados.

Como a regra é o pagamento espontâneo da *duplicata*, esse procedimento simplificado em relação ao *iter* previsto em lei foi muito bem absorvido pelo mercado, tornando-se costumeiro. Apenas em casos excepcionais, diante do inadimplemento injustificado, o credor precisaria protestar o título e, eventualmente, executá-lo. Ou seja, a circulação meramente escritural do crédito,

<sup>53</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 8º. O comprador só poderá deixar de aceitar a *duplicata* por motivo de:

I - avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;

II - vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;

III - divergência nos prazos ou nos preços ajustados.”

<sup>54</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 7º. A *duplicata*, quando não fôr à vista, deverá ser devolvida pelo comprador ao apresentante dentro do prazo de 10 (dez) dias, contado da data de sua apresentação, devidamente assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta do aceite.”

inclusive em meio eletrônico, não traz problemas na esmagadora maioria dos casos. São as circunstâncias excepcionais, verificadas quando ocorre inadimplência, que suscitam dúvidas jurídicas. Este alerta é importante para lembrar que o procedimento abreviado de circulação do crédito, ainda que discutível em algumas hipóteses, vem se revelando exitoso na maioria dos casos.

As características da *obrigatoriedade* e *presunção* do aceite, aliadas ao costume de não devolver a *cártula* ao sacador, fizeram com que este sujeito, caso fosse necessário protestar a *duplicata*, tivesse que se valer de um procedimento alternativo, denominado *protesto por indicação*. Esta espécie de protesto, como o próprio nome sugere, é feita a partir da simples indicação, pelo credor ou instituição financeira intermediária, dos dados constantes da *duplicata* não devolvida (os quais podem ser facilmente extraídos da nota-fiscal fatura, em poder do credor). Com isso, fica dispensada a apresentação da própria *duplicata* ao cartório de protestos.<sup>55</sup> A lei de protestos autorizou, ainda, que tal indicação fosse feita exclusivamente por meio eletrônico.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 13. A *duplicata* é protestável por falta de aceite de devolução ou pagamento.

§ 1º. Por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da *duplicata*, da *triplicata*, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título.(...)”

“Art. 14. Nos casos de protesto, por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, ou feitos por indicações do portador do instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que será substituída pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título.”

<sup>56</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.492. Brasília: 10.09.1997.

“Art. 8º. (...)

Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das *Duplicatas Mercantis* e de *Prestação de Serviços*, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.”

“Art. 22. (...)

Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto conservar

Importante destacar que na redação originária da Lei nº 5.474/1968 o protesto por indicação exigia que o credor apresentasse ao cartório o comprovante de entrega da mercadoria ou prestação do serviço, como maneira de demonstrar que havia cumprido suas obrigações relativamente ao negócio jurídico subjacente ao título.<sup>57</sup> Ocorre que esta exigência era burocrática e atrasava a cobrança. Lembre-se que a essa altura já se tornara corriqueiro que o credor utilizasse a intermediação de instituições financeiras, as quais se encarregavam de enviar boletos bancários ao devedor, informando os dados do título, como valor e prazo de vencimento. O costume já havia abolido o envio da própria duplicata/cártula, substituindo-a pelo boleto bancário. Consequentemente, a exigência legal representou retrocesso em relação à

**praxis mercantil.** Justamente por isso houve intensa pressão do sistema financeiro contra a nova regra, fazendo com que ela fosse rapidamente revogada pelo Decreto-lei nº 436/1969.<sup>58</sup> Desde então,

em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.”

57 Veja-se a redação revogada: BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento:

I - por falta de aceite o protesto será tirado mediante apresentação da duplicata, ou à vista da triplicata, extraída, datada e assinada pelo vendedor, e acompanhada da cópia da fatura, ou, ainda mediante apresentação de qualquer documento comprobatório do recebimento do título pelo sacado além do recibo a que se refere o § 2º do art. 1º, ou de outro documento comprobatório da entrega da mercadoria; (...).

58 Essa particularidade histórica foi muito bem resumida por Paulo Restiffe, ainda que mencionando equivocadamente o conceito de Vivante: RESTIFFE NETO, Paulo. Novos

apresentar tais comprovantes passou a ser obrigatório apenas na execução judicial da *duplicata*,<sup>59</sup> deixando de empurrar a circulação escritural do crédito nas etapas anteriores.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que tanto o envio da *duplicata/cártula quanto do boleto bancário cumprem, em essência, a mesma função, a mesma finalidade:* cientificar o devedor da existência do débito, informar-lhe o valor e prazo para pagamento, além de oportunizar a recusa justificada. Portanto, ainda que os cartórios não exijam a prova da prestação do serviço ou entrega da mercadoria ao realizar o protesto por indicação, judicialmente o devedor poderá questionar esses pontos, demonstrando justa causa para a recusa. Isto pode levar ao reconhecimento da inexigibilidade da dívida e, em casos extremos, até configurar o crime de *duplicata simulada*.<sup>60</sup> Assim, as oportuni-

rumos da *duplicata*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 04. “É indisfarçável a progressiva perda de perspectiva das regras e princípios de Direito Cambiário, que poderiam ser enfeixados na concepção Vivanteana, de títulos de crédito, como o documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido [sic]. Isto é, do princípio tradicional *nulla executio sine titulo*, chegou-se, no auge da eficácia da Lei n. 5.474, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei n. 436, de 27.1.1969, ao extremo oposto da execução, mesmo sem a presença da *duplicata*, suprida (...) pelo instrumento de protesto tirado por indicações do credor, acompanhado de documento comprobatório da simples remessa da mercadoria.”

59 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 15. A cobrança judicial de *duplicata* ou *triplicata* será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

(...)

II - de *duplicata* ou *triplicata* não aceita, contanto que, cumulativamente:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
- c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.”

60 BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Rio de Janeiro: 07.12.1940.

“Art. 172 - Emitir fatura, *duplicata* ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que

dades que o devedor tem para se defender são essencialmente as mesmas, quer se trate de protesto baseado na duplicata em papel ou no boleto bancário (duplicata virtual). A substituição da cártula pela escrituração digital do crédito, por si só, não acarreta maiores gravames ao devedor.

Uma vez efetuado o protesto, formaliza-se a inadimplência do sacado,<sup>61</sup> permitindo a execução judicial da duplicata. É daqui por diante que surgem as dúvidas jurídicas relacionadas à executividade da duplicata virtual. Com efeito, caso fosse rigorosamente seguido o *iter* previsto na Lei nº 5.474/1968, como o aceite é obrigatório e pode ser presumido em caso de não devolução da cártula, após 10 dias, bastaria ao credor comprovar o envio do título de crédito ao sacado, por qualquer meio (correspondência com aviso de recebimento, notificação extrajudicial, e-mail, etc.), bem como o transcurso do citado prazo, para viabilizar a execução. O Superior Tribunal de Justiça, há anos, havia pacificado este tema.<sup>62</sup>

Ocorre que na prática mercantil a cártula sequer chega a ser extraída, pois a cobrança se tornou meramente escritural e intermediada por instituições financeiras. O que se enviava ao devedor eram outros instrumentos de cobrança, em papel (boleto bancário) ou meio eletrônico (DDA e demais tipos de escrituração eletrônica do crédito). Neste contexto, a questão é saber se o protesto por indicação pode ser feito com base nesses instrumentos, de modo a viabilizar a

---

falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.”

Para aprofundamento, recomenda-se: BARBI FILHO, Celso Agrícola. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. Revista dos Tribunais. v. 754, p. 45-67, ago. 1998.

61 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.492. Brasília: 10.09.1997.

“Art. 1º. Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, AgRg nos ED no AI nº 466.075/DF, j. 07.04.2003, Relator Ministro Massami Uyeda. Vide, ainda: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp nº 1.037.819/MT, j. 23.02.2010, Relator Ministro Massami Uyeda.

*execução de um título de crédito cuja cártula nunca chegou a se materializar* (duplicata virtual). Este é o ponto central que doutrina e jurisprudência precisaram enfrentar, e que será abordado nos tópicos seguintes.

#### 4. As duas grandes correntes da doutrina brasileira.

De início, é preciso advertir o leitor para o fato de que este tópico não tem a pretensão de esgotar o assunto, transcrevendo e analisando a opinião dos mais diversos profissionais que se manifestaram a respeito. Ao contrário, seu escopo é bem mais modesto. Busca-se, apenas, olhar para trás, destacando *alguns* dos principais posicionamentos sobre o tema, a fim de que o leitor tenha clara percepção da evolução dos debates que culminou no atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

E, sobre esse debate, não é exagero afirmar que as discussões podem ser resumidas em duas grandes correntes de pensamento. Ainda que com certa variação em seus argumentos, os diversos autores enquadram-se numa ou noutra vertente.

De um lado, estão os que, confirmando a doutrina clássica, sustentam que a palavra *documento* mencionada no conceito de título de crédito de Vivante refere-se exclusivamente a documentos em papel. Ou seja, o princípio da cartularidade, basilar em matéria de títulos de crédito, autorizaria apenas a existência de cártulas em papel. Confira-se, por todos, o que disse Tullio Ascarelli:

Os títulos de crédito são, antes de qualquer coisa, um documento. A disciplina legislativa, necessariamente diferente quanto aos títulos diversos, indica os requisitos de cada um deles. Caráter constante, porém, de todos, é que constituem um documento; escrito, assinado pelo devedor, formal, no sentido de que é submetido à condição de forma, estabelecida justamente para identificar com

exatidão o direito nele mencionado e as suas modalidades, a espécie do título de crédito (daí nos títulos cambiais até o requisito da denominação), a pessoa do credor, a forma de circulação do título e a pessoa do devedor (...).<sup>63</sup>

Pela feição clássica do princípio da cartularidade, informações escrituradas em meio eletrônico jamais poderiam ser consideradas autêntico documento, para fins cambiais.<sup>64</sup> Ou seja, a existência do próprio título de crédito estava condicionada à existência de uma cártyula em papel, que o corporificasse, sendo o direito transmitido juntamente com este documento.<sup>65</sup> A vinculação ao papel derivava, em grande medida, da exigência de que os sujeitos obrigados no título o assinassem, assinatura esta que deveria ser *manuscrita e lançada no próprio documento*.<sup>66</sup> Por não

apresentar a assinatura das partes, ainda que materializado em papel, o boleto bancário jamais seria documento para fins cambiais. Consequentemente, não seria lícito realizar o protesto por indicação nem a execução judicial baseados no boleto bancário, ainda que acompanhado do comprovante de entrega da mercadoria ou prestação do serviço:

Em face do até aqui exposto, cumpre, mais uma vez, chamar a atenção para o que está ocorrendo nos dias de hoje: a desobediência aos termos da Lei vigente. Como é sabido, a maioria das duplicatas são apresentadas por intermédio dos bancos, seja por terem recebido endosso mandato, seja por qualquer outra forma que tomam os contratos bancários. Todavia, os bancos não se dão mais ao trabalho de encaminhar as cártyulas ao sacados: enviam um documento eletrônico que, de forma nenhuma, supre a apresentação da duplicata segundo os ditames da Lei. Isto equivale a dizer que inexistirá ação de execução para tal duplicata.

Mas não são só os bancos que estão praticando esse ato contrário à lei, a quase totalidade daqueles a quem é dado o direito de sacar duplicatas, assim estão procedendo.

Nesse passo, não cabe modificação na lei, autorizando a apresentação da cártyula por meio de documento eletrônico, pois isto é macular todos os princípios que orientam os títulos de crédito: é reduzir a duplicata a um título sem valor, como já está acontecendo com o cheque.<sup>67</sup>

63 ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Servanda, 2009, p. 61.

64 ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006, p. 638. “La necessità e la sufficienza del documento per la realizzazione della prestazione sono condizioni indispensabili perché alla circolazione del documento, e per effetto di questa, consegua la circolazione del diritto alla prestazione stessa.”

65 AUDETÀ, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 314. “Il titolo di credito è, anziutto, un *documento constitutivo* del diritto cartolare, nel senso che se non si crea un documento (con le caratteristiche stabilitate, o riconosciute, dalla legge) non è possibile costituire un diritto cartolare. Il diritto cartolare è collegato al documento non solo nel momento della sua costituzione, ma anche nel momento della sua circolazione. (...) Il diritto cartolare è, infine, collegato al documento anche nel momento della sua estinzione (pagamento).”

66 Discorrendo longamente sobre o tema: RESTIFFE NETO, Paulo. *Novos rumos da duplicata*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 57 a 72. No mesmo sentido: COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito eletrônicos. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, ano I, n° 01, 1994. “Assim sendo, quando aquele § 3º do art. 889 do Código Civil autoriza que ‘o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos’ previstos no mencionado artigo, a expressão ‘poderá ser emitido’ está ali no sentido de criar, dar existência, materializando os dados no papel, com exceção da assinatura. Afirmamos que essa materialização é incompleta pela falta da assinatura do próprio punho do emitente. É que a assinatura deve ser real, legítima, do próprio punho do signatário, não podendo ser digital

ou criptografada neste caso, representando um conjunto de bits não identificáveis, a não ser por um programa denominado chave pública. O que pode ocorrer, depois de constar os dados exigidos no papel, é o emitente colocar sua assinatura legítima, transformando aquele papel em título e até mesmo em título de crédito. Mas este não será, nunca, ‘título de crédito eletrônico’ ou ‘virtual’, pois nasce tanto de um computador, por via de uma impressora, como de qualquer máquina de escrever. Infelizmente, isto não é ser eletrônico.”

67 ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Duplicata sem aceite: título de crédito que está perdendo seu valor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13,

Um dos mais ferrenhos defensores dessa corrente foi Wille Duarte Costa. Para ele, jamais haveria título de crédito eletrônico e o protesto de uma duplicata nunca poderia ser feito a partir da apresentação de boleto bancário. Tal autor sempre desferiu ferozes críticas a quem ostentasse posicionamento contrário.<sup>68</sup>

Em sentido diametralmente oposto, formou-se linha de pensamento cujo principal expoente foi Newton De Lucca. Desde a década de 80, este autor já havia enfrentado as principais questões jurídicas relacionadas à desmaterialização dos títulos de crédito, tendo levado a efeito esta tarefa por ocasião da clássica dissertação intitulada “A cambial-

p. 90-97, jan. 2003, p. 96-97. Vide, ainda: COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito eletrônicos. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, ano I, nº 01, 1994. “[o boleto bancário] não pode ser considerado duplicata, já que a duplicata tem, por força de lei, modelo próprio. Então, o estabelecimento de outro modelo para a duplicata, diferente do oficial, é absurdo e é abusivo. (...) Então, não há como falar e admitir duplicata-eletrônica, duplicata-escritural, duplicata-virtual e outras, pois seu aspecto formal e o seu nome não podem ser modificados sem determinação legal.”

<sup>68</sup> COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito eletrônicos. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, ano I, nº 01, 1994. “A assinatura deve ser real, legítima, verdadeira e do próprio punho do emitente. No entanto, Newton De Lucca insinua, como já afirmamos, que o título de crédito eletrônico, nascendo para ele do § 3º do art. 889, o requisito assinatura ‘deve ser tido como suprível’. Isto quer dizer que não precisa existir a assinatura. Esse absurdo nós não vamos engolir. Só ele pode enxergar tal disposição, admitindo a possibilidade da inexistência da assinatura nos títulos de crédito. Ali, no Código, ninguém vê tamanha bobagem. Até alunos iniciantes no Curso de Direito entendem o contrário do que aquele autor afirmou. Tal afirmação é insustentável e só é mantida pela vaidade própria.” Em obra posterior, o mesmo autor reforçou esse posicionamento: COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*: de acordo com o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 422. “É verdade que o Professor Newton De Lucca sugeriu apenas a aplicação do exemplo francês ao nosso Direito. Mas outros fizeram afirmações como se fossem verdades, como aconteceu com Celso Barbi Filho, Luiz Emygdio e Fábio Ulhoa Coelho, que não tiveram o menor cuidado em suas análises, confundindo leitores, analistas e aplicadores do Direito. Quem tem achado ótimo são as Instituições Financeiras, que só têm a ganhar com o procedimento. Por isso, elas procuram incentivar tal prática contrária ao Direito, mas, para elas, ótima para desburocratizar os serviços bancários e reduzir seus custos.”

extrato”, na qual abordou a primeira experiência mundial a respeito, consubstanciada, como visto, no modelo francês da *Lettre de Change-Relevé*. Já naquela época Newton De Lucca antevira que algo semelhante viria a ocorrer também no Brasil.<sup>69</sup> Décadas mais tarde, a prática ganhou o decisivo apoio de Fábio Ulhoa Coelho,<sup>70</sup> tendo se consolidado na doutrina pátria a expressão “duplicata virtual”.

O que sustentava esta corrente alternativa, em resumo, era o fato de que o princípio

<sup>69</sup> DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 124-125. “Podemos afirmar, a salvo de equívoco, que o problema sentido pelo Sistema Bancário da França e que, conforme vimos, determinou o surgimento de soluções do tipo *Lettre de Change-Relevé*, está igualmente presente no Sistema Bancário Nacional, violentamente onerado, no caso, pela nossa duplicata. Foi essa circunstância que nos levou, sem dúvida, ao estudo da sistemática francesa da LCR, pois estamos convencidos de que, num futuro mais ou menos próximo, deveremos encontrar alguns sistemas substitutivos quer do nosso sistema de cobrança, quer de nosso sistema de desconto de duplicatas.” Assim como Wille Duarte Costa, Newton De Lucca também se manteve fiel a suas convicções, as tendo reforçado em escritos posteriores: DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 41-44; DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60, p. 169-188, abr. 2013.

<sup>70</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 469. “Ao admitir o pagamento a prazo de uma venda, o empresário não precisa registrar em papel o crédito concedido; pode fazê-lo exclusivamente na fita magnética de seu microcomputador. A constituição do crédito cambial, através do saque da duplicata virtual, se reveste, assim, de plena juridicidade. Na verdade, o único instrumento que, pelas normas vigentes, deverá ser suportado em papel, nesse momento, é o *Livro de Registro de Duplicatas*. (...) O crédito registrado em meio eletrônico será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Por via telefônica, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita – abatidos os juros contratados – o seu valor na conta de depósito do empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata virtual. De posse do boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco do país. Em alguns casos, quando o devedor tem o seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica.”

da cartularidade dos títulos de crédito estava a merecer releitura contemporânea, com a progressiva substituição da cártyula em papel por documentos eletrônicos.<sup>71</sup> Newton De Lucca fez a percutiente observação a seguir:

Parece-nos que, se por injustificado apego ao conceitualismo, se concluisse pela total impossibilidade de estabelecer uma relação dialética entre os novos instrumentos da Informática Bancária, ora em fase de franco desenvolvimento, e a concepção tradicional dos títulos de crédito, seria necessário, pelo menos, tendo em conta essa realidade irrecusável que é a mobilização de vultosas somas em dinheiro proporcionada por aqueles instrumentos, modificar a amplitude conceitual do que se configura como um “documento”.<sup>72</sup>

Desde então, o que vem sendo discutido é, fundamentalmente, se as informações armazenadas em suporte eletrônico também se amoldam ao conceito jurídico de documento, tendo em vista as evidentes distinções entre o papel e o suporte eletrônico. Em outras palavras, se haveria uma interpretação contemporânea do princípio da cartularidade dos títulos de crédito, apta a englobar os documentos eletrônicos.

Como visto há pouco, uma das principais críticas ao documento eletrônico era o fato de que, nele, não havia assinatura autógrafa, dada de próprio punho pelas

partes vinculadas ao instrumento. Consequentemente, não haveria como identificar, com segurança e precisão, quem seriam as pessoas obrigadas no título de crédito. Hoje, evidentemente, já existem recursos tecnológicos capazes de assegurar a autoria e integridade de um documento eletrônico. Curioso é notar que, na década de 80, muito antes da dispersão da internet para fins comerciais ou da assinatura digital assimétrica, Newton De Lucca já havia alertado para o problema, esclarecendo haver mecanismos alternativos à solução do impasse. Com efeito, citado autor relembraria que nos primórdios da Idade Média os documentos eram identificados por selos que lhes eram apostos, e não por assinaturas, até porque nem mesmo os nobres eram todos alfabetizados. Tal fato não impediu que aqueles documentos fossem regularmente aceitos como prova.<sup>73</sup> Ou seja: *a assinatura manuscrita nem sempre foi a maneira tradicional de identificação da autoria e integridade de um documento*. Algumas existiram antes dela e outras podem surgir depois, sem maiores problemas.

Também não se diga que a assinatura manuscrita confere maior segurança do que outras formas de identificação. Na verdade ocorre o contrário. A maior segurança adviria da forma preconceituosa com que se identificam atualmente os analfabetos, pela aposição do polegar embebido em tinta, a fim de colher suas digitais. A falsificação de assinaturas é muito mais fácil do que a das digitais, visto que estas, em regra, não se alteram ao longo da vida. E, no entanto, hoje é raro quem sugi-

<sup>71</sup> Na feliz síntese de Alexandre Assumpção e Lívia Faria: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; FARIA, Lívia Sant'Anna. *Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_ferreira\\_de\\_assumpcao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2013, p. 301. “Na era virtual, em que as operações são marcadas pela informatização, não é mais possível que a matéria ainda continuasse a ser tratada como o envelhecido modelo de título de crédito incorporado ao papel, que apesar de ter exercido grande importância no passado, hoje não mais pode nem deve ser tratado como fundamental à produção de riquezas.”

<sup>72</sup> DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 70-71.

<sup>73</sup> DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 72-73. “É difícil conhecer-se, hoje, a razão pela qual passou-se a aceitar a simples assinatura, sendo provável, como faz ver Dino Viesi, que tal aceitação tenha se dado porque os grandes senhores de terras tenham aprendido a ler e a escrever. (...) Se o problema fosse apenas de segurança, teríamos de utilizar, na verdade, o sistema hoje prevalecente para os analfabetos que, em termos de identificação, é positivamente muito mais seguro do que a assinatura. Serve a presente digressão para mostrar que a concepção de um documento sem assinatura poderá representar a própria evolução natural dos fatos, não devendo o jurista supor que os seus conceitos sobre a realidade social sejam imutáveis.”

ra que todos, indistintamente, se identifiquem nos negócios do dia-a-dia pela aposição das digitais ao invés da assinatura, como fazem os analfabetos...

Porém, admitindo-se que a história é cíclica, não será espanto se num futuro próximo todos venham a se identificar de maneira análoga ao que fazem atualmente os analfabetos, ou seja, por características físicas singulares, como as impressões digitais ou o contorno da íris, ao invés da tradicional assinatura de próprio punho. É o que sugere o futuro da biometria.<sup>74</sup> Assim, afirmar – como fez a primeira corrente – que a assinatura manuscrita é a única forma de assegurar a autoria e integridade de um documento, capaz de convertê-lo em título de crédito, representa, a um só tempo, desprezo tanto do passado quanto do provável futuro da humanidade.

Neste ponto, é preciso adentrar um pouco mais o conceito de documento, a fim de deixar clara sua compatibilidade com o suporte material eletrônico. Há quem defenda que a palavra documento deriva do verbo latino *docere*, que significa ensinar.<sup>75</sup> Entretanto, o

dicionário registra que o termo surgiu a partir do substantivo *documentum*,<sup>76</sup> que significa prova, amostra. Obviamente, não se pode confundir o sentido técnico-jurídico de uma expressão com seu significado gramatical. Todavia, é altamente aconselhável *iniciar* a análise jurídica a partir do significado gramatical das palavras. Afinal, a linguagem é o instrumento básico do Direito. Pelo significado gramatical, documento teria alcance amplo, compreendendo tanto os textos *escritos* quanto as imagens e gravações. Tudo que pudesse ser registrado para, no futuro, fazer prova de um fato. Porém, em sentido técnico-jurídico consideram-se como documento apenas os textos escritos.<sup>77</sup> O que importa destacar é que a prova documental deve sempre estar fixada em algum *suporte material*,<sup>78</sup> ou seja,

<sup>74</sup> MATTE, Maurício. Assinatura eletrônica biométrica – reflexões sobre os impactos da clonagem humana. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 08, p. 181-188, out./dez. 2001, p. 184. “(...) a verificação biométrica é método automatizado, pelo qual a identidade de um indivíduo é confirmada examinando-se uma característica fisiológica, única (até então) e pessoal, ou por meio de análise de características de comportamento. É necessário, portanto, explicar o aspecto dicotômico da assinatura biométrica. Características fisiológicas são particularidades físicas estáveis de cada ser humano, como impressão palmar, formato da íris, DNA, entre outras, em que praticamente inexistem alterações. Ao contrário, características comportamentais, como assinatura (firma), padrões de voz, digitação etc. são influenciadas por fatores físicos ou externos, o que gera a necessidade de se atualizarem os padrões de controle biométrico com maior periodicidade.” Igualmente: SCALIONI, Silas. Corpo como senha. *Caderno Informática, jornal Estado de Minas*. Belo Horizonte, p. 1, 06 out. 2005, p. 01. “Biométrica, que dá nome à tecnologia, é um termo de origem grega formado pela união das palavras *bios* (vida) e *métron* (medida). Ou seja, na ponta da língua significa medida da vida. Biometria eletrônica, portanto, é a forma usada para identificar pessoas através de vários processos, considerados irrefutáveis, que integram o indivíduo.”

<sup>75</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O conceito de documento eletrônico. *Repertório IOB de Jurisprudência*. Belo Horizonte, n. 14, p. 302-306, 2ª quinzena, jul. 2000. Caderno 3.

<sup>76</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, p. 393. “Na definição de Carnelutti, documento é ‘uma coisa capaz de representar um fato.’ É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retração material de algum acontecimento. Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem. Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos, etc. Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado.” Vide, ainda: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 2, p. 19. “Documento é toda coisa capaz de representar um fato. Pode constituir prova documental se for apta a indicar diretamente este fato ou prova documentada, quando a representação do fato se dê de forma indireta.”

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 2, p. 19. “Os documentos compõem-se de dois elementos. Haverá sempre um conteúdo e um suporte. O primeiro equivale ao aspecto semiótico do documento, à idéia que pretende transmitir. Revela, portanto, o próprio fato que se pretende representar através do documento. Já o suporte constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a idéia transmitida. Vale ressaltar que é freqüente equiparar o suporte da prova documental à escritura. Imagina-se que somente haverá prova documental nas situações de prova escrita. Todavia, o suporte do docu-

um substrato que permita preservar as informações ao longo do tempo. Isto, porém, não autoriza concluir que somente o papel seja suporte material válido. Antes dele, outros materiais exerceram essa função, como a madeira e o pano. No cenário atual, ganham cada vez mais espaço as mídias eletrônicas, como os discos rígidos de computador, pen drives, dvds, armazenamento em nuvem, etc. Todas permitem preservar o conteúdo do documento, enquadrando-se no conceito de suporte material. E isto não por predileção pessoal do autor, mas por força de lei.

Com efeito, desde o ano de 2001, o Brasil implantou sistema destinado a garantir a autenticidade e integridade dos documentos armazenados em suporte eletrônico. Tal sistema denomina-se Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, ou simplesmente ICP-Brasil. Tem por objetivo conferir segurança aos documentos eletrônicos,<sup>79</sup> equiparando seus efeitos jurídicos ao do documento em papel.<sup>80</sup> Existe no país, destarte, inegável

fundamento legal para a validade jurídica do documento eletrônico. Tanto assim que o próprio processo judicial vem se desmaterializando, progressivamente.<sup>81</sup> Através da ICP-Brasil e do procedimento<sup>82</sup> de assinatura digital assimétrica<sup>83</sup> é possível assegurar que um documento eletrônico tenha confiabilidade igual ou superior à dos documentos em papel. Este procedimento garante, com precisão matemática, que o documento tenha sido realmente assinado por determinado sujeito, bem como sua completa transmissão ao

<sup>79</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.419. Brasília: 19.12.2006.

“Art. 1º. O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.”

Aliás, a tendência à desmaterialização do processo vem se manifestando mundialmente, como concluíram os anais do XIII Congresso Mundial de Direito Processual: WALKER, Janet; WATSON, Garry D. New Technologies and the civil litigation process common law: general report. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coord.). *Direito processual comparado: XIII Congresso Mundial de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119-151.

<sup>80</sup> NORI, Fábio. *A prova da autoria e da integridade no documento assinado digitalmente*. 2011. 84 f. Monografia (Especialização em Direito de Informática) - Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, São Paulo, p. 05. “Neste estudo consideramos que a assinatura digital aposta a um documento é fruto de três procedimentos: um matemático, um usado para construir o liame entre o requerente e o certificado e um para a aposição da assinatura ao documento eletrônico. (...) esses três procedimentos são independentes no tempo e no espaço e assinalamos que somente a sucessão deles segundo a sequência lógica iniciada pela identificação, seguida da entrega do certificado e concluída pela aposição da assinatura permite gerar plenamente os efeitos probatórios pretendidos para a assinatura digital. Por isso sustentamos que não é a assinatura digital per si, mas sim o procedimento segundo o qual ela é produzida que gera as presunções de autoria e integridade do documento eletrônico assinado digitalmente.”

<sup>81</sup> NORI, Fábio. *A prova da autoria e da integridade no documento assinado digitalmente*. 2011. 84 f. Monografia (Especialização em Direito de Informática) - Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, São Paulo, p. 40-41. “A assinatura digital não é propriamente uma assinatura como estamos acostumados a reconhecer uma, mas é meramente a prova através de procedimento informático da integridade de um arquivo e de sua associação com uma cifra associada a um certificado. Não há vinculação direta entre a assinatura digital e seu titular sendo essa relação auferida indiretamente a partir da relação de titularidade entre o autor da assinatura e o certificado.”

mento não se limita à via do papel escrito. Ao contrário, o que caracteriza o suporte é o fato de tratar-se de elemento real, pouco importando sua específica natureza. Desta forma, o suporte pode ser uma folha de papel, mas também será o papel fotográfico, a fita cassete, o disquete de computador etc.”

<sup>79</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 2.200-2. Brasília: 24.08.2001.

“Art. 1º. Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.”

<sup>80</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 2.200-2. Brasília: 24.08.2001.

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.”

§ 1º. As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 10 de janeiro de 1916 - Código Civil.” O Código Civil confirma esse posicionamento: BRASIL. Congresso Nacional. Código Civil. Brasília: 10.01.2002.

“Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”



destinatário, sem interceptações ou alterações de conteúdo (integridade).<sup>84</sup>

Assim, não se justifica o temor de que, por ser composto por mera sequência de *bits* ao invés de consubstanciar cártula em papel, seja impossível diferenciar o original de um documento eletrônico e sua cópia. Com efeito, essa distinção é possível quando um dos documentos está digitalmente assinado e o outro não:

Neste viés a cópia e o original do documento eletrônico podem ser identificados se imaginarmos que todo documento assinado é um original e todo documento sem assinatura cujo conteúdo seja idêntico ao assinado é uma cópia. Queremos dizer que um documento assinado digitalmente é um original e o mesmo documento em outro suporte ou meio, *e.g.* quando impresso, é uma cópia simples.

A prova da integridade da cópia decorre meramente do resultado da comparação entre os conteúdos dos documentos assinado digitalmente e impresso.

Entendemos que qualquer reprodução, mesmo que exata do conteúdo do documento desprovida da assinatura digital

é uma cópia simples do documento assinado digitalmente, pois dela não se pode determinar com segurança nem a autoria e nem a integridade o que reverte o ônus da prova para condição do documento apócrifo.

(...)

Assim sendo passamos a ter um *tertium genus*, o documento original como sendo aquele assinado digitalmente, as cópias eletrônicas exatas do documento eletrônico contendo também a assinatura digital, que também são originais e a cópia do documento eletrônico ou de seu conteúdo desacompanhada da assinatura digital, cuja integridade e autoria somente são aferidas mediante a comparação com o conteúdo do documento assinado digitalmente.<sup>85</sup>

De toda forma, é possível criar cópias idênticas de um documento eletrônico apondo-se nele, duas ou mais vezes, a mesma assinatura digital assimétrica. Aparentemente, isto seria óbice aos títulos de crédito eletrônicos, já que a circulação simultânea de mais de uma via da cártula atenta contra os princípios basilares do Direito Cambial. No entanto, analisando-se com cautela percebe-se que a possibilidade de existir simultaneamente mais de uma via original do mesmo documento não é privilégio daqueles consubstancializados em suporte eletrônico. Também nos documentos em papel isto pode ocorrer. Basta que as partes assinem duas ou mais vias de um mesmo instrumento, caso em que todas serão consideradas originais. E isto ocorre rotineiramente nos contratos, sem maiores questionamentos. A diferença está apenas no mecanismo utilizado para diferenciar original e cópia: a assinatura digital assimétrica ao invés da assinatura de próprio punho. Feita essa diferenciação, ambos constituem prova

<sup>84</sup> Aliás, uma das vantagens do documento eletrônico em relação à forma tradicional, em papel, é justamente isso. Caso haja interceptação do documento eletrônico ou alteração não consentida de seu conteúdo, o destinatário não conseguirá abri-lo. Ou seja, o próprio documento eletrônico espontaneamente denuncia a existência de fraudes.

<sup>85</sup> Um dos mais precisos trabalhos nacionais a respeito assim se posicionou: NORI, Fábio. *A prova da autoria e da integridade no documento assinado digitalmente*. 2011. 84 f. Monografia (Especialização em Direito de Informática) - Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, São Paulo, p. 51-52.

documental típica.<sup>86</sup> Tal ponto, assim, não parece ser óbice à futura adoção dos títulos de crédito eletrônicos.

Pode-se resumir o que foi dito há pouco em duas conclusões: 1) a assinatura manual, de próprio punho, não é a única forma legalmente admissível para assegurar a autoria e integridade de um documento; 2) o papel não é o único suporte material admissível para o registro dos documentos. Estas conclusões apontam para a validade jurídica dos documentos eletrônicos, eventualmente até daqueles que consubstanciem título de crédito.

Há, todavia, quem sustente que o conceito de documento, em sua feição clássica, tal como utilizado para definir título de crédito, não poderia contemplar o documento eletrônico, visto que este tipo de suporte material não existia à época. A parte final do raciocínio é incontestável: quando Cesare Vivante cunhou seu conhecido conceito de títulos de crédito, não existiam documentos eletrônicos. A divergência reside na conclusão que se extrai disto. Segundo alguns autores, porque a modalidade eletrônica não fora cogitada expressamente no conceito clássico de documento, ela seria incompatível com este conceito.<sup>87</sup> Ora, a tão aclamada

técnica dos conceitos normativos abertos, ou indeterminados,<sup>88</sup> visa justamente a permitir que os dispositivos legais se adaptem à evolução da humanidade sem necessidade de alteração do texto da lei.<sup>89</sup> Alguém duvida que o conceito de empresa do artigo 966 do Código Civil poderá vir a abranger novas atividades empresariais que porventura surjam, justamente por ser indeterminado? Seria por acaso equivocado qualificar novas atividades como empresa, quando venham a preencher todos os requisitos do artigo 966, simplesmente porque à época da entrada em vigor do Código Civil de 2002 elas ainda não existiam? Evidentemente, a resposta é negativa.

O que não se deve fazer é deturpar conceitos históricos, descontextualizando-os da época em que foram elaborados. Coisa muito diversa e saudável é reler os conceitos jurídicos indeterminados, como o de documento, à luz do estágio atual de desenvolvimento da humanidade. Portanto, não se vislumbra óbice para reconhecer o suporte eletrônico como espécie de documento, inclusive na definição científica dos títulos de crédito. A estes se aplica, perfeitamente, a definição de documento eletrônico que formulei em outra obra:

<sup>86</sup> LOMBARDO, Luigi. Profili delle prove civili atipiche. In: CARIOLA, A.; CORSARO, A.; ALTURA, G. D. et alii (Coord.). *Il diritto delle prove*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 46. “Una prima categoria di prove da prendere in esame è quella dei nuovi mezzi di riproduzione meccanica del fatto; prove documentali che solo in apparenza sono atipiche, ma che in realtà costituiscono una specie con variazioni di corrispondenti prove tipiche.”

<sup>87</sup> Assim, por exemplo: SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIX, nº 155/156, p. 186-212, ago./dez. 2010, p. 209. “Deste modo, primeiramente, surge a questão da aplicação do conceito de documento dado por Francesco Carnelutti à definição de título de crédito criada por Cesare Vivante, o que viabilizaria, conceitualmente, a admissibilidade dos títulos de crédito eletrônicos. Por mais que hoje realmente não se negue (e nem nós o fazemos) que os documentos produzidos eletronicamente constituem verdadeiros documentos (nos termos da legislação vigente no país), a utilização de obras de juristas que em outra época viveram, a fim de jus-

tificar a existência dos títulos de crédito eletrônicos, foge da boa técnica interpretativa. Isso porque, como é cediço, se deve vislumbrar as obras de acordo com o período em que escritas, atentando-se à realidade na qual o autor estava atrelado, sendo equivocado usar categorias e escolhas valorativas resultantes de uma aplicação realizada no presente para julgar textos passados.”

<sup>88</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115-116. “Não se sentindo o legislador atual capacitado a normatizar detalhadamente e com plena eficácia os direitos conquistados pela sociedade contemporânea, viu-se obrigado a lançar mão de outra técnica legislativa, cuja especificidade está no prestígio dos critérios hermenêuticos. Com esse propósito, incrementaram-se as normas *descritivas* ou *narrativas*, cuja tônica não é preceptiva, mas axiológica. Por meio delas, definem-se modelos de conduta à luz de princípios que irão orientar o intérprete, tanto nas situações já tipificadas como nas atípicas (i.e., as não previstas no ordenamento).”

<sup>89</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33-34.

(...) pode-se definir documento eletrônico como o texto escrito que representa um fato e tem como suporte material uma mídia eletrônica.<sup>90</sup>

Vale destacar que na mesma época das críticas feitas pela primeira corrente doutrinária já existiam estudos sobre o armazenamento de documentos em suporte eletrônico e a assinatura digital assimétrica como sucedâneo da assinatura manuscrita.<sup>91</sup> Inclusive, tais práticas estavam em estágio avançado nos Estados Unidos da América, o que evidencia que a releitura do conceito clássico de documento não somente é possível como palpável.

Apesar de todas essas considerações, a primeira corrente histórica traz um derradeiro argumento contra os títulos de crédito eletrônicos. Sustenta que a cártyula promove a “coisificação do crédito”, o qual se incorpora ao documento em papel, de modo que o que circula é esse documento e não o crédito.<sup>92</sup> Consequentemente, sem a existência desse documento corpóreo não haveria circulação do título de crédito.

O argumento não impressiona. É fato que se deve diferenciar a circulação do *direito de crédito* da circulação do próprio *título de crédito*. A primeira vem sendo feita no Brasil, de maneira escritural, sem a transferência da cártyula, há mais de 40 anos. A tendência é evoluir para que também a circulação do pró-

prio título de crédito ocorra em meio eletrônico. *Atualmente, ainda não atingimos esta quarta fase histórica, mas os instrumentos capazes de possibilitar isto, do ponto de vista fático/tecnológico e jurídico, já existem.* O desafio é incorporá-los à prática do comércio.

Se, como visto, o documento pode ser eletrônico ou em papel, sua circulação também pode se processar destas duas maneiras. Há, inclusive, a possibilidade de *transposição do suporte material*, do papel para o meio eletrônico, ou vice-versa. Em outras palavras, o título de crédito eletrônico não deixa de ser um autêntico documento, modifica-se apenas o seu suporte material. A regra a ser observada para evitar fraudes é a de que um só tipo de suporte possa circular de cada vez, sendo *vedada a circulação simultânea do mesmo título, em mais de um suporte material ou em mais de uma via do mesmo suporte*. Pode ocorrer, por exemplo, que o título tenha por base inicialmente o papel, mas ao longo de sua circulação adote o suporte eletrônico. Neste caso, só serão válidas as declarações cambiais (como endosso e aval) lançadas na via eletrônica, devendo o espelho em papel sair imediatamente de circulação.

Ademais, *cada via eletrônica do título mantém sua singularidade*, pois a certificação digital assimétrica torna esse documento único e insusceptível de alteração não consentida. O propalado risco de vias simultâneas do mesmo título e a insegurança disto decorrente<sup>93</sup> não é atributo exclusivo do suporte

90 PARENTONI, Leonardo Netto. *Documento eletrônico: aplicação e interpretação pelo poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36.

91 Vide, por todos: ROHRMANN, Carlos Alberto. *Electronic promissory notes*. Los Angeles: University of California, 1999.

92 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1961, t. 34, p. 213. “Logo, podemos dizer que a lei de circulação dos títulos de crédito é aquela que cuida diretamente da circulação do título de crédito (que é documento móvel e corpóreo); apenas indiretamente é que se pode falar de circulação de direitos mencionados no título.” No mesmo sentido: SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIX, nº 155/156, p. 186-212, ago./dez. 2010, p. 198. “Sempre que se transmite um documento eletrônico ele é duplicado (logo, o documento eletrônico nunca será único), sendo ingenuidade crer que a transmissão de um documento digital seja equivalente à tradicional transmissão de uma cártyula. Portanto, sendo viável a reprodução do documento, justamente o que ocorre quando ele é endossado a outrem, tem-se que sua matriz é exatamente igual ao documento transmitido; inexiste diferença entre o documento que fica com o endossante e o repassado ao endossatário, salvo a existência de uma assinatura (digital) a mais, referente ao endosso. Todavia, tal não satis-

93 Assim pensa, por exemplo: SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIX, nº 155/156, p. 186-212, ago./dez. 2010, p. 198. “Sempre que se transmite um documento eletrônico ele é duplicado (logo, o documento eletrônico nunca será único), sendo ingenuidade crer que a transmissão de um documento digital seja equivalente à tradicional transmissão de uma cártyula. Portanto, sendo viável a reprodução do documento, justamente o que ocorre quando ele é endossado a outrem, tem-se que sua matriz é exatamente igual ao documento transmitido; inexiste diferença entre o documento que fica com o endossante e o repassado ao endossatário, salvo a existência de uma assinatura (digital) a mais, referente ao endosso. Todavia, tal não satis-

material eletrônico. Como visto, também nos documentos em papel é possível extrair simultaneamente duas ou mais vias originais, desde que todas estejam assinadas (como rotineiramente ocorre nos contratos). E nem por isso doutrina e jurisprudência vislumbram qualquer ilegalidade nessa prática. Assim, dizer simplesmente que a mudança no modo de assinar estimularia fraudes não é argumento sólido. Quem poderia emitir ilicitamente um título de crédito em papel, assinando-o de próprio punho, poderia fazer o mesmo com um documento eletrônico digitalmente assinado. A fraude está na intenção do agente mais do que no instrumento utilizado para praticá-la.<sup>94</sup> O importante é deixar claro que a assinatura digital assimétrica torna possível diferenciar original e cópia de um documento eletrônico, tal como se faz nos documentos corporificados em papel.

Em verdade, a legislação brasileira já está caminhando na direção sugerida pela segunda corrente doutrinária. Ou seja, rumo à adoção do título de crédito eletrônico. Como primeiro exemplo, pode-se citar a Cédula de Produto Rural – CPR, prevista na Lei nº 8.929/1994 e posteriormente alterada pela Lei nº 11.076/2004. Trata-se de título de crédito emitido em papel/cártula, mas que pode ser registrado em sistema eletrônico autorizado pelo Banco Central do Brasil, passando, a partir de então, a tramitar exclusivamente em meio eletrônico.<sup>95</sup> A Lei nº

---

faz a necessidade de segurança, essencial à disciplina dos títulos de crédito, visto que, à medida que o endossante permanece com o documento 'original', pode ele também cobrar o débito do(s) devedor(s) cambial(s)."

94 Caminhar em sentido contrário seria fechar as portas para a validação jurídica das novas tecnologias, como advertiu, com propriedade, Newton De Lucca: DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60, p. 169-188, abr. 2013, p. 176. "Conclui-se, então, que não existe razão para a celeuma toda que certa parte da doutrina vem criando em torno da duplicata escritural. A situação jurídica continua sendo igual à que existe em relação à duplicata tradicional, igualmente não revestida do atributo da cartulariedade enquanto não aceita."

95 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.929. Brasília: 22.08.1994.

11.076/2004 disciplina também o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA e o Warrant Agropecuário – WA. Assim como na CPR, também para estes dois últimos a lei admite a transposição do suporte em papel para o meio eletrônico, logo após a emissão do título.<sup>96</sup> A Lei nº 11.882/2008, que trata

---

"Art. 19. A CPR poderá ser negociada nos mercados de bolsas e de balcão.

(...)

§ 3º. A CPR registrada em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil terá as seguintes características:

I - será cartular antes do seu registro e após a sua baixa e escritural ou eletrônica enquanto permanecer registrada em sistema de registro e de liquidação financeira;

II - os negócios ocorridos durante o período em que a CPR estiver registrada em sistema de registro e de liquidação financeira não serão transcritos no verso dos títulos;

III - a entidade registradora é responsável pela manutenção do registro da cadeia de negócios ocorridos no período em que os títulos estiverem registrados."

96 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.076. Brasília: 30.12.2004.

"Art. 1º. Ficam instituídos o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA e o Warrant Agropecuário – WA.

§ 1º. O CDA é título de crédito representativo de promessa de entrega de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, depositados em conformidade com a Lei nº 9.973, de 29 de maio de 2000.

§ 2º. O WA é título de crédito representativo de promessa de pagamento em dinheiro que confere direito de penhor sobre o CDA correspondente, assim como sobre o produto nele descrito. (Redação dada pela Lei nº 11.524, de 2007)

§ 3º. O CDA e o WA são títulos unidos, emitidos simultaneamente pelo depositário, a pedido do depositante, podendo ser transmitidos unidos ou separadamente, mediante endosso."

"Art. 3º. O CDA e o WA serão:

I - cartulares, antes de seu registro em sistema de registro e de liquidação financeira a que se refere o art. 15 desta Lei, e após a sua baixa;

II - escriturais ou eletrônicos, enquanto permanecerem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira."

"Art. 17. Quando da 1ª (primeira) negociação do WA separado do CDA, a entidade registradora consignará em seus registros o valor da negociação do WA, a taxa de juros e a data de vencimento ou, ainda, o valor a ser pago no vencimento ou o indicador que será utilizado para o cálculo do valor da dívida.

§ 1º. Os registros dos negócios realizados com o CDA e com o WA, unidos ou separados, serão atualizados eletronicamente pela entidade registradora autorizada."

"Art. 21. Para a retirada do produto, o credor do CDA providenciará a baixa do registro eletrônico do CDA e requererá à instituição custodiante o endosso na cártula e a sua entrega.

§ 1º. A baixa do registro eletrônico ocorrerá somente se:

da Letra de Câmbio Mercantil – LAM, foi adiante, autorizando que este título seja, *desde o início*, emitido em forma escritural eletrônica, bem como que circule desta maneira, sem a existência de cártula/papel.<sup>97</sup> Estes exemplos servem para demonstrar que a mudança de paradigma, rumo à adoção do autêntico título de crédito eletrônico, já está em curso. Passo decisivo nesta mudança pode ser o Novo Código Comercial. Abstraindo-se das várias críticas de ordem técnica à redação do Anteprojeto, fato é que ele, como visto, opta por afastar-se da concepção tradicional de cartularidade, atrelada ao papel, para consagrar os títulos de crédito com suporte eletrônico. E também registra a equivalência entre o suporte material em papel e as mídias eletrônicas.<sup>98</sup>

Assim, é possível afirmar que *tanto do ponto de vista tecnológico quanto jurídico existem bases suficientes para flexibilizar a conceituação clássica do princípio da cartularidade, passando a admitir-se que também sejam considerados no conceito de cártula os documentos com suporte eletrônico.* E mais do que isto, as necessidades do sistema financeiro fazem com que o recurso a este tipo de suporte material seja uma tendência irrefreável.

Reunindo-se tudo o que foi dito, e concentrando-se especificamente na dupli-

cata virtual, pode-se concluir que o boleto bancário não equivale a um título de crédito. Este título é a duplicata que, como visto, permanece em estado potencial/virtual, pois a circulação do crédito se processa de maneira escritural, dispensando a extração da cártula em papel, por conveniência do próprio mercado (costume mercantil). Ainda que não tenha sido extraída, a cártula permanece potencialmente presente ao longo de todo o procedimento. Por isso, a segunda corrente doutrinária, à qual se filia este autor, sustenta que a execução do título de crédito (duplicata virtual) pode se basear no boleto bancário, já submetido a protesto por indicação, acompanhado do comprovante de entrega da mercadoria ou prestação do serviço. Tal procedimento foi descrito, com precisão, por Celso Barbi Filho:

Pela conjugação desses dispositivos legais [refere-se ao art. 15, II e § 2º da Lei nº 5.474/1968, na redação dada pela Lei nº 6.458/1977], conclui-se que o documento original da duplicata pode, juridicamente, estar ausente da execução ou do pedido de falência. Emitida a nota fiscal-fatura e não pago o débito no vencimento aprazado, o credor, ou o banco encarregado da cobrança, comparece ao cartório de protestos – ou mesmo envia simples comunicação eletrônica, como permite a Nova Lei de Protestos – fornecendo os dados da nota fiscal-fatura e do comprador, alegando que o título foi remetido para aceite ou pagamento, não tendo sido aceito, pago nem devolvido. E, assim, requer-se o protesto da duplicata, por indicações do portador (...). Protestada a duplicata supostamente remetida ao sacado – mas em verdade inexistente –, mediante indicações do apresentante, tem-se por suprida sua ausência, ficando o título executivo constituído pela certidão do protesto junto ao comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, comumente o canhoto da nota fiscal-fatura. E, assim

I - o CDA e o WA estiverem em nome do mesmo credor; ou  
II - o credor do CDA consignar, em dinheiro, na instituição custodiante, o valor do principal e dos juros devidos até a data do vencimento do WA."

<sup>97</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.882. Brasília: 23.12.2008.

"Art. 3º. A LAM será emitida sob a forma escritural, mediante registro em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizada pelo Banco Central do Brasil. Parágrafo único. A transferência de titularidade da LAM será operada no sistema referido no *caput* deste artigo, que será responsável pela manutenção do registro das negociações."

"Art. 4º. Aplica-se à LAM, no que não contrariar o disposto nesta Lei, a legislação cambiária."

<sup>98</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011.

"Art. 455. O título de crédito emitido em um suporte pode ser transposto para o outro."

sendo, torna-se possível o ajuizamento de execução judicial (art. 15, II e § 2º da Lei n. 5.474/1968) ou mesmo pedido de falência (...), sem a presença do título de crédito, mas com o título executivo constituído na forma da lei.<sup>99</sup>

Tal procedimento, é inegável, afasta-se da circulação cambial clássica, na qual a própria cártyula é transferida de mão em mão. Porem – não custa lembrar – a análise histórica demonstrou que a circulação das duplicatas, tradicionalmente, já adotava rito diverso do previsto em lei, sempre buscando a simplificação da cobrança. Destarte, a duplicata virtual representa nada mais do que a evolução desse procedimento, adequando-o às novas tecnologias. Note-se que a Lei nº 5.474/1968 tem disposições que desbordam do Direito Cambiário comum, na medida em que não exige que a quitação seja lançada no próprio título, admitindo, ao contrário, que consubstancie documento separado, desde que faça referência ao título.<sup>100</sup> Ora, se a própria Lei de Duplicatas admite que declarações cambiais sejam validamente lançadas fora da cártyula em papel, e se isto é tolerado em relação à quitação, uma das mais importantes declarações cambiais, também o seria para outros fins, como a cobrança do crédito via boleto bancário, na sistemática da duplicata virtual.

Por todas essas razões, e adotando-se uma perspectiva funcional<sup>101</sup> ao invés de meramente formal, chega-se à conclusão de que o artigo 15, II e § 2º da Lei nº 5.474/1968<sup>102</sup> podem ser interpretados no sentido de permitir a execução do boleto bancário acompanhado dos comprovantes de entrega da mercadoria ou prestação do serviço, após regular protesto por indicação. *Do ponto de vista funcional, a remessa do boleto bancário ao devedor cumpre a mesma finalidade desempenhada pela cártyula da duplicata*, cientificando-o da existência da dívida, valor e prazo para pagamento, bem como oportunizando a recusa justificada do aceite. Na ausência de formalização desta recusa, em prazo hábil, a duplicata virtual substitui a extração da cártyula, podendo ser executada judicialmente. É isto o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, consolidando a terceira fase histórica das duplicatas no Brasil, como se verá adiante.

<sup>101</sup> Funcional no sentido de que se preocupa mais com a função do instituto e de sua aptidão para realizá-la do que com a nomenclatura que se lhe atribua ou o procedimento utilizado para realizar tal função, como paradigmaticamente tratado na seguinte obra: KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul *et alii. The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach.* 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 04. “Our analysis is ‘functional’ in the sense that we organize discussion around the ways in which corporate laws respond to these problems, and the various forces that have led different jurisdictions to choose roughly similar – though by no means always the same – solution to them.”

<sup>102</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

(...)

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
- c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

(...)

§ 2º - Processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo.”

99 BARBI FILHO, Celso Agrícola. *A duplicata mercantil em juízo.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37-40. No mesmo sentido: DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.* v. 60, p. 169-188, abr. 2013, p. 176. “Para mim, o direito positivo brasileiro, graças à extraordinária invenção da duplicata, encontra-se suficientemente aparelhado para, sem alteração legislativa, conferir executividade ao crédito registrado e negociado apenas em suporte magnético.”

100 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.474. Brasília: 18.07.1968.

“Art. 9º. (...)

§ 1º. A prova do pagamento é o recibo, passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título ou em documento, em separado, com referência expressa à duplicata.”

## 5. O papel da jurisprudência culminando na uniformização pelo STJ.

Quanto às duplicatas virtuais, inicialmente prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que o protesto por indicação só poderia ser lavrado mediante apresentação da cártyula, ou seja, da própria duplicata em papel. O boleto bancário, mesmo de uso corrente, não se prestaria a tal finalidade, por duas razões: primeiro, porque não é título de crédito; segundo, porque não está sujeito ao aceite. Assim, ele não supriria o saque da duplicata, como autêntico título de crédito:

FALÊNCIA – DUPLICATA MERCANTIL – COMPROVAÇÃO – REMESSA PARA ACEITE – PROTESTO DE BOLETOS BANCÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – EXTRAÇÃO DE TRIPLOCATAS FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS.

(...)

II – A retenção da duplicata remetida para aceite é condição para o protesto por indicação, inadmissível o protesto de boletos bancários.

Recurso não conhecido.<sup>103</sup>

Que o boleto bancário não é título de crédito e realmente não se sujeita a aceite são pontos incontrovertíveis. A questão é que tais características não obstante o protesto por indicação, pois a Lei nº 9.492/1997 passou a autorizar, inclusive, que ele seja feito pela remessa dos dados do título ao cartório, em meio eletrônico. Aliás, o protesto por indicação é justamente a modalidade que dispensa a apresentação original da cártyula. Esta sistemática resguarda o devedor contra a cobrança de dívidas inexistentes (duplicata simulada). De fato, provando-se que o credor oportunizou ao devedor o pagamento do títu-

<sup>103</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp nº 369.808/DF, j. 21.05.2002, Relator Ministro Castro Filho. Entendimento que prevaleceu no STJ até alguns anos atrás: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp nº 953.192/SC, j. 07.12.2010, Relator Ministro Sidnei Beneti.

lo, e provando-se também que executou suas obrigações relacionadas ao negócio jurídico subjacente, não haveria porque obstar-lhe o recebimento do crédito, com base no formalismo de não ter sido extraída a cártyula da duplicata. Mesmo porque, não custa lembrar, neste título o aceite é obrigatório e presumido.

Também não se pode olvidar que a prática mercantil se consolidara, há décadas, no sentido de não extrair a cártyula, a qual se mantém virtual. Ainda que isto não se enquadre na literalidade da Lei nº 5.474/1968, é algo que não pode ser desprezado. Trata-se de fenômeno semelhante ao que ocorreu com o instituto da firma, que, inicialmente, além de nome empresarial era modo de assinar. Porém, há décadas não mais se exige que o sócio assine o nome da sociedade com sua caligrafia pessoal, consentindo que ele assine o próprio nome civil. E nem por isso se entende que todas as firmas grafadas desta maneira são nulas.<sup>104</sup>

Acolhendo estes fundamentos, no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça evoluiu sua jurisprudência para admitir tanto o protesto por indicação, baseado em boleto bancário, quanto a própria execução da duplicata virtual. Desde que, além do citado boleto e do instrumento de protesto, fosse apresentado também o comprovante de entrega da mercadoria ou de prestação do serviço. É o que restou consagrado, por unanimidade, no seguinte acórdão:

**EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO**

<sup>104</sup> ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial: parte geral*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 152. “(...) à vista da responsabilidade ilimitada do titular, tanto faz ele assinar a firma ou razão ou assinar seu próprio nome, como faz na carteira de identidade, por exemplo. Por isso até, nem mesmo as Juntas Comerciais, com a orientação do DNRC, vêm exigindo o lançamento da firma ou razão individual nos documentos a ela submetidos. É uma regra, pois, em desuso e fadada a desaparecer.”

**DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.**

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.

2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

3. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>105</sup>

Contra a decisão foram interpostos embargos de divergência, igualmente rejeitados por unanimidade, nos seguintes termos:

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DAS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVOS COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. EXECUTIVIDADE RECONHECIDA.**

1. Os acórdãos confrontados, em face de mesma situação fática, apresentam solução jurídica diversa para a questão da exequibilidade da duplicata virtual, com base em boleto bancário, acompanhado do instrumento de protesto por indicação e das notas fiscais e respectivos comprovantes de entrega de mercadorias, o que enseja o conhecimento dos embargos de divergência.

2. Embora a norma do art. 13, § 1º, da

Lei 5.474/68 permita o protesto por indicação nas hipóteses em que houver a retenção da duplicata enviada para aceite, o alcance desse dispositivo deve ser ampliado para harmonizar-se também com o instituto da duplicata virtual, conforme previsão constante dos arts. 8º e 22 da Lei 9.492/97.

3. A indicação a protesto das duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados encontra amparo no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97. O art. 22 do mesmo Diploma Legal, a seu turno, dispensa a transcrição literal do título quando o Tabelião de Protesto mantém em arquivo gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida.

4. Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente.

5. Reforça o entendimento acima a norma do § 2º do art. 15 da Lei 5.474/68, que cuida de executividade da duplicata não aceita e não devolvida pelo devedor, isto é, ausente o documento físico, autorizando sua cobrança judicial pelo processo executivo quando esta haja sido protestada mediante indicação do credor, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha recusado o aceite pelos motivos constantes dos arts. 7º e 8º da Lei.

6. No caso dos autos, foi efetuado o protesto por indicação, estando o instrumento acompanhado das notas fiscais referentes às mercadorias co-

105 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, REsp nº 1.024.691/PR, j. 22.03.2011, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

mercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados, não havendo manifestação do devedor à vista do documento de cobrança, ficando atendidas, suficientemente, as exigências legais para se reconhecer a executividade das duplicatas protestadas por indicação.

7. O protesto de duplicata virtual por indicação apoiada em apresentação do boleto, das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados não descuida das garantias devidas ao sacado e ao sacador.

8. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.<sup>106</sup>

A partir dessas decisões, o STJ pacificou a executoriedade da duplicata virtual. Ou seja, acolheu a ideia defendida por Newton De Lucca, desde a década de 80. Apesar disso, não se nota nos votos uma linha sequer de reconhecimento ao primeiro jurista brasileiro que suscitou o tema. É como se fosse possível chegar ao fim da caminhada esquecendo-se do primeiro passo...

Feita essa ressalva, fato é que a executoriedade da duplicata virtual, doutrinariamente defendida desde a década de 80, finalmente ganhou o definitivo apoio da jurisprudência. Resta demarcado, então, o caminho que poderá conduzir a uma nova fase histórica, a do autêntico título de crédito eletrônico. Agora é esperar para ver.

## **6. Conclusão.**

A duplicata é um título de crédito de origem tipicamente nacional. Além disso, tem como traço histórico marcante o fato de, na prática, sempre ter circulado por meio de rito abreviado em relação ao *iter* previsto em lei, a fim de atender às necessidades do mercado, em termos de celeridade na cobrança do crédito. Justamente por isso é nela que se pode vislumbrar o embrião do primeiro título de crédito genuinamente eletrônico, ou seja, criado e transmitido integralmente como documento eletrônico. Ainda que já existam as bases (tanto fática/tecnológica quanto jurídica) para a existência do título de crédito genuinamente eletrônico, fato é que o Brasil ainda não ingressou nesta fase histórica.

Porém, a paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça, consagrando a executividade da duplicata virtual, afastou definitivamente os argumentos em contrário, deixando aberto o caminho evolutivo rumo a esta nova fase. Resta agora aguardar a resposta do mercado, já que a linha evolutiva das duplicatas bem demonstra que costumam partir dele, e não da lei, os passos mais firmes rumo à evolução do instituto.

106 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2<sup>a</sup> Seção, EREsp nº 1.024.691/PR, j. 22.08.2012, Relator Ministro Raul Araújo.

## Referências bibliográficas.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; FARIA, Lívia Sant'Anna. *Desmaterialização de documentos e títulos de crédito: razões, consequências e desafios*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_ferreira\\_de\\_assumpcao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2013.

ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006.

ARANOVICH, Eduardo Dorfmann. Duplicata sem aceite: título de crédito que está perdendo seu valor. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, p. 90-97, jan. 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Servanda, 2009.

AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBI FILHO, Celso Agrícola. *A duplicata mercantil em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. *Revista dos Tribunais*. v. 754, p. 45-67, ago. 1998.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, v. 6.

CATAPANI, Márcio Ferro. A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários: comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691/PR. *Revista do TRF 3ª Região*. n. 112, p. 04-13, mar./abr. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*: de acordo com o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Títulos de crédito eletrônicos. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, ano I, nº 01, 1994.

DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 60, p. 169-188, abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2.

\_\_\_\_\_. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979.

ENEI, José Virgílio Lopes. O caráter supletivo das normas gerais sobre títulos de crédito: comentários ao art. 903 do novo código civil. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo código civil (análise dos artigos 887 a 903)*. São Paulo: Walmar, 2004.

FERNANDES, Jean Carlos. O abuso de direito no protesto de boleto bancário. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, p. 42-51, out. 2006.

FIGUEIREDO, Ivanildo. O suporte eletrônico dos títulos de crédito no projeto do código comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercância ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*. v. 730, p. 50-64, ago. 1996.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O conceito de documento eletrônico. *Repertório IOB de Jurisprudência*. Belo Horizonte, n. 14, p. 302-306, 2ª quinzena, jul. 2000. Caderno 3.

KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul *et alii*. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2007.

LOMBARDO, Luigi. Profili delle prove civili atipiche. In: CARIOLA, A.; CORSARO, A.; ALTURA, G. D. *et alii* (Coord.). *Il diritto delle prove*. Torino: Giappichelli, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 2.

MATTE, Maurício. Assinatura eletrônica biométrica – reflexões sobre os impactos da clonagem humana. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 08, p. 181-188, out./dez. 2001.

NORI, Fábio. *A prova da autoria e da integridade no documento assinado digitalmente*. 2011. 84 f. Monografia (Especialização em Direito de Informática) - Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, São Paulo.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Documento eletrônico: aplicação e interpretação pelo poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2007.

PENNA, Fábio O. *Da duplicita*. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, t. 34.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Novos rumos da duplicita*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de direito comercial*: parte geral. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Electronic promissory notes*. Los Angeles: University of California, 1999.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCALIONI, Silas. Corpo como senha. *Caderno Informática, jornal Estado de Minas*. Belo Horizonte, p. 1, 06 out. 2005.

SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLIX, nº 155/156, p. 186-212, ago./dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

TOMAZETTE, Marlon. A duplicata virtual. *Revista dos Tribunais*. v. 807, p. 725-739, jan. 2003.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Bologna: Francesco Vallardi, 1935, v. III.

WALKER, Janet; WATSON, Garry D. New Technologies and the civil litigation process common law: general report. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coord.). *Direito processual comparado*: XIII Congresso Mundial de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



Jurisprudência em destaque



**APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO  
0010593-39.1999.4.03.6100  
(1999.61.00.010593-1)**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Apelada: URISBELA VIEIRA DUARTE (= ou > de 65 anos)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: ApelReex 1395421

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2014

**EMENTA**

IMÓVEL RURAL “FAZENDA SANTA AVÓIA - GLEBA Nº 2”. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. GEE. DIVERGÊNCIA. APURAÇÃO NO MOMENTO DA VISTORIA DO INCRA. CÁLCULOS PARA O ANO DE 1997. PREPONDERÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DO INCRA. RESERVA LEGAL NÃO AVERBADA. CONSIDERAÇÃO DA ÁREA NO CÁLCULO. IMPRODUTIVIDADE. IMÓVEL PASSÍVEL DE DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA.

1. Subiram os autos para apreciação do reexame necessário e da apelação.  
2. Inicialmente, por força do reexame necessário, deve-se esclarecer que o pedido objeto dos autos é juridicamente possível, o que foi decidido pela r. sentença e não impugnado pelo recurso do INCRA. Deveras, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível a proposição de ação declaratória com o fim de declarar a produtividade de determinada propriedade, especialmente devido ao âmbito restrito que é dado

à ação desapropriatória, que envolve,

basicamente, discussões quanto ao *quantum* indenizatório. Precedentes.

3. É certo que a Constituição Federal só admite desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, de imóvel improdutivo.

3.1. Outrossim, no caso, é certo que analisando os laudos fornecidos pelo perito judicial, pelo INCRA e pelo assistente técnico do expropriado, percebe-se que existe divergência significativa sobre os graus de produtividade do imóvel. Fundamentalmente, essa diferença relaciona-se aos valores do Grau de Efetividade da Exploração (GEE) encontrados para o imóvel em questão, cujo valor deve ser igual ou superior a 100% para que a propriedade seja considerada produtiva (Lei 8.629, art. 6º).

3.2. Em termos gerais, a questão posta nos presentes autos cinge-se a saber em qual momento e mediante quais índices há de se aferir a produtividade do imóvel objeto dos autos, bem como envolve saber se área de reserva legal não averbada em cartório há de ser considerada como área aproveitável do imóvel.

3.3. Análise dessas questões com base nos elementos carreados aos au-

tos, com vistas a aferir juridicamente qual é a produtividade do imóvel.

4. A sentença do juízo a quo adotou o posicionamento defendido pelo perito judicial em cálculo de fl. 429, reiterado na fl. 610. Afirmou o perito judicial (fl. 429): “conclui-se que *atualmente o imóvel rural é totalmente produtivo*, alcançando de acordo com a legislação vigente, Grau de Eficiência na Exploração da Terra igual a 174%” (grifos no original).

4.1. Segundo o INCRA, a diferença de valores do índice GEE relaciona-se em grande medida ao período que deve ser analisado para se apurar a produtividade do imóvel. Isso porque, dos documentos acostados aos autos, verifica-se que houve um interregno de três anos entre o período-base da vistoria feita pelo INCRA (ano de 1997 - fl. 48) e aquela feita pelo perito judicial (ano de 2001 - fl. 415).

4.2. Havendo a possibilidade de se aferir a produtividade do bem na época em que avaliado administrativamente pelo INCRA, tal valor deve prevalecer para fins de sujeição à desapropriação. Se não se leva em consideração na realização da perícia judicial também o marco temporal utilizado na realização da perícia administrativa, há dificuldades, inclusive, de se avaliar a adequação da Administração Pública ao comando de apenas submeter a procedimento de desapropriação a propriedade improdutiva (CF, art. 185, II).

4.3. Deveras, toda e qualquer propriedade deve cumprir sua função social continuamente, nos termos do art. 184 da Constituição e do art. 9º da Lei 8.629/93, sujeitando-se às vistorias da entidade competente (especificamente o INCRA) para aferir o cumprimento desse dever de

hierarquia constitucional.

4.4. Constatada a improdutividade do imóvel no momento em que é vistoriado pelo INCRA, o imóvel passa a sujeitar-se ao procedimento de desapropriação para fins de reforma agrária, que pode ser anulado - uma vez provado erro, dolo ou equívoco/vício de qualquer natureza - se no momento da vistoria o imóvel auferia a condição de produtivo. Improdutivo o imóvel à época da vistoria, o procedimento expropriatório transcorrerá validamente, produzindo todos os efeitos legais. De modo que eventual produtividade posterior do imóvel não terá o condão de afastar os requisitos fáticos e jurídicos de validade ao decreto de declaração de interesse social, por exemplo.

4.5. Posicionamento diferente pode ser adotado apenas excepcionalmente, quando, por razões fáticas, não for possível saber com algum grau de precisão qual a produtividade do imóvel no momento em que foi vistoriado administrativamente pelo expropriante. Esta não é a hipótese dos autos.

4.6. Conclusão diversa acabaria por contrariar princípios autorizadores da desapropriação, afrontando inclusive a isonomia. Com efeito, os proprietários com maiores condições econômicas passariam a ter chances maiores de não se sujeitarem a reforma agrária, alterando, temporariamente (durante o período de processamento da ação declaratória de produtividade, por exemplo), as condições reais do local pelo simples arrendamento de rebanhos ou pela instalação de culturas agrícolas, de modo a que perícia posterior constatasse (naquele momento) o uso mínimo da terra previsto em lei. Precedentes desta E. Corte.

**4.7.** No caso dos autos, o perito judicial vistoriou o imóvel em 26 de maio de 2001 (fl. 415 e 418), ou seja, mais de três anos após o período analisado pelo INCRA (ano de 1997). Nesse período, muitas coisas se alteraram no local. Prova disso é que o rebanho bovino total do imóvel, em 1997, era de 1.063 cabeças (sendo 283 bovinos menores de 02 anos e 780 maiores - fl. 690). Já no ano 2000, próximo da vistoria, o rebanho bovino havia subido para o total de 2.480 cabeças (sendo 440 de bovinos abaixo de 2 anos e 2.040 acima - fl. 418), o que bem prova as alterações realizadas no nível de exploração do imóvel.

**4.8.** Deve ser afastada, pois, a utilização dos dados do ano de 2000 para aferir a produtividade do imóvel em questão. Necessário passar, então, à análise da produtividade em vista dos cálculos produzidos para o ano de 1997, ano-base da vistoria do INCRA.

**5.** O laudo preliminar da autarquia (fls. 45/55), datado de 23 de junho de 1998 com base na análise do ano de 1997, concluiu que o GEE da fazenda alcança 59,45% (fl. 53) e que a propriedade é, pois, improdutiva, sendo passível de desapropriação.

**5.1.** Por sua vez, o laudo do perito judicial (fls. 413/536, com complementos nas fls. 602/610, 690/694 e 836/840), datado de 11 de julho de 2001, teve como base os dados desse ano (2001). Porém, com base nas informações obtidas pelas partes, o perito judicial aponta como possíveis para o ano de 1997 os seguintes índices de GEE: 58,7% (com base nos dados e critérios do INCRA - fl. 423); 88% (com base nos dados fornecidos pela autora no processo administrativo anterior à presente ação - documento "Impugnação da

DP Ex Offício" de fls. 295/317 - fl. 420); 137,4% (dados da impugnação ao laudo do INCRA, calculados de acordo com "pesquisa coletiva" e não com base nas instruções normativas do INCRA - fl. 425; explicações sobre a pesquisa à fl. 429); 92% (dados do INCRA, mas calculados de acordo com "pesquisa coletiva" - fl. 426); 102% (dados do INCRA, calculados de acordo com "pesquisa coletiva", e considerada área de reserva legal não averbada e "em estado de regeneração" - fls. 426); 89,9% (dados do INCRA e da impugnação ao laudo do INCRA mesclados e com base nas instruções normativas do INCRA - fl. 693).

**5.2.** Já o laudo do assistente técnico da autora manifesta-se favorável aos índices calculados pelo perito judicial (GUT de 100% e GEE de 137,40%), chegando à conclusão de que o imóvel em tela é uma grande propriedade produtiva.

**5.3.** Nota-se que, com base nos dados apresentados, há dois critérios que alteram os índices de GEE: a desconsideração da área de reserva legal e a utilização dos critérios de "pesquisa coletiva", recomendada pelo INCRA para consulta (fl. 423). Referidos critérios, somados (e tendo por base os dados do INCRA) ou considerando os dados oriundos da "pesquisa coletiva" referida pelo perito (e tendo por base os dados da impugnação ao laudo do INCRA), tornam o cálculo do GEE superior a 100% e, pois, o imóvel produtivo (102% e 137,4%, respectivamente). Ambos os critérios merecem ser afastados, havendo que se reconhecer que o imóvel objeto dos autos, no momento da avaliação administrativa, deve ser considerado improdutivo.

**6.** Escorado em critérios sugeridos

por institutos de pesquisa (UNICAMP, FECAMP e NEA) contratados pelo INCRA para consulta, o perito judicial chegou à conclusão de que o imóvel seria produtivo no ano de 1997. Defesa do uso da pesquisa pelo *expert*.

6.1. A justificativa não merece guarda. Pesquisa de institutos especializados, ainda que “fidedignos”, não podem forçar a entidade competente a alterar suas normas técnicas. Tampouco podem, de qualquer modo, derrogar normas oficiais, regulamentos válidos. O uso de critérios que não os estabelecidos em normas administrativas, baseadas em autorização legal, deve ser, desse modo desconsiderado. Não é possível juridicamente entender que critérios científicos sugeridos por institutos de pesquisa possam levar órgãos jurisdicionais a ignorar normas válidas.

6.2. Art. 6º, *caput*, da Lei 8.629. Conforme se infere da redação do citado artigo, os critérios pertinentes à aferição do GEE e do CUT são estabelecidos pelo INCRA, por intermédio de suas instruções normativas. De modo que estudos mais atuais do que as instruções normativas, ainda que tenham sido encomendados pela autarquia para manter atualizados e precisos os índices constantes de seus regulamentos, não são capazes per se de retirarem a validade das referidas instruções. Como é cediço, apenas normas de igual ou superior hierarquia podem abrogar ou derrogar outras normas. Por outro lado, no exercício de atividade tipicamente administrativa, caberá à autarquia, lastreada por um juízo de conveniência e oportunidade, aferir os critérios a serem aplicados e o momento a partir do qual serão

aplicáveis. Precedentes.

6.3. No caso, portanto, inviável levar em consideração os cálculos de fls. 423/425 e de fl. 610, por utilizarem critérios de pesquisa acadêmica em lugar dos critérios oficiais estabelecidos em regulamento autárquico válido e eficaz.

7. Por fim, há a questão relativa à desconsideração de área de reserva legal não averbada no CRI competente.

7.1. Em suas razões de apelação, o INCRA argumenta que todo imóvel rural deve destinar 20% da sua superfície como reserva legal obrigatória e que esta área deve estar averbada junto à matrícula do imóvel. Alega que na matrícula do imóvel em questão não consta tal averbação (fls. 36/37) e que o imóvel possui pequenos fragmentos de matas preservadas (64,9861 ha), que tem área muito aquém ao mínimo exigido legalmente (257,36974 ha).

7.2. Em contrarrazões, a apelada afirma que a prova produzida nos autos demonstra que as áreas onde existiam fragmentos de mata natural, efetivamente preservadas e, como tal, inadequadas à exploração, não podem ser consideradas como pastagens. Alega que a área de “reserva legal” somente é considerada como área inaproveitável para efeito de GEE se estiver averbada no Registro de Imóveis, o que não quer dizer que as áreas efetivamente inaproveitáveis da propriedade possam ser computadas como áreas exploráveis.

7.3. Art. 16, § 2º, da Lei 4.771/71 (ora revogado Código Florestal), na redação anterior à edição da Medida Provisória 2.166-67/01, vigente à época da realização da vistoria administrativa. Da redação do referido dispositivo nota-se que ele

prescrevia o dever de averbação da área de reserva legal, o qual foi descumprido na hipótese dos autos. Como a referida área de reserva legal não constava do registro imobiliário no tempo oportuno, deve ser considerada para efeito de cálculo da produtividade. Ainda que não seja, tomando por base o laudo do perito judicial, o imóvel continua sem alcançar o índice mínimo de GEE, o que é comprovado pelo cálculo de fl. 693 (índice de 89,9%). Por outro lado, há de fato indícios de que a área estava sendo utilizada para pecuária extensiva. Manifestação do INCRA em parecer técnico.

7.4. A este respeito, saliente-se que há indicação nos autos de que foram adotados procedimentos de reflorestamento após a declaração de que o imóvel era improdutivo. Trecho do laudo pericial elaborado com base em dados do ano 2000, quase três anos após a vistoria preliminar do INCRA.

7.5. Precedentes sobre a necessidade de considerar área de reserva legal não averbada no cálculo da produtividade do imóvel.

7.6. Diante disso, considerando inclusive o entendimento jurisprudencial colacionado, nota-se que a autarquia agiu acertadamente ao não considerar essa área como sendo de reserva legal, integrando-a no cálculo de produtividade, ainda que como área de pastagem (em vista da utilização que o INCRA constatou).

7.7. Em vista dos critérios adotados e expostos no presente voto, o imóvel rural objeto dos autos deve ser considerado improdutivo, conforme concluiu o laudo administrativo da autarquia (fls. 45/55), bem como o próprio perito judicial, ao se valer - como entendo pertinente - das

informações constantes do laudo do INCRA e da regulamentação da autarquia, bem como das informações do engenheiro agrônomo da apelada, constantes de processo administrativo anterior à presente demanda. Conclusões do perito judicial, firmes a respeito da improdutividade do imóvel, exceto quando afastada a utilização dos critérios da regulamentação do INCRA.

7.8. Embora o perito judicial chegue a essas conclusões a respeito do GEE e da classificação do imóvel, em sua manifestação à fl. 840, contraditoriamente, conclui que os elementos são insuficientes para enquadrar o imóvel como improdutivo.

8. Conclui-se, pois, que à época da vistoria do INCRA, o imóvel era improdutivo, sendo, pois, passível de ser desapropriado para fins de reforma agrária.

9. Reexame necessário e apelação conhecidos a que se dá provimento, reformando a sentença para: a) declarar a validade do Laudo Preliminar de Levantamento do INCRA e do Decreto de Desapropriação; b) declarar, como consequência, o imóvel rural objeto dos autos como sendo uma grande propriedade improdutiva, suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária; c) inverter o ônus da sucumbência, e condenar a apelada ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regio-

nal Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO ao reexame necessário e à apelação, reformando a sentença para: a) declarar a validade do Laudo Preliminar de Levantamento de Dados efetivado pela autarquia, e que seja julgado totalmente procedente o pedido, com a condenação do requerido em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, e a arcar com eventuais perdas e danos. Por fim, pede seja declarado que o imóvel trata-se de grande propriedade produtiva e, via de consequência, insuscetível de ser objeto de ação de desapropriação.

São Paulo, 10 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de reexame necessário, tido por interposto, e apelação proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, nos autos de ação declaratória com pedido liminar de tutela antecipada, proposta por Urisbel Vieira Duarte contra o INCRA, tendo por objeto o imóvel rural “Fazenda Santa Avóia - Gleba nº 2”, situado na cidade de Barretos, São Paulo, descrito nos autos. Insurge-se em face da sentença de fls. 1.088/1.097, que declarou o imóvel como sendo uma grande propriedade produtiva, insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

*Petição inicial* (fls. 02/26). A autora relata que foi surpreendida por vistoria do INCRA que declarou que sua fazenda é uma propriedade improdutiva. Alegou haver diversas incongruências nas vistorias levadas a cabo pela autarquia. Requer a suspensão do procedimento administrativo que tramita perante o INCRA sob o nº 54190.001374/98-12, até termo final da presente ação declaratória.

Pleiteia que o INCRA apresente o processo administrativo, que seja realizada perícia judicial, que seja declarado nulo o Laudo Preliminar de Levantamento de Dados efetivado pela autarquia, e que seja julgado totalmente procedente o pedido, com a condenação do requerido em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, e a arcar com eventuais perdas e danos. Por fim, pede seja declarado que o imóvel trata-se de grande propriedade produtiva e, via de consequência, insuscetível de ser objeto de ação de desapropriação.

*Laudo do INCRA* (fls. 45/54).

*Antecipação de tutela deferida* (fls. 242/244).

*Contestação do INCRA* (fls. 286/293).

*A autora apresenta impugnação, realizada no âmbito do processo administrativo* (fls. 295/314).

*Réplica* (fls. 323/330).

*Laudo pericial* (fls. 413/536).

*Parecer técnico parcialmente divergente* (fls. 545/550).

*Parecer divergente do INCRA* (fls. 557/566).

*Resposta a quesitos suplementares pelo perito judicial* (fls. 602/610).

*Parecer técnico do INCRA* (fls. 616/618).

*Manifestação do Ministério Público Federal* (fls. 644/656).

*Respostas a pedido de esclarecimentos do MM. Juiz a quo* (fls. 690/694).

*Parecer técnico parcialmente divergente do assistente técnico da autora* (fls. 705/731, fls. 733/745 e 751/770-via completa).

*Parecer técnico parcialmente divergente do INCRA* (fls. 783/787).

*Esclarecimentos do perito de divergências das partes* (fls. 836/840).

*Manifestações das partes* (fls. 844/852 e 855/857). *Parecer do INCRA sobre os esclarecimentos do perito* (fls. 858/860).

*Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 864/867), pela procedência da demanda.*

*Sentença (fls. 886/895).*

*Apelação do INCRA (fls. 908/921).*

*Contra-razões de apelação às fls. 987/997.*

*Manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1.050/1.057), pelo desprovimento do recurso.*

*Manifestação do INCRA (fls. 1.059/1062), na qual requer que quando do julgamento da apelação interposta nestes autos e do reexame necessário, seja apreciada ainda a questão da competência para processar e julgar em primeira instância este feito, à luz do art. 95 do CPC e diante da r. decisão de fls. 339/342 e da extinção dos citados agravos de instrumento, interpostos contra essa decisão. O apelante alega ainda que é necessário que seja dada vista dos autos ao Ministério Públíco Federal, sob pena de nulidade.*

*Decisão (fls. 1.072/1.074), pelo acolhimento da preliminar de incompetência absoluta da 21ª Vara Federal de São Paulo para o processo e julgamento do feito, anulando a sentença proferida pelo Juízo incompetente.*

À fl. 1.080 os autos foram remetidos ao Juízo competente da 38ª Subseção Judiciária Federal, com sede na cidade de Barretos.

*Sentença (fls. 1.088/1.097), que julgou procedentes os pedidos formulados e resolveu o mérito (CPC, art. 269, I), para: "a) declarar a nulidade do Laudo Preliminar de Levantamento de Dados efetivado pelo INCRA no imóvel descrito abaixo, e, por conseguinte, do Decreto de Desapropriação, fl. 331; b) declarar, como consequência, o imóvel rural 'Fazenda Santa Avóia - Gleba II' (...) como sendo uma grande propriedade produtiva, insusceptível de desapropriação para fins de reforma agrária; c) condenar o réu a supor tar os ônus da sucumbência, resarcindo as despesas processuais havidas pela parte autora, pagando-lhe, também, honorários*

advocatícios, ora arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Custas 'ex lege'. Sentença sujeita a reexame necessário (...)".

*Apelação do INCRA (fls. 1.100/1.117).*

A autarquia requer a reforma da r. sentença julgando-se improcedentes os pedidos formulados pela parte autora. Conclui que a vistoria administrativa efetuada pelo INCRA considerando o período devido de apuração (ano de 1997) e os índices oficiais, apontou com clareza e certeza a improdutividade do imóvel rural em questão. Assevera que a perícia judicial limitou-se a apurar genericamente a produtividade do imóvel em diversos períodos e com índices não oficiais, apontados em mera pesquisa científica. Alega que o período que deve ser analisado para apurar a produtividade do imóvel tem que ser o mesmo utilizado pela vistoria administrativa do INCRA, e que os índices de produtividade a serem utilizados tem de ser os oficiais, estipulados pelo INCRA (Lei 8.629/93, art. 6º). Argumenta que quando o perito judicial utilizou o período correto (ano de 1997) e os índices corretos (oficiais), chegou à mesma conclusão que o apelante em sua vistoria administrativa, isto é, de que o imóvel rural em questão é improdutivo. Afirma que as alegações da autora restaram não provadas, embora tenha o ônus de prová-las. Aduz que o d. magistrado viola a separação dos poderes e fulmina o princípio da legalidade. Enfatiza que o imóvel rural, além de improdutivo, não cumpre sua função social, no aspecto ambiental. Prequestiona o art. 2º da CF e a Lei 8.629/93, mormente seus artigos 2º e 6º.

Subsidiariamente, pleiteia sejam os honorários advocatícios reduzidos para o importe de R\$ 1.000,00 (CPC, art. 20, § 4º), e que a partir de 29/06/09, juros e correção monetária sejam aplicados nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, pelos índices aplicados à caderneta de poupança.

*Contrarrazões de apelação de Urisbela Vieira Duarte (fls. 1.121/1.136).*

*Manifestação do Ministério Público Federal (fl. 1.141), em que opina pela manutenção da r. sentença, reiterando o parecer de fls. 1.050/1.057.*

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Subiram os autos para apreciação do reexame necessário e da apelação.

O caso em análise se subsume às hipóteses de necessária sujeição da sentença ao reexame necessário, envolvendo sentença de mérito desfavorável às pessoas jurídicas de direito público, na hipótese, o INCRA (art. 475, I, CPC). Presentes, igualmente, os pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação.

Passo, assim, à análise do reexame necessário e da apelação.

Inicialmente, por força do reexame necessário, deve-se esclarecer que o pedido objeto dos autos é juridicamente possível, o que foi decidido pela r. sentença e não impugnado pelo recurso do INCRA.

Deveras, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível a propositura de ação declaratória com o fim de declarar a produtividade de determinada propriedade, especialmente devido ao âmbito restrito que é dado à ação desapropriatória, que envolve, basicamente, discussões quanto ao *quantum* indenizatório. Colaciono precedentes neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CAUTELAR - DISSÍDIO

NÃO CONFIGURADO - JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PEDIDO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE - POSSIBILIDADE - JULGAMENTO ANTERIOR AO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.

(...)

3. *Este Superior Tribunal de Justiça tem admitido seja a declaração de produtividade do imóvel rural requerida em ação própria, diante da índole restrita da desapropriação. Precedentes.*

4. O pedido de declaração de produtividade do imóvel deve ser julgado antes do pedido de desapropriação. A *Constituição da República só admite desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, de imóvel improdutivo, devendo ser julgado em primeiro lugar o pedido de declaração de produtividade antecendentemente ao de desapropriação.*

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(RESP 200500249740, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 11/11/2009. Grifei)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRELIMINAR AFASTADA. REFORMA AGRÁRIA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. AÇÃO CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA CUMULADA COM PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO.

(...)

8. *Em razão do princípio da inafastabilidade do controle dos atos jurídicos pelo Judiciário, pode o expropriado discutir a improdutividade do imóvel, fundamento que embasa o decreto presidencial, em ação própria, declaratória ou desconstitutiva.*

9. Nada impede que essa ação seja precedida de medida cautelar para suspender o processo administrativo prévio à desapropriação, desde que preenchidos seus pressupostos específicos e efetivamente demonstrada a plausibilidade do

direito e a urgência do provimento.

10. Se a prova da produtividade do imóvel ficasse restrita à fase judicial da desapropriação, estaria o réu irremediablemente lesado, já que a conclusão da perícia se daria somente após a imissão provisória do expropriante na posse, suportando o expropriado todos os prejuízos decorrentes da perda antecipada da propriedade.

11. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(RESP 200501705390, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 11/12/2006 PG: 00343. Grifei)

Cito ainda trecho esclarecedor do voto condutor da Ministra Eliana Calmon, quando do julgamento do REsp 725.477: “No que concerne à ação declaratória, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido pedido para que seja declarada, em ação própria, a produtividade do imóvel rural a ser desapropriado. Isso porque o procedimento restrito da desapropriação exclui a possibilidade de discussão sobre essa matéria.” (grifei).

Passo, pois, à análise conjunta das questões trazidas pela apelação e pelo reexame, com base nos elementos carreados aos autos.

É certo que a Constituição Federal só admite desapropriação por interesse social, para fim de reforma agrária, de imóvel improdutivo.

Outrossim, no caso, é certo que analisando os laudos fornecidos pelo perito judicial, pelo INCRA e pelo assistente técnico do expropriado, percebe-se que existe divergência significativa sobre os graus de produtividade do imóvel. Fundamentalmente, essa diferença relaciona-se aos valores do Grau de Efetividade da Exploração (GEE) encontrados para o imóvel em questão, cujo valor deve ser igual ou superior a 100% para que a propriedade seja considerada produtiva (Lei 8.629, art. 6º).

Em termos gerais, a questão posta nos presentes autos cinge-se a saber em qual mo-

mento e mediante quais índices há de se aferir a produtividade do imóvel objeto dos autos, bem como envolve saber se área de reserva legal não averbada em cartório há de ser considerada como área aproveitável do imóvel.

Passo a analisar essas questões com base nos elementos carreados aos autos, com vistas a aferir juridicamente qual é a produtividade do imóvel.

*i) Ano-base para aferição da produtividade do imóvel.*

A sentença do juízo *a quo* adotou o posicionamento defendido pelo perito judicial em cálculo de fl. 429, reiterado na fl. 610. Afirmou o perito judicial (fl. 429): “conclui-se que *atualmente* o imóvel rural é totalmente produtivo, alcançando de acordo com a legislação vigente, Grau de Eficiência na Exploração da Terra igual a 174%” (grifos no original).

Segundo o INCRA, a diferença de valores do índice GEE relaciona-se em grande medida ao período que deve ser analisado para se apurar a produtividade do imóvel. Isso porque, dos documentos acostados aos autos, verifica-se que houve um interregno de três anos entre o período-base da vistoria feita pelo INCRA (ano de 1997 - fl. 48) e aquela feita pelo perito judicial (ano de 2001 - fl. 415).

Havendo a possibilidade de se aferir a produtividade do bem na época em que avaliado administrativamente pelo INCRA, tal valor deve prevalecer para fins de sujeição à desapropriação. Se não se leva em consideração na realização da perícia judicial também o marco temporal utilizado na realização da perícia administrativa, há dificuldades, inclusive, de se avaliar a adequação da Administração Pública ao comando de apenas submeter a procedimento de desapropriação a propriedade improdutiva (CF, art. 185, II).

Deveras, toda e qualquer propriedade deve cumprir sua função social continuamente, nos termos do art. 184 da Constituição e do art. 9º da Lei 8.629/93, sujeitando-se às

vistorias da entidade competente (especificamente o INCRA) para aferir o cumprimento desse dever de hierarquia constitucional.

Constatada a improdutividade do imóvel no momento em que é vistoriado pelo INCRA, o imóvel passa a sujeitar-se ao procedimento de desapropriação para fins de reforma agrária, que pode ser anulado - uma vez provado erro, dolo ou equívoco/vício de qualquer natureza - se no momento da vistoria o imóvel auferia a condição de produtivo. Improdutivo o imóvel à época da vistoria, o procedimento expropriatório transcorrerá validamente, produzindo todos os efeitos legais. De modo que eventual produtividade posterior do imóvel não terá o condão de afastar os requisitos fáticos e jurídicos de validade ao decreto de declaração de interesse social, por exemplo.

Posicionamento diferente pode ser adotado apenas excepcionalmente, quando, por razões fáticas, não for possível saber com algum grau de precisão qual a produtividade do imóvel no momento em que foi vistoriado administrativamente pelo expropriante. Esta não é a hipótese dos autos.

Conclusão diversa acabaria por contrariar princípios autorizadores da desapropriação, afrontando inclusive a isonomia. Com efeito, os proprietários com maiores condições econômicas passariam a ter chances maiores de não se sujeitarem a reforma agrária, alterando, temporariamente (durante o período de processamento da ação declaratória de produtividade, por exemplo), as condições reais do local pelo simples arrendamento de rebanhos ou pela instalação de culturas agrícolas, de modo a que perícia posterior constatasse (naquele momento) o uso mínimo da terra previsto em lei.

Colaciono precedentes desta E. Corte neste sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE DE IMÓVEL RURAL, ANTES RECONHECIDO - EM PRO-

CESSO ADMINISTRATIVO DO INCRA - COMO IMPRODUTIVO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIAS PRELIMINARES LEVANTADAS NA APELAÇÃO DO AUTOR (SUPERVENIENTE CADUCIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO; CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS E FALTA DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA) AFASTADAS. PERÍCIA JUDICIAL PARA AFERIÇÃO DE PRODUTIVIDADE DE IMÓVEL RURAL DEVE LEVAR EM CONTA A MESMA ÉPOCA EM QUE O INCRA REALIZOU A SUA VISTORIA. ILEGALIDADE DA POSTERIOR ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE APROVEITAMENTO DO IMÓVEL, FEITA PELO DONO DA "FAZENDA COLÔMBIA", POR OFENSA AO § 4º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.629/93. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Instituto Nacional de Reforma Agrária - INCRA com base em "Vistoria de Levantamento Preliminar de Dados e Avaliação" efetuada em 25 de setembro de 1998, expediu ofício datado de 09 de outubro de 1998 comunicando ao proprietário que "o imóvel foi reclassificado de produtivo para imóvel que não atingiu o índice previsto no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993, alterada pela Medida Provisória nº 1577, de 11 de junho de 1998". Para essa reclassificação o levantamento do INCRA levou em consideração o ano civil de 1997. Em 18 de novembro de 1999 foi expedido Decreto de lavra do Sr. Vice-Presidente da República no qual declarou o interesse social, para fins de reforma agrária do referido imóvel rural, nos termos dos arts. 18, letras "a", "b", "c" e "d" e 20, inciso VI, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, e 2º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

2. Ação declaratória ajuizada com o escopo de ser declarado que o imóvel rural denominado "Fazenda Colômbia/Fazenda Água Fria", é produtivo, afirmando a parte autora que o mesmo não

poderia ser desapropriado por interesse social para fins de reforma agrária, já que iniludivelmente se trata de imóvel insuscetível dessa constrição.

(...)

*10. Vistoria do INCRA realizada com base no ano civil de 1997, afirmando tratar-se de imóvel improdutivo; laudo do perito judicial que qualificou a mesma área rural como "totalmente produtiva", conforme dados coletados em vistoria feita nos meses de julho e agosto de 2001. Prova testemunhal reveladora de que o proprietário atuou significativamente para alteração das condições de aproveitamento da fazenda depois que o INCRA a classificou como improdutiva.*

*11. A aferição da produtividade do imóvel tem que guardar correlação com a data em que foi feita a vistoria pelo INCRA, pois foi naquele momento que a "Fazenda Colômbia" foi considerada improdutiva, ou seja, não enquadrada nos índices de produtividade exigidos pela legislação vigente. Se na época em que foi feita a "Vistoria de Levantamento Preliminar de Dados e Avaliação" pelos técnicos do INCRA (1997) foi constatado que o imóvel não cumpria a sua função social, amoldando-se ao comando do artigo 184 da Constituição Federal (grande propriedade improdutiva), a aferição feita pelo perito judicial vários anos depois (2001) não é suficiente para fazer com que se despreze a prova técnica elaborada pela Autarquia Federal, até porque admiti-lo seria contrariar o texto expresso da lei.*

*12. Tem-se em demérito do pleito inicial a conduta posterior do proprietário da área, que inovou as condições de exploração do imóvel após a vistoria desfavorável feita pelo INCRA nos termos do § 4º do artigo 2º da Lei nº 8.629/93. Somente o imóvel que já era produtivo ao tempo da perícia administrativa é que fica imune a expropriação-sanção; aquele que é "transformado" em produtivo anos depois, permanece sujeito aos rigores da reforma agrária.*

13. Matéria preliminar repelida; apelação improvida.

(AC 00149782419994036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/06/2011 PÁGINA: 296. Grifei)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA E NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO REJEITADAS - DESAPROPRIAÇÃO - REFORMA AGRÁRIA - ÁREA DE RESERVA LEGAL NÃO AVERBADA ANTES DA VISTORIA DO IMÓVEL PELO INCRA - ART. 2º, § 4º, DA LEI Nº 8.629/1993 (PRECEDENTES DO STF E DO STJ) - LAUDO PERICIAL QUE NÃO GUARDA CORRELAÇÃO COM O PERÍODO EM QUE FOI EFETIVADA A VISTORIA PELA AUTARQUIA FEDERAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR OCORRIDA, PROVIDAS.

(...) 3. O laudo pericial oficial não pode ser utilizado para classificar a propriedade como produtiva, pois não guarda correlação com o período em que foi efetivada a vistoria pelo INCRA. (...)

7. Matéria preliminar rejeitada, apelo e remessa oficial, tida por ocorrida, providos.

(AC 00105942419994036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/10/2012. Grifei)

No caso dos autos, o perito judicial vistoriou o imóvel em 26 de maio de 2001 (fl. 415 e 418), ou seja, mais de três anos após o período analisado pelo INCRA (ano de 1997). Nesse período, muitas coisas se alteraram no local. Prova disso é que o rebanho bovino total do imóvel, em 1997, era de 1.063 cabeças (sendo 283 bovinos menores de 02 anos e 780 maiores - fl. 690). Já no ano 2000, próximo

da vistoria, o rebanho bovino havia subido para o total de 2.480 cabeças (sendo 440 de bovinos abaixo de 2 anos e 2.040 acima - fl. 418), o que bem prova as alterações realizadas no nível de exploração do imóvel.

Afasto, pois, a utilização dos dados do ano de 2000 para aferir a produtividade do imóvel em questão. Passo, então, à análise da produtividade em vista dos cálculos produzidos para o ano de 1997, ano-base da vistoria do INCRA.

#### *ii) Critérios de cálculo do GEE.*

O laudo preliminar da autarquia (fls. 45/55), datado de 23 de junho de 1998 com base na análise do ano de 1997, concluiu que o GEE da fazenda alcança 59,45% (fl. 53) e que a propriedade é, pois, improdutiva, sendo passível de desapropriação.

Por sua vez, o laudo do perito judicial (fls. 413/536, com complementos nas fls. 602/610, 690/694 e 836/840), datado de 11 de julho de 2001, teve como base os dados deste ano (2001). Porém, com base nas informações obtidas pelas partes, o perito judicial aponta como possíveis para o ano de 1997 os seguintes índices de GEE: 58,7% (com base nos dados e critérios do INCRA - fl. 423); 88% (com base nos dados fornecidos pela autora no processo administrativo anterior à presente ação - documento "Impugnação da DP Ex Officio" de fls. 295/317 - fl. 420); 137,4% (dados da impugnação ao laudo do INCRA, calculados de acordo com "pesquisa coletiva" e não com base nas instruções normativas do INCRA - fl. 425; explicações sobre a pesquisa à fl. 429); 92% (dados do INCRA, mas calculados de acordo com "pesquisa coletiva" - fl. 426); 102% (dados do INCRA, calculados de acordo com "pesquisa coletiva", e considerada área de reserva legal não averbada e "em estado de regeneração" - fls. 426); 89,9% (dados do INCRA e da impugnação ao laudo do INCRA mesclados e com base nas instruções normativas do INCRA - fl. 693).

Já o laudo do assistente técnico da

autora manifesta-se favorável aos índices calculados pelo perito judicial (GUT de 100% e GEE de 137,40%), chegando à conclusão de que o imóvel em tela é uma grande propriedade produtiva.

Nota-se que, com base nos dados apresentados, há dois critérios que alteram os índices de GEE: a desconsideração da área de reserva legal e a utilização dos critérios de "pesquisa coletiva", recomendada pelo INCRA para consulta (fl. 423). Referidos critérios, somados (e tendo por base os dados do INCRA) ou considerando os dados oriundos da "pesquisa coletiva" referida pelo perito (e tendo por base os dados da impugnação ao laudo do INCRA), tornam o cálculo do GEE superior a 100% e, pois, o imóvel produtivo (102% e 137,4%, respectivamente).

Ambos os critérios merecem ser afastados, havendo que se reconhecer que o imóvel objeto dos autos, no momento da avaliação administrativa, deve ser considerado improdutivo.

#### *ii.1) Inviabilidade jurídica do uso de critérios diferentes dos contidos nas instruções normativas do INCRA.*

Escorado em critérios sugeridos por institutos de pesquisa (UNICAMP, FECAMP e NEA) contratados pelo INCRA para consulta, o perito judicial chegou à conclusão de que o imóvel seria produtivo no ano de 1997. Justifica o *expert*, ao defender o uso da pesquisa:

(...) foi levada em consideração para efeito de cálculos de produtividade (no ano civil de 1997), todas as informações contidas neste trabalho científico de atualização de índices, solicitado pelo próprio INCRA, usando a sua própria tabulação, porém causando grande estranheza até o momento, a Autarquia não se utilizar deste trabalho fidedigno, idôneo e atual, em suas instruções normativas operacionais, com intuito de aferição de produtividade do imóvel rural. (Fl. 429)

A justificativa não merece guarida. Pesquisa de institutos especializados, ainda que “fidedignos”, não podem forçar a entidade competente a alterar suas normas técnicas. Tampouco podem, de qualquer modo, derrogar normas oficiais, regulamentos válidos. O uso de critérios que não os estabelecidos em normas administrativas, baseadas em autorização legal, deve ser, desse modo desconsiderado. Não é possível juridicamente entender que critérios científicos sugeridos por institutos de pesquisa possam levar órgãos jurisdicionais a ignorar normas válidas.

Dispõe o art. 6º, *caput*, da Lei 8.629, *in verbis*: “Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”.

Conforme se infere da redação do citado artigo, os critérios pertinentes à aferição do GEE e do GUT são estabelecidos pelo INCRA, por intermédio de suas instruções normativas.

De modo que estudos mais atuais do que as instruções normativas, ainda que tenham sido encomendados pela autarquia para manter atualizados e precisos os índices constantes de seus regulamentos, não são capazes *per se* de retirarem a validade das referidas instruções. Como é cediço, apenas normas de igual ou superior hierarquia podem abrogar ou derrogar outras normas. Por outro lado, no exercício de atividade tipicamente administrativa, caberá à autarquia, lastreada por um juízo de conveniência e oportunidade, aferir os critérios a serem aplicados e o momento a partir do qual serão aplicáveis.

Assim já se manifestou o E. Supremo Tribunal Federal:

Mandado de segurança. Desapropriação para fins de reforma agrária. (...) - Esta Corte, no MS 22.193, já afirmou a correção da Lei 8.629/93 ao atribuir

ao órgão Federal competente (que é o INCRA) a fixação dos índices de rendimento de atividade, agrícolas e pastoris, a ser alcançadas nas diversas microrregiões identificáveis no vasto território nacional.

(...) Mandado de segurança indeferido. (MS 23523, MOREIRA ALVES, STF. Grifei)

Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária. Alegação de cerceamento de defesa contrariada pelo conteúdo das informações. Impertinência da invocação dos artigos 1º e 2º do Decreto nº 2.250-97, só sendo exigível o acompanhamento da entidade representativa dos agricultores, na hipótese - que não é a presente - da indicação ao órgão fundiário federal de áreas passíveis de expropriação. Constitucionalidade da atribuição, pelo art. 6º da Lei nº 8.629-93, à autarquia competente, da fixação dos índices mínimos do grau de utilização da terra e da eficiência da sua exploração.

(MS 23391, OCTAVIO GALLOTTI, STF. Grifei)

No caso, portanto, inviável levar em consideração os cálculos de fls. 423/425 e de fl. 610, por utilizarem critérios de pesquisa acadêmica em lugar dos critérios oficiais estabelecidos em regulamento autárquico válido e eficaz.

*ii.2) Necessidade de se considerar a área de reserva legal para efeito de cálculo de produtividade.*

Por fim, há a questão relativa à desconsideração de área de reserva legal não averbada no CRI competente.

Em suas razões de apelação, o INCRA argumenta que todo imóvel rural deve destinar 20% da sua superfície como reserva legal obrigatória e que esta área deve estar averbada junto à matrícula do imóvel. Alega que na matrícula do imóvel em questão não consta tal averbação (fls. 36/37) e que o imóvel possui

pequenos fragmentos de matas preservadas (64,9861 ha), que tem área muito aquém ao mínimo exigido legalmente (257,36974 ha).

Em contrarrazões, a apelada afirma que a prova produzida nos autos demonstra que as áreas onde existiam fragmentos de mata natural, efetivamente preservadas e, como tal, inadequadas à exploração, não podem ser consideradas como pastagens. Alega que a área de “reserva legal” somente é considerada como área inaproveitável para efeito de GEE se estiver averbada no Registro de Imóveis, o que não quer dizer que as áreas efetivamente inaproveitáveis da propriedade possam ser computadas como áreas exploráveis.

Dispõe o art. 16, § 2º, da Lei 4.771/71 (ora revogado Código Florestal), na redação anterior à edição da Medida Provisória 2.166-67/01, vigente à época da realização da vistoria administrativa:

**Art. 16.** As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições: § 2º *A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada, a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.*

Da redação do referido dispositivo nota-se que ele prescrevia o dever de averbação da área de reserva legal, o qual foi descumprido na hipótese dos autos. Como a referida área de reserva legal não constava do registro imobiliário no tempo oportuno, deve ser considerada para efeito de cálculo da produtividade. Ainda que não seja, tomando por base o laudo do perito judicial, o imóvel continua sem alcançar o índice mínimo de GEE, o que

é comprovado pelo cálculo de fl. 693 (índice de 89,9%). Por outro lado, há de fato indícios de que a área estava sendo utilizada para pecuária extensiva.

Neste sentido, manifesta-se o INCRA em parecer técnico:

(...)

A vistoria realizada pelo INCRA refletiu as condições de exploração do imóvel no ano civil de 1997, constatando que a propriedade não possuía reserva legal. Existia apenas um projeto de regeneração que não está sendo implementado na prática. Por ocasião da vistoria constatou-se claramente que havia exploração pecuária dentro da área projetada como Reserva Legal. Os maciços florestais foram dimensionados pelo INCRA e considerados, ao contrário da afirmação da perícia a fls. 423 dos autos. Portanto houve acerto no laudo do INCRA. Temos a considerar que, excluídas as áreas dos maciços florestais, as demais áreas nas quais foi projetada a reserva legal, tinha pastagem e estava sendo explorada com pecuária. Ou seja o gado alimentava das pastagens destas áreas para produção de carne. Excluí-las do cômputo da produtividade do imóvel mascara e distorce os índices de produtividade.

(...) verifica-se que existe apenas um Projeto de Regeneração da Reserva Florestal Legal, porém não existe averbação da Reserva Legal a margem da matrícula do imóvel, conforme as disposições do código florestal, por isto não pode haver a exclusão da área de reserva legal do cômputo da produtividade do imóvel. A exclusão da área da maneira efetuada pela perícia contraria a matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal e distorce os índices de produtividade do imóvel.

(...)

A perícia simplesmente informa que não existe exploração agrícola (...) de relevo na área tida como de reserva legal, porém o que se discute é a utilização desta área com pecuária. Na realidade o que o INCRA bem constatou foi que

significativa parcela da área tida como reserva legal estava sendo utilizada com pastagens. Portanto a área não deve ser desconsiderada do cômputo da produtividade do imóvel, sob pena de distorcer os índices de produtividade.

(...)

Conclui-se que até a presente data não existe aprovação pelo órgão competente do Projeto de Regeneração Florestal.

(...)

Pelo menos 140 ha da área tida como de reserva legal é pastagem e não existe nenhuma barreira (cercas) para evitar que o gado pastoreie na área tida como reserva legal e nas pastagens adjacentes, portanto não é coerente excluir esta área do cômputo da produtividade do imóvel. Pois esta área gera produção, se excluirmos inevitavelmente o índice de produtividade é mascarado.

(...)

Na prática não tem nada que diferencie as áreas de pastagens do imóvel, das demais áreas de pastagens dentro do perímetro tido como de reserva legal, nem mesmo uma cerca. (fls. 617/318).

A este respeito, saliente-se que há indicação nos autos de que foram adotados procedimentos de reflorestamento após a declaração de que o imóvel era improdutivo. Confira-se trecho do laudo pericial elaborado com base em dados do ano 2000, quase três anos após a vistoria preliminar do INCRA:

Área total [de “reserva florestal em regeneração”] de 259,10 hectares, disposta em três reservas, apresentando características de Vegetação Secundária de Floresta Estacional Semidecídua (floresta tropical subcaducifólia), estando 10% em estado avançado de regeneração, 36% em estágio médio de regeneração e os 54% restantes em estágio inicial de regeneração (...).

Sobre a necessidade de considerar área de reserva legal não averbada no cálculo da produtividade do imóvel, confira-se os seguin-

tes precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. ESBULHO POSSESSÓRIO. FAZENDA INVADIDA POR INTEGRANTES DO MST. PERÍODO POSTERIOR À REALIZAÇÃO DA VISTORIA. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. IMÓVEL NÃO DIVIDIDO. ART. 1784 C/C ART. 1791 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E INAPROVEITÁVEIS. LAUDOS CONTRADITÓRIOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA. (...)

4. Para a exclusão das áreas de preservação permanente ou de reserva legal, estas devem estar devidamente averbadas no respectivo registro do imóvel. Não se encontrando individualizada na averbação, a reserva florestal não poderá ser excluída da área total do imóvel desapropriando para efeito de cálculo da produtividade.

5. A divergência de avaliações acerca das áreas aproveitáveis e inaproveitáveis demanda dilação probatória, inviável no rito especial do mandado de segurança.

6. Ordem denegada.

(MS 24924, MARCO AURÉLIO, STF. Grifei)

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO DO WRIT. INSTRUÇÃO NORMATIVA 8/93 REVOGADA PELA DE N° 31/99. PRAZO ESTABELECIDO NA LEI 8629/93: INTERPRETAÇÃO DO STF. IMPRESTABILIDADE DA AVERBAÇÃO DE QUOTA IDEAL, SEM IDENTIFICAÇÃO DA ÁREA. PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO, QUE NÃO SE VINCULA AO DESFECHO DE AÇÃO CAUTELAR.

(...)

4. Não se encontrando individualizada na sua averbação, a reserva florestal não poderá ser excluída da área total do

*imóvel desapropriando para efeito de cálculo da produtividade. Precedente. (...).*

(MS 24113, REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA, STF. Grifei)

A respeito, oportuno também citar trecho do voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo, quando do julgamento da Apelação Cível nº 0010594-24.1999.4.03.6100/SP, por este E. Tribunal Regional Federal: “(...) A área de reserva legal não foi averbada na matrícula do imóvel em referência, conforme se verifica da cópia da matrícula carreada aos autos às fls. 37/40. (...) Destarte, verificando-se que somente a averbação prévia da área de reserva legal na matrícula do imóvel possibilitaria a sua exclusão do cálculo de produtividade do imóvel, a r. sentença deve ser reformada.”

Diante disso, considerando inclusive o entendimento jurisprudencial colacionado, nota-se que a autarquia agiu acertadamente ao não considerar essa área como sendo de reserva legal, integrando-a no cálculo de produtividade, ainda que como área de pastagem (em vista da utilização que o INCRA constatou).

### *iii) Improdutividade do imóvel objeto dos autos.*

Em vista dos critérios adotados e expostos no presente voto, o imóvel rural objeto dos autos deve ser considerado improdutivo, conforme concluiu o laudo administrativo da autarquia (fls. 45/55), bem como o próprio perito judicial, ao se valer - como entendo pertinente - das informações constantes do laudo do INCRA e da regulamentação da autarquia, bem como das informações do engenheiro agrônomo da apelada, constantes de processo administrativo anterior à presente demanda. Confira-se as conclusões do perito judicial, firmes a respeito da improdutividade do imóvel, exceto quando afastada a utilização dos critérios da regulamentação do INCRA:

*Ano Civil 1997.*

*Baseado na IMPUGNAÇÃO ao Laudo - INCRA*

*Fls. 295 a fls. 301 dos autos.*

*(...) GUT = 100%*

*(...) GEE = 88% (H1).*

*(Fls. 420/421)*

*Ano Civil 1997.*

*Baseado no Laudo - INCRA*

*Fls. 305 a fls. 314 dos autos.*

*(...) GUT = 100%*

*(...) GEE = 58,7% (H2).*

*(Fls. 422/423)*

4) (...) Com base nestes dados [do INCRA e índices da IN 36/1999] e excluindo-se os fragmentos florestais existentes no imóvel em 1997, mesmo antes da existência do projeto de reflorestamento e consequentemente reserva legal, calcular o GER e GUT para o ano civil de 1997 indicando a classificação do imóvel.

R: (...) GUT = 100%

(...) GEE = 89,9% IMÓVEL RURAL IMPRODUTIVO.

(Fls. 692/693)

5) (...) Com base nos mesmos dados calcular e agora sem exclusão da área supra mencionada (fragmentos florestais existentes no imóvel em 1997 mesmo antes da existência do projeto de reflorestamento impossibilitadas para o uso agropastoril), calcular o GEE e o GUT para o ano civil de 1997, indicando, neste caso, qual seria a classificação do imóvel.

R: (...) GUT = 100%

(...) GEE = 66,7% IMÓVEL RURAL IMPRODUTIVO.

(Fls. 693/694)

(...) 2. De acordo com o cálculo executado para o referido quesito 02, reafirmamos: (...)

GEE = 790,31 x 100: 879,12 = 89,9% - PROPRIEDADE IMPRODUTIVA, PARA O ANO CIVIL DE 1997.

(Fl. 837)

Embora o perito judicial chegue a essas conclusões a respeito do GEE e da classificação do imóvel, em sua manifestação à fl. 840, contradiatoriamente, conclui que os elementos são insuficientes para enquadrar o imóvel como improdutivo. Confira-se:

Porém, com a ressalva de que, apenas estes números calculados, ainda de acordo com as Instruções Normativas vigentes para o período analisado (ano civil de 1997), tornam-se insuficientes para o enquadramento total da improdutividade do imóvel rural, uma vez que pelo levantamento do histórico da propriedade, vistoria do local, análise conjunta de todos os dados agronômicos apresentados, ausência de provas técnicas de improdutividade do imóvel (por ocasião do laudo do INCRA referente àquele período), nota-se a precariedade de informações para enquadramento do imóvel rural objeto da lide, na esfera improdutiva.  
(Fl. 840).

Conclui-se, pois, que à época da vistoria do INCRA, o imóvel era improdutivo, sendo, pois, passível de ser desapropriado para fins de reforma agrária.

*iv) Conclusões*

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO à apelação e do reexame necessário, reformando a sentença para: a) declarar a validade do Laudo Preliminar de Levantamento do INCRA e do Decreto de Desapropriação; b) declarar, como consequência, o imóvel rural objeto dos autos como sendo uma grande propriedade improdutiva, suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária; c) inverter o ônus da sucumbência, e condenar a apelada ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNAR-DELLI - Relator

“Não resta a menor dúvida de que a expropriação-sanção determinada pelo Poder Constituinte Originário (CF, art. 184) tem como destinatários os proprietários de imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social. Por outro lado, o mesmo constituinte originário, prestigiando o proprietário rural, vedou, ao Poder Público, a expropriação-sanção, acaso a propriedade rural for produtiva (CF, art. 185, II).”

*Massimo Palazzolo*

“Nos termos do que restou decidido no v. acórdão em questão, improutivo o imóvel à época da vistoria, o procedimento expropriatório transcorrerá validamente, produzindo todos os efeitos legais. De modo que eventual produtividade posterior do imóvel não terá o condão de afastar os requisitos fáticos e jurídicos de validade ao decreto de declaração de interesse social.”

*Newton José Falcão*



## Em destaque



### Massimo Palazzolo

Doutor em Direito na área de concentração em Efetividade do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito na área de concentração em Difusos e Coletivos pela UNIMES/Santos. Juiz Federal em Guarulhos/SP.

**E**a ação de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, preferencial e prejudicial às ações declaratórias de nulidade, consoante o prescrito no artigo 18 da Lei Complementar nº 76/1993;<sup>1</sup> mas, nem por isto, o bem da vida, que é o imóvel rural, objeto de litígio, em ação de desapropriação, não pode ser reivindicado, nos moldes de uma ação declaratória de nulidade, diante de uma interpretação que se extrai do artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/1941.<sup>2</sup>

1 “Art. 18. As ações concernentes à desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, têm caráter preferencial e prejudicial em relação a outras ações referentes ao imóvel expropriando, e independem do pagamento de preparo ou de emolumentos.

§ 1º. Qualquer ação que tenha por objeto o bem expropriando será distribuída, por dependência, à Vara Federal onde tiver curso a ação de desapropriação, determinando-se a pronta intervenção da União.

§ 2º. O Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância.”

2 “Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação,

Pensa-se que a declaração de expropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, feita pelo Poder Executivo, por si só, não tem o condão de ocasionar a desapropriação de imóvel rural.

Como a medida necessária à efetivação da desapropriação não se consolida enquanto não se deferir a conversão do depósito indenizatório em pagamento do preço, com a expedição de mandado translativo de domínio ao Cartório de Registro de Imóveis competente, não há que se falar que o bem imóvel rural tenha, ainda, se incorporado ao patrimônio do Poder Público.

Observe-se, além disso, que na ação de desapropriação, o Poder Público não imitido na posse, diante de eventual indeferimento de liminar pelo Estado-juiz, também afasta

ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”

a efetiva incorporação do bem imóvel rural ao Poder Público.

A par destas nuances apresentadas, que envolvem o instituto da desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, a questão levada ao Estado-juiz, a seguir comentada, visava à desconstituição do laudo preliminar de levantamento feito pelo INCRA e do consequente decreto de desapropriação do imóvel rural “Fazenda Santa Avóia – Gleba nº 2”, situado no Município de Barretos, Estado de São Paulo.

Pois bem, diante das razões de decidir do v. Acórdão mostrou-se claro e suficiente, para o efetivo deslinde da questão posta em juízo, o conjunto dos elementos constantes dos autos, que redundou no conhecimento e provimento, por votação unânime, do recurso interposto pelo apelante.

É certo que para regulamentar a desapropriação para fins de reforma agrária, após a Constituição Federal de 1988, vários diplomas legais foram recepcionados (Lei nº 4.504/1964; Lei nº 4.947/1966; Decreto-Lei nº 544/1969; Lei nº 6.383/1976) e, posteriormente, em parte revogados. Para atender às normas processuais e materiais entraram em vigor a Lei Complementar nº 76/1993 (modificada pela Lei Complementar nº 88/1996) e a Lei nº 8.629/1993, respectivamente.

Segundo o arquétipo jurídico, determinado pela Magna Carta de 1988 (art. 184),<sup>3</sup>

<sup>3</sup> “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de re-

tem a desapropriação agrária como sujeito ativo exclusivo a União (art. 2º da Lei Complementar nº 76/1993).<sup>4</sup> É certo que, desta competência, pode haver delegação, que, no caso, foi atribuída à autarquia federal (INCRA).

Verifica-se, no presente caso, que houve Decreto Presidencial, publicado no DOU, declarando de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel rural denominado “Fazenda Santa Avóia – Gleba nº 2”, situado no Município de Barretos, Estado de São Paulo.

Da análise do dispositivo da r. sentença, prolatada na primeira instância ordinária, depreende-se que se declarou a nulidade do laudo preliminar de levantamento de dados efetivado pelo INCRA no referido imóvel e, por conseguinte, do decreto de desapropriação, além da declaração de o imóvel rural ser uma grande propriedade produtiva, insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, com supedâneo no laudo judicial de vistoria realizada em 26 de maio de 2001.

Não obstante, pelas razões de decidir do v. Acórdão, proferido em segunda instância ordinária, que conheceu e deu provimento, por votação unânime, ao recurso interposto pelo apelante, de fato, a não desapropriação, embasada no laudo judicial de vistoria realizada em 26 de maio de 2001, não pode se

---

cursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária”.

<sup>4</sup> “Art. 2º A desapropriação de que trata esta lei Complementar é de competência privativa da União e será precedida de decreto declarando o imóvel de interesse social, para fins de reforma agrária.

§ 1º. A ação de desapropriação, proposta pelo órgão federal executor da reforma agrária, será processada e julgada pelo juiz federal competente, inclusive durante as férias forenses.

§ 2º. Declarado o interesse social, para fins de reforma agrária, fica o expropriante legitimado a promover a vistoria e a avaliação do imóvel, inclusive com o auxílio de força policial, mediante prévia autorização do juiz, responsabilizando-se por eventuais perdas e danos que seus agentes vierem a causar, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

sustentar, na medida em que não passa pelo filtro da legalidade e da realidade aferida, no ano de 1997, por especialistas do INCRA.

Não resta a menor dúvida de que a expropriação-sanção determinada pelo Poder Constituinte Originário (CF, art. 184) tem como destinatários os proprietários de imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social. Por outro lado, o mesmo constituinte originário, prestigiando o proprietário rural, vedou, ao Poder Público, a expropriação-sanção, acaso a propriedade rural for produtiva (CF, art. 185, II).<sup>5</sup>

Nesse sentido, fragmento de julgado do E. STF:

A propriedade produtiva, independentemente de sua extensão territorial e da circunstância de o seu titular ser, ou não, proprietário de outro imóvel rural, revela-se intangível à ação expropriatória do Poder Público em tema de reforma agrária (CF, art. 185, II), desde que comprovado, de modo inquestionável, pelo impetrante, o grau adequado e suficiente de produtividade fundiária.<sup>6</sup>

No caso concreto, o *expert* do juízo em primeira instância ordinária concluiu, em síntese, que:

(...) atualmente o imóvel rural é totalmente produtivo, alcançando de acordo

com a legislação vigente, Grau de Eficiência na Exploração da terra igual a 174%.

Ocorre que, no presente caso, a avaliação elaborada pelos especialistas do INCRA, mediante laudo preliminar, datado de 23 de junho de 1998, com base na análise do ano de 1997, o qual classificou a propriedade como improdutiva, passível de desapropriação com o GEE da fazenda alcançando 59,45%, não pode ser afastado pelo laudo do *expert* do juízo, porque não se deu de forma equivocada.

Extrai-se do laudo judicial elaborado na primeira instância ordinária, que a sua materialização deu-se mais de três

anos após o período analisado pelos especialistas do INCRA, não restando constatado qualquer efetivo pecuário ou outras coisas que no laudo preliminar dos especialistas do INCRA haviam sido desconsideradas, de maneira que pelo filtro da legalidade e da realidade existente, quando da vistoria pelo INCRA, o laudo deste mostra-se irretocável.

Logo, sem sombra de dúvida, o v. Acórdão mostra-se na justa medida, pois se utilizou como razões de decidir do parecer preliminar dos especialistas do INCRA, formalmente documentado, em dados só pretéritos, o que ocasionou a reforma da r. sentença de primeira instância ordinária, para declarar a validade do laudo preliminar de levantamento do INCRA e do decreto de desapropriação; e, como consequência, declarar, o imóvel rural “Fazenda Santa Avóia – Gleba 2”, situado na cidade de Barretos, Estado de São Paulo, como uma grande propriedade improdutiva, suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

5 “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – (...);

II - a propriedade produtiva. (...”).

6 STF, Pleno, MS nº 22.022/ES, Relator Ministro Celso de Mello, j. 07/10/1994, DJ 04/11/1994.

Se o v. Acórdão conhecesse e não desse provimento ao recurso interposto pelo apelante, estaria sendo atingida a alma do instituto da função social da propriedade, em prestígio aos proprietários rurais indiferentes à Ordem Econômica e Financeira prescrita pelo Poder Constituinte Originário (CF, art. 170, II e III).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;  
III - função social da propriedade;(...”).



## Newton José Falcão

Juiz Federal titular da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente. Mestre em Direito.

### 1. Introdução.

**A** desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, é o instrumental de coerção de que dispõe o Estado para impor ao indivíduo o livre exercício do direito de propriedade com respeito ao interesse maior que é o da coletividade.

A utilização do imóvel rural não pode se prestar exclusivamente a fins mesquinhos da concentração e aferição de patrimônio, ou da tão propalada especulação financeira. Sem confrontar a ideologia capitalista e pensando em manter esse sistema de trocas, é necessário pensar o direito de propriedade de modo a garantir que o imóvel rural venha a produzir bens, trabalho, racionalidade no aproveitamento da área, racionalidade na exploração dos recursos naturais, e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O artigo 6º da Lei nº 8.629/1993 considera propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

O Grau de Utilização da Terra – GUT de que trata o artigo 6º da referida lei será igual ou superior a 80% (oitenta por cento) e será fixado mediante divisão da área efetivamente utilizada pela área aproveitável do imóvel, multiplicando-se o resultado por cem para

obtenção do valor em percentuais, enquanto o Grau de Eficiência na Exploração – GEE deve ser igual ou superior a 100% (cem por cento) e será obtido de acordo com a sistemática prevista nos incisos I, II e III, *verbis*:

Art. 6º. (...)

§ 2º. (...)

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

O imóvel rural considerado improdutivo pelo INCRA é aquele que, embora economicamente explorável, se encontra total ou parcialmente improventado pelo seu ocupante ou proprietário. Nesta condição, torna-se passível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

## Resumo do caso.

O caso ora comentado comprehende uma ação declaratória de produtividade de imóvel rural, que foi ajuizada com o propósito de afastar o ato expropriatório do INCRA. Em juízo de 1º grau a demanda foi julgada procedente por sentença que acolheu o laudo do vistor oficial que se revelou divergente da vistoria administrativa levada a efeito pelo INCRA.

Inconformada, a autarquia federal interpôs recurso de apelação que acabou

acolhido pelo juiz *ad quem*. Em sua fundamentação o v.

acórdão fez prever a declaração de improdutividade baseada na vistoria administrativa, afastando assim o laudo

do perito oficial, que, para apurar o grau de eficiência econômica, levou em consideração a realidade fática da situação do imóvel encontrada no momento da elaboração do laudo oficial, desprezando os dados apontados no levantamento feito no momento da vistoria pelo INCRA.

Em termos gerais, a questão cinge-se a saber em qual momento e mediante quais índices há de se aferir a produtividade do imóvel objeto dos autos, bem como envolve saber se área de reserva legal não averbada em cartório há de ser considerada como área aproveitável do imóvel. A partir da análise dessas questões com base nos elementos carreados aos autos, cumpre aferir juridicamente qual é a produtividade do imóvel.

## Da produtividade superveniente.

Nos termos do que restou decidido no v. acórdão em questão, improdutivo o imóvel à época da vistoria, o procedimento expropriatório transcorrerá validamente, produzindo

todos os efeitos legais. De modo que eventual produtividade posterior do imóvel não terá o condão de afastar os requisitos fáticos e jurídicos de validade ao decreto de declaração de interesse social, por exemplo.

Posicionamento diferente pode ser adotado apenas excepcionalmente, quando, por razões fáticas, não for possível saber com algum grau de precisão qual a produtividade do imóvel no momento em que foi vistoriado administrativamente pelo expropriante. Conclusão diversa acabaria por contrariar princípios autorizadores da desapropriação, afrontando inclusive a isonomia.

Com efeito, os proprietários com maiores condições econômicas passariam a ter chances maiores de não se sujeitarem a reforma

agrária, alterando, temporariamente (durante o período de processamento da ação declaratória de produtividade, por exemplo), as condições reais do local pelo simples arrendamento de rebanhos ou pela instalação de culturas agrícolas, de modo a que perícia posterior constatasse (naquele momento) o uso mínimo da terra previsto em lei.

Tal solução nos parece a mais sensata e a mais condizente com os ditames legais e constitucionais que regem a política agrária, visando realizar uma justa distribuição da terra.

Um aspecto desse tema, todavia, deve ser realçado.

Segundo o § 4º do artigo 2º da Lei nº 8.629/1993:

Art. 2º. (...)

§ 4º. Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até 6 (seis) meses após a data da

comunicação para levantamento de dados e informações (...).

Com essa regra, passados seis meses da comunicação para levantamento de dados e informações, o particular fica impedido de promover alterações no imóvel, convertendo-o em produtivo para inviabilizar a expropriação.

Trata-se de impedimento temporário, visto que passado esse período, o proprietário pode alterar a realidade de suas terras, o que deve, quando provado, ser levado em consideração pela autarquia expropriante.

Ocorrendo a comunicação para o levantamento preliminar em 16/05/2011, por exemplo, o proprietário não poderia modificar seus domínios até 16/11/2011, podendo fazê-lo a partir de então, devendo as modificações ser consideradas para os fins expropriatórios.

Cabe ao dono do imóvel, portanto, demonstrar eventuais alterações da propriedade, após os 6 meses aludidos, que possam afetar o grau de produtividade. Após os seis meses mencionados no § 4º do artigo 2º da Lei nº 8.629/1993, o proprietário poderá alterar as condições de uso de seu imóvel, mas isso apenas poderá ocorrer até a edição do decreto expropriatório, pois um dos efeitos desse é a fixação do estado do bem.

Em termos diversos, se, após o decreto presidencial expropriatório, o expropriado promove alterações em sua propriedade, essas não terão o condão de modificar o grau de produtividade apurado pela autoridade pública, bem como não importarão em qualquer acréscimo indenizatório.

Observe-se que, segundo o artigo 26, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, “serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com a autorização do expropriante”.

É dizer, quaisquer benfeitorias realizadas na propriedade, após o decreto expropriatório, não influem, seja no grau de produtividade, seja no valor apurado admi-

nistrativamente como justa indenização.

Assim, a relação custo-benefício da desapropriação, considerado o impacto na indenização correspondente, das medidas implementadas pelo titular do domínio, ao incremento de sua produtividade, não terá qualquer repercussão caso ocorra após o decreto expropriatório, não induzindo também qualquer acréscimo indenizatório, medidas produtivas de qualquer índole alegadas, mas não devidamente comprovadas.

Em síntese, não desconstituída a presunção de legalidade e de legitimidade do laudo autárquico, no processo administrativo de desapropriação, bem como não comprovado, supervenientemente, em tempo hábil, segundo os ditames legais que a propriedade se tornou produtiva, de modo a impedir a expropriação, a pretendida declaração de produtividade deve ser afastada.

## Dos critérios oficiais para a apuração da produtividade.<sup>1</sup>

No que se refere à utilização de critérios de “pesquisa coletiva” em lugar dos oficiais adotados pelo INCRA, concluiu o órgão julgador de segunda instância ser “inviável levar em consideração os cálculos de fls. 423/425 e de fl. 610, por utilizarem critérios de pesquisa acadêmica em lugar dos critérios oficiais estabelecidos em regulamento autárquico válido e eficaz.”

Estabelece o artigo 11 da Lei nº 8.629/1993 que:

Art. 11. Os parâmetros, índices e indicadores que informam o conceito de produtividade serão ajustados, periodicamente, de modo a levar em conta

<sup>1</sup> As informações desse item foram extraídas de “Lei nº 8.629/1993 comentada por Procuradores Federais”. Disponível em: <[http://www.incra.gov.br/index.php/procuratoria/publicacoes/file/1090-livro-lei-862993-comentada-por-procuradores-federais\\_start=20](http://www.incra.gov.br/index.php/procuratoria/publicacoes/file/1090-livro-lei-862993-comentada-por-procuradores-federais_start=20)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional, pelos Ministros de Estado do Desenvolvimento Agrário e da Agricultura e do Abastecimento, ouvido o Conselho Nacional de Política Agrícola. (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Cuida-se de dispositivo estabelecendo procedimento a ser adotado para revisão administrativa pelo Poder Público dos parâmetros, índices e indicadores sobre os quais se calculam os graus de utilização e de eficiência na exploração da propriedade – GUT e GEE (art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.629/1993), critérios de aferição do cumprimento da função social da propriedade sob seu aspecto da produtividade econômica. Genericamente, denomina-se como previsão de revisão dos “índices de produtividade”.

É certo que, se, a princípio, a lei atribuiu ao “órgão federal competente” a fixação inicial desses índices (v. *caput* do art. 6º), o artigo 11 prevê que a revisão dos índices dar-se-á por ato conjunto de pastas ministeriais.

Quanto à legalidade da fixação inicial desses índices pelo INCRA, confira-se a jurisprudência: STF, MS 23.523/SC, DJ 14/02/2003; MS 23.391/PR, DJ 24/11/2000; MS 23.369/GO, DJ 09/02/2001; MS 22.478/PR, DJ 26/09/1997, dentre outros.

Por outro lado, para momento posterior a essa fixação inicial, a própria Lei nº 8.629/1993, reconhecendo que tais índices que informam o conceito de produtividade são variáveis no tempo, especialmente, em razão dos esperados avanços tecnológicos, previu possibilidade de reajuste, disciplinando procedimento complexo, com a manifestação de vontade do Poder Executivo perfectibilizando-se pela atuação das vontades dos Ministérios correlatos à matéria: Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA e Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Destaque-se que a competência atribuí-

da, na redação original da Lei nº 8.629/1993, ao “Ministro de Agricultura e Reforma Agrária” foi posteriormente cindida entre MDA e MAPA, em razão das inovações na organização da Presidência da República e dos Ministérios (MP nº 1.999-14/2001, que institui Ministério do Desenvolvimento Agrário. Hoje, organização dos Ministérios disciplinada pela Lei nº 10.683/2003 e suas alterações).

Prevê-se, ainda, a corroboração da vontade dos altos órgãos do Poder Executivo pela oitiva do Conselho Nacional de Política Agrícola – CNPA, instituído pela Lei nº 8.171/1991, órgão vinculado ao Ministério da Agricultura e composição mista entre autoridades do Poder Público e sociedade civil. Da dicção da lei, não se exige aprovação formal pelo CNPA da alteração dos índices e parâmetros, mas sua consulta e manifestação que podem ser consideradas na aprovação.

Para o momento, é de se resumir as bases histórico-jurídicas em que se insere a discussão sobre o reajuste dos índices de produtividade.

A legislação estabelece que a atualização dos referidos índices deve ser feita “periodicamente, de modo a levar em conta o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional”. Apesar desta determinação, os índices em vigor foram definidos há, praticamente, trinta e cinco anos, por meio da Instrução Especial INCRA nº 19, de maio de 1980, que visava estabelecer normas, critérios e tabelas para cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural.

Assim, resta patente a defasagem histórica, de modo que os atuais índices não contemplam adequadamente as mudanças técnicas já antevistas pela legislação e que aconteceram neste período.

Embora a lei se refira à fixação de índices, o que ocorre é apenas a aferição de rendimentos através da coleta de dados da realidade fática de produção agropecuária, utilizando-se de estatísticas de órgãos oficiais

especializados que refletem o comportamento destas atividades rurais.

A exigência da manutenção de níveis satisfatórios de produtividade, como um dos critérios para o desempenho da função social da propriedade, está prevista desde a edição da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra), que regula os direitos e obrigações dos imóveis rurais para os fins de execução da reforma agrária e promoção da política agrícola.

A base legal para fixação dos índices de rendimento que informam o conceito de produtividade, como visto, é o artigo 6º da Lei nº 8.629/1993.

O artigo 6º da Lei nº 8.629/1993 prevê a apuração do Grau de Utilização da Terra (GUT) e do Grau de Eficiência na Exploração (GEE) e estabelece a sistemática geral para sua obtenção e as situações de excepcionalidade para sua aplicação. A competência para definição específica e individuada da produtividade para cada produto e área geográfica coube, inicialmente, ao órgão competente do Poder Executivo, como visto, o INCRA.

Até a edição da lei em vigor, foram estabelecidas várias regras e denominações para estes índices: a) 1965 a 1973 – Coeficiente de Rendimento Econômico (Decreto nº 55.981, de 31 de março de 1965 e Instrução Especial IBRA nº 1/1965); b) 1973 a 1980 – Coeficiente de Produtividade (Decreto nº 72.106, de 18 de abril de 1973 e Instrução Especial INCRA nº 5-A/1973); c) 1980 a 1993 – GUT e GEE (Decreto nº 84.685, de 06 de março de 1980 e Instrução Especial INCRA nº 19/1980).

O Decreto nº 84.685/1980, editado originalmente para regulamentar apenas matéria de ordem tributária, acabou por tra-

tar também de questões de natureza agrária, uma vez que dispôs sobre a sistemática para cálculo do GUT e do GEE para produtos pecuários, agrícolas e vegetais extractivos e florestais. Tratava-se de regulamentar como seria calculada a possível redução do valor do Imposto Territorial Rural vinculada a padrões mínimos de produtividade. A partir deste decreto foi editada a IE INCRA nº 19/1980.

As Instruções Normativas INCRA nº 08/1993, e nº 11/2003 alteraram a unidade de medida utilizada para cálculo do GEE da atividade pecuária, substituindo a medida cabeça animal por hectare

por unidade animal por hectare, e estabeleceram fatores de conversão para adaptar os valores constantes na IE INCRA nº 19/1980.

Os índices que informam o conceito de produtividade são representativos do que de fato ocorre no campo e estão sujeitos a mudanças determinadas pelas condições existentes em cada área geográfica.

O artigo 11 da Lei nº 8.629/1993 condiciona o ajustamento dos índices que informam o conceito de produtividade à existência de “progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional”. Essa redação legal nem impõe vinculatividade ao ato de fixação dos índices e nem facilita discricionariedade ao ato de ajuste dos índices, de modo que na ausência de comprovação do progresso científico-tecnológico ou do desenvolvimento regional, o ajuste não se justifica.

A inclusão do desenvolvimento regional como condicionante do ajuste dos índices é pertinente e atual, uma vez que, tanto o Estatuto da Terra como o II PNRA vinculam explicitamente o objetivo da reforma agrária à

promoção do desenvolvimento com justiça social. Além disso, estabelecem a relação direta entre a finalidade da intervenção fundiária, a desapropriação por interesse social e o impulso ao desenvolvimento regional sustentável.

A Constituição Federal, em seus arts. 43, 174 e 218, prevê a articulação entre o desenvolvimento regional e o desenvolvimento nacional através da compatibilização dos respectivos planos, inclusive, no que diz respeito ao desenvolvimento científico e tecnológico.

A delimitação das áreas geográficas para execução da política agrária é objeto de diversas normas legais, inclusive, no que tange à aferição dos índices de produtividade. Trata-se, pois, de ajustar os limites destes territórios para permitir a sua adequada utilização na formulação de políticas, compatibilizando os territórios oficiais existentes, especialmente, os definidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o órgão responsável pela definição da Divisão Regional do Brasil.

A reivindicação sócio-jurídica pela revisão dos referidos índices e parâmetros é pauta de estudos de diversos segmentos da sociedade civil e também do Ministério Público Federal.

Ao longo dos anos, desde a fixação originária dos índices, é inegável o desenvolvimento experimentado pela técnica agropecuária. Assim, pela dicção da lei, se houver comprovação desses avanços, deve-se, desde logo, e com periodicidade condizente com os avanços, adotar o procedimento de revisão dos índices informativos da produtividade. O clamor pela revisão justificar-se-ia, assim, pela patente omissão no atendimento da previsão legal.

No entanto, até disciplina expressa, própria pela concordância de ambas as pastas ministeriais, sob instrumento normativo próprio, não se pode cogitar de revisão *sponte propria* pelo INCRA, nem por outros atores

do processo social, nem mesmo pelo Poder Judiciário, obstado que estaria pelos limites da divisão de poderes da República.

Destacam-se ações administrativas e judiciais pela revisão dos índices: v. ACP nº 0031982-03.2010.4.01.3400/DF, inicialmente extinta sem resolução de mérito por questões processuais.

Nesse sentido:

Ação popular. Política de desapropriação e reforma agrária. Fixação de índices de produtividade. Vistorias em imóveis rurais. Atribuições do INCRA.

1. De acordo com o art. 6º da Lei nº 8.629/1993, ao INCRA compete a fixação dos índices para aferição do Grau de Utilização da Terra – GUT e do Grau de Eficiência na Exploração – GEE.

2. O art. 11 da Lei nº 8.629/1993 atribui aos Ministros de Estado do Desenvolvimento Agrário e da Agricultura e do Abastecimento a prerrogativa de, conjuntamente, e ouvido o Conselho Nacional de Política Agrícola, procederem a ajustes periódicos nos parâmetros, índices e indicadores que informam o conceito de produtividade fixado pelo INCRA, ou determinarem que o INCRA o faça, de modo a buscar adequação contínua às inovações advindas do progresso científico e tecnológico pertinente à atividade primária.

3. A Constituição Federal de 1988 remete para a legislação ordinária a fixação de normas para verificação do cumprimento dos requisitos relativos à função social da propriedade rural.

4. Não cabe ao Poder Judiciário substituir critérios definidos em lei, quanto mais em se tratando da fixação de parâmetros eminentemente técnicos, atribuição específica definida no ordenamento vigente.

5. As vistorias do INCRA foram realizadas de acordo com a legislação de regência da matéria. Observância dos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.717/65.

(TRF 4ª Região, Quarta Turma, Reexame

Necessário Cível nº 2005.71.06.000652-5/RS, Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 02/06/2010, DJe 14/06/2010)

De ver-se, portanto, que a revisão dos “índices de produtividade”, prevista na Lei nº 8.629/1993, demanda estudos e procedimentos técnicos. O artigo 11 restringiu-se a estabelecer, em linhas gerais, a competência e limites dessa revisão, a depender, como visto, de vontade administrativa complexa, manifestada politicamente, para que se implemente a previsão legal de revisão efetivamente periódica.

### **Da área de reserva legal não averbada.**

Segundo o v. acórdão, o artigo 16, § 2º, da Lei nº 4.771/1965 (ora revogado Código Florestal), na redação anterior à edição da Medida Provisória 2.166-67/2001, vigente à época da realização da vistoria administrativa, prescrevia o dever de averbação da área de reserva legal, o qual foi descumprido na hipótese dos autos. Como a referida área de reserva legal não constava do registro imobiliário no tempo oportuno, deve ser considerada para efeito de cálculo da produtividade.

É insuscetível de desapropriação, nos termos do artigo 185 da Constituição Federal, a propriedade produtiva, essa considerada se verificado o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.629/1993, ou seja, Grau de Utilização da

Terra igual ou superior a 80% (oitenta por cento) e Grau de Eficiência na Exploração da terra igual ou superior a 100% (cem por cento).

Nos termos do artigo 16, § 2º, da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal):

Art. 16. (...)

§ 2º. A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

O artigo 10, IV, da Lei nº 8.629/1993 estabelece que a área de reserva legal é considerada como não aproveitável para fins de cálculo da produtividade do imóvel, sem, no entanto, condicionar sua exclusão ao fato de estar averbada no registro imobiliário.

“Outra não é a orientação do STF. Segundo o pretório excuso, se a averbação da área de reserva legal do imóvel deu-se posteriormente à comunicação feita pelo INCRA aos proprietários para o levantamento de dados relativos à ocupação, exploração e atualização cadastral do imóvel, não poderá ela ser excluída para o fim de cálculo de produtividade (...).”

considerada inaproveitável no cálculo do Grau de Utilização da Terra – GUT do imóvel.

Com esse posicionamento também concorda o TRF da 1ª Região, para o qual, mantendo a autora, em sua propriedade, área nativa intocada, caracterizando a reserva legal exigida por lei, o só fato de não ter procedido à averbação da mesma não impede sua consideração para o cálculo do grau de produtividade

do imóvel. Excesso de formalismo que deve ser combatido.

Com efeito, o entendimento que prevalece no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é o de que a área de reserva legal, para ser excluída do cálculo da produtividade do imóvel, deve ter sido averbada no registro imobiliário antes da vistoria.

Com a promulgação do Novo Código Florestal, manteve-se inalterada a intenção do legislador de exigir a perfeita identificação da área de reserva legal, modificando apenas o órgão responsável pelo registro e manutenção desses dados, não se justificando a alteração do entendimento jurisprudencial da referida Corte a respeito da matéria, hipótese em que a Corte Superior determinou o retorno dos autos à origem para que as instâncias ordinárias, soberanas na análise das provas, procedessem ao reexame do laudo pericial levando em conta a área de reserva legal, à míngua de averbação no registro imobiliário antes da vistoria.

A jurisprudência do STJ está assim sintetizada:

A reserva legal, não averbada antes da vistoria do imóvel, deve ser considerada como área não utilizada, para cálculos da produtividade do imóvel (Lei nº 8.629/1993, art. 2º, § 4º).

(STJ, Segunda Turma, REsp 865.697/TO, Relator Ministro Humberto Martins, j. 27/02/2007, DJ 09/03/2007)

Outra não é a orientação do STF. Segundo o pretório excuso, se a averbação da área de reserva legal do imóvel deu-se posteriormente à comunicação feita pelo INCRA aos proprietários para o levantamento de dados relativos à ocupação, exploração e atualização cadastral do imóvel, não poderá ela ser excluída para o fim de cálculo de produtividade, por força do que estabelece o artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.629/1993:

Para a exclusão das áreas de preservação permanente ou de reserva legal, estas devem estar devidamente averbadas no respectivo registro do imóvel. Não se encontrando individualizada na averbação, a reserva florestal não poderá ser excluída da área total do imóvel desapropriando para efeito de cálculo da produtividade.

(STF, Pleno, MS 24.924/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 24/02/2011, DJe 04/11/2011)

A solução dada ao caso concreto mostrou-se alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao levar em consideração a área de reserva legal para o cálculo da produtividade, visto que não se encontrava averbada no registro de imóveis competente antes da comunicação feita pelo INCRA ao proprietário para o levantamento de dados relativos à ocupação, exploração e atualização cadastral do imóvel.



# Jurisprudência



# **Direito Administrativo**



Mazeé Leite



**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0000005-90.2002.4.03.6124**  
**(2002.61.24.000005-3)**

Apelante: JONAS MARTINS DE ARRUDA  
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL  
Partes Rés: DANIEL FERNANDES PELICHO NETTO E OUTROS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1<sup>a</sup> VARA DE JALES - SP  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO  
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE  
Classe do Processo: AC 1691647  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/02/2014

**EMENTA**

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE MPF. PRESCRIÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DOS DANOS. CONVÊNIOS DENACCOP. CONFIGURAÇÃO DOS ATOS ÍMPROBOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA.

I. No que tange à submissão do *decisum* ao reexame necessário, quanto ausente previsão legal, à semelhança do que ocorre com a ação popular, de acordo com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no caso de improcedência do pedido, submete-se a sentença ao reexame necessário. Precedente.

II - Ante a previsão constitucional, o órgão ministerial possui *legitimatio ad causam* para ajuizar a ação civil pública por improbidade. Além da previsão constitucional, nos termos do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público pode substituir processualmente todos os interessados na manutenção do patrimônio público e na observância dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública. Portanto, por ser uma consequência lógica, não prospera também a tese de falta de interesse de agir.

III. Quanto às alegações de inépcia da petição inicial, diante da impossibilidade jurídica do pedido ou inadequação da via, pretende o réu uma medíocre interpretação da Lei de Improbidade Administrativa pois, a Lei nº 8.429/92 e a Lei nº 7.347/85 caminharam juntas, não se excluindo, salvo nas suas especificidades.

IV. A questão da constitucionalidade formal da Lei nº 8.429/92 já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a ADI nº 2182.

V. A Lei de Improbidade Administrativa foi editada com base no texto constitucional, que disciplina as sanções aplicáveis aos agentes da Administração Pública, bem como aos terceiros participantes, quando do cometimento de ilícito civil, demonstrando-se sem qualquer fundamento a tese de constitucionalidade da lei por incompetência legislativa da União.

VI. O prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade em face de agentes públicos efetivos é de 5 (cinco) anos, contados da data em que a Administração tomou conhecimento do ato ímparo e, no caso de detentores de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, a partir do término do exercício. Já para os particulares que não desempenham funções públicas (art. 3º, Lei nº 8.429/92), não obstante não haver previsão no artigo 23 da LIA, é firme a jurisprudência do STJ,

no sentido de que a esses particulares se aplica o mesmo regime de prescrição dos agentes públicos. Precedentes.

VII. Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça são imprescritíveis as ações que visam o ressarcimento ao erário decorrentes da prática de ilícitos, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

VIII. Com o objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto, impõe-se que se constate, conjuntamente, que a prática do ato de improbidade foi consciente, decorrente de uma conduta antijurídica, associada ao dolo e à má-fé.

IX. Tendo em vista o Convênio firmado entre a cooperativa e o DENACOOP, os fatos narrados nos autos configuram atos de improbidade administrativa, ante a prescrição para a aplicação das penalidades administrativas, impõe-se o dever de ressarcimento integral dos danos ao Presidente e ao Gerente da Cooperativa, bem como ao Presidente da Festa do Peão de Boiadeiro, por estar constatada a presença do elemento subjetivo doloso, elementos ausentes quantos aos demais réus.

X - Matéria preliminar rejeitada. Remessa Oficial parcialmente provida. Apelação desprovida.

## ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

## RELATÓRIO

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

Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a condenação de Josinete de Barros Freitas, Marco Antonio Silveira Castanheira, Gentil Antonio Ruy, Luís Airton de Oliveira, Jonas Martins de Arruda, Daniel Fernandes Pelicho Netto e Valter Montanari em virtude de supostas infrações decorrentes do repasse de recursos públicos mediante convênio firmado entre o DENACOOP (Departamento Nacional de Cooperativismo, Associativismo e Infra Estrutura Rural), órgão do Ministério da Agricultura e a AVIPAR - Associação dos Viticultores de Palmeira D'Oeste e Região.

Relata o autor a instauração de Inquérito Civil Público no qual se constatou que, mediante a intermediação de Jonas Martins Arruda, pessoa com livre trânsito no Ministério da Agricultura e de Valter Montanari, então vereador Presidente da Festa do Peão de Boiadeiro de Palmeira D'Oeste, os funcionários do DENACOOP, Marco Antonio Silveira Castanheira, Gentil Antonio Ruy, Luís Airton de Oliveira e Josinete de Barros Freitas emitiam pareceres favoráveis e autorizações para convênios do órgão com associações e entidades rurais da região de Jales/ Palmeira D'Oeste, dentre elas a AVIPAR, representada pelo réu Daniel Fernandes Pelicho Netto, visando a destinação irregular de verbas públicas para festas regionais ou proveito da própria associação rural ou de seus dirigentes.

Noticia, ainda, a existência de Comissão de Sindicância em Processo Administrativo Disciplinar, bem como a apuração de irregularidades pelo Ministério da Agricultura na prestação de contas do Convênio nº 069/95, tendo sido, inclusive, determinada a devolução do valor de R\$ 77.453,49 (setenta e sete mil quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e nove centavos).

Aduz, ainda, não obstante as verbas serem vinculadas, que a prestação de contas efetuada não se coaduna com a real destinação dos valores, pois muitas das notas fiscais apresentadas são falsas, assim como recibos e outras provas.

Por fim, requereu o MPF, liminarmente, o afastamento de Josinete de Barros Freitas do cargo que ocupa e, a indisponibilidade de todos os bens e bloqueio das contas bancárias dos réus, combinadamente com a aplicação das penalidades previstas no artigo 12, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

Às fls. 552/553, o D. Juízo *a quo* proferiu decisão deferindo a medida liminar determinando o imediato afastamento do cargo da servidora Josinete de Barros Freitas e a indisponibilidade dos bens e bloqueio das contas bancárias também de Jonas Martins Arruda, Josinete de Barros Freitas e Marco Antonio Castanheira, Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira. Determinou, ainda, a expedição de ofício ao Banco Central para que informe em que instituições financeiras os réus Daniel Pelicho e Valter Montanari tem conta e seus números. Por fim, determinou a intimação da União Federal para que se manifestasse sobre seu interesse no feito.

Posteriormente, foi proferida nova decisão revogando parcialmente aquela constante às fls. 552/553, quanto à ordem de citação dos réus e à indisponibilidade de bens, mantendo, no entanto, a ordem de bloqueio das contas bancárias até que se proceda à notificação prévia dos réus, a fim de que possam oferecer manifestação preliminar, nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92.

Manifestação prévia do réu Marco Antonio Castanheira às fls. 653/665.

Às fls. 801/815, o réu Jonas Martins Arruda apresentou o que denominou de contestação.

Da mesma forma, às fls. 830/861, a ré Josinete Barros de Freitas apresentou o que denominou de contestação.

Manifestação prévia do réu Gentil Antonio Ruy às fls. 927/1116.

Manifestação prévia do réu Luis Airton de Oliveira às fls. 1309/1321.

Manifestação prévia do réu Valter Montanari às fls. 1335/1345.

À fl. 1384, restou certificado o decurso do prazo para o réu Daniel Fernandes Pelicho Neto apresentar manifestação prévia.

Após manifestações prévias e o recebimento da petição inicial (fl. 1388), foi determinada a citação dos réus.

O réu Valter Montanari ofereceu contestação às fls. 1868/1879.

Os réus ofereceram contestação: réu Marco Antonio Castanheira às fls. 1880/1895; o réu Jonas Martins Arruda às fls. 1915/1934; o réu Gentil Antonio Ruy às fls. 1954/2147; a ré Josinete Barros de Freitas às fls. 2354/2381; e o réu Daniel Pelicho às fls. 2508/2513.

As contestações, em síntese se aduziu além das preliminares, a improcedência dos pedidos.

À fl. 2525 foi decretado segredo de justiça.

Réplica do MPF às fls. 2545/2560.

Devidamente intimada, a União Federal manifestando seu interesse no feito, pleiteou

sua intervenção no processo, na qualidade de assistente litisconsorcial, a qual foi deferida às fls. 2566.

Após regular intimação, as partes lograram indicar as provas que pretendiam produzir, sendo que Marco Antonio Castanheira requereu prova documental e oral (emprestada); Daniel Pelicho: prova documental, pericial e testemunhal e, finalmente, Jonas Martins Arruda: prova documental, testemunhal e pericial.

Em decisões proferidas às fls. 2672/2673 e 2687, foram apreciados os pedidos de produção de provas.

Às fls. 2673-verso e 2695, restou certificado o decurso do prazo para Josinete Barros de Freitas, Gentil Antonio Ruy e Luis Airton de Oliveira especificarem provas, para Marco Antonio Castanheira atualizar os endereços das testemunhas arroladas e para Valter Montanari apresentar o rol de testemunhas.

Audiência de instrução às fls. 2728/2733, com a respectiva colheita de prova testemunhal. Encerrada a instrução, vieram aos autos as alegações finais das partes.

À fl. 2819-verso, restou certificado o decurso do prazo para Daniel Fernandes Pelicho Neto, Valter Montanari e Gentil Antonio Ruy apresentarem alegações finais.

Devidamente processado o feito, sobreveio a r. sentença a qual rejeitou as preliminares arguidas em contestação, declarando, no entanto, a prescrição das sanções que, em tese, poderiam ser aplicadas aos réus em virtude de eventual prática de atos de improbidade administrativa, com exceção daquela relativa ao ressarcimento integral do dano e, em relação à referida sanção, julgou *parcialmente procedente* o pedido para condenar, de forma solidária, os réus Valter Montanari, Daniel Fernandes Pelicho Netto e Jonas Martins Arruda a devolver aos cofres públicos a quantia de R\$ 63.820,00 (sessenta e três mil oitocentos e vinte reais), equivalente ao valores liberados por força do Convênio nº 069/95, revogando-se a medida liminar que determinara o afastamento de Josinete de Barros Freitas do cargo que ocupava, bem como a indisponibilidade dos bens dos réus Josinete de Barros Freitas, Marco Antonio Silveira Castanheira, Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira. Honorários advocatícios reciprocamente compensados, em razão da sucumbência recíproca. Custas na forma da lei.

Inconformado, Jonas Martins Arruda interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, inadequação da via processual eleita, falta de interesse de agir, impossibilidade jurídica do pedido e a inépcia da inicial. No mérito, aduz a ocorrência da prescrição, bem como a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 8.429/92, bem como a improcedência do pedido, visto a ausência de provas quanto à prática de improbidade ou de aplicação irregular dos recursos. Prequestiona a matéria para fins recursais (art. 13 20, Lei 7347 c/c Decreto nº 1306/94; art. 17, § 2º, Lei 8.429/92; artigo 6º, § 3º, Lei 4717/65; artigos 47 e 245, *caput* e parágrafo único, do CPC; artigo 5º, XXXV e LV, 24, 69 e 109, I, c/c § 2º, todos da CF).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

Instado a se manifestar, o MPF opinou pelo conhecimento do reexame necessário e pela confirmação da r. sentença.

*É o relatório. À Revisão.*

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

## VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal visando a condenação dos réus em virtude de supostas infrações decorrentes do repasse de recursos públicos mediante convênio firmado entre o DENACOOP (Departamento Nacional de Cooperativismo, Associativismo e Infra Estrutura Rural), órgão do Ministério da Agricultura e a AVIPAR (Associação dos Viticultores de Palmeira D'Oeste).

A r. sentença rejeitou a matéria preliminar, reconhecendo, no entanto, a prescrição das sanções que, em tese, poderiam ser aplicadas aos réus em virtude de eventual prática de atos de improbidade administrativa, com exceção daquela relativa ao ressarcimento integral do dano e, em relação à referida sanção, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus Valter Montanari, Daniel Fernandes Pelicho Netto e Jonas Martins Arruda a devolver aos cofres da União Federal a quantia equivalente ao valores liberados por força do Convênio nº 069/95.

Recorre o corréu Jonas Martins Arruda, opondo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a inadequação da via processual eleita, a falta de interesse de agir, impossibilidade jurídica do pedido e a inépcia da inicial. No mérito, aduz a ocorrência da prescrição, a constitucionalidade da Lei nº 8.429/92, bem como a improcedência do pedido, visto a ausência de provas quanto à prática de improbidade ou de aplicação irregular dos recursos. Prequestiona a matéria para fins recursais (artigos 13 e 20, Lei 7347/85 c/c Decreto nº 1306/94; art. 17, § 2º, Lei 8.429/92; artigo 6º, § 3º, Lei 4717/65; artigos 47 e 245, *caput* e parágrafo único, do CPC; artigo 5º, XXXV e LV, 24, 69 e 109, I, c/c § 2º, todos da CF).

Passo a apreciar.

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 do 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:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO. POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

“Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009).

Agravo Regimental não provido.

(Ag RG no REsp 1219033/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 17/03/2011, DJe 25/04/2011)

Dessa forma, considerando o reconhecimento da prescrição e a improcedência do pedido em relação aos corréus Josinete Barros Freitas, Marco Antonio Silveira Castanheira, Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira, impõe-se o conhecimento do reexame necessário.

Primeiramente analiso acerca da legitimação do Ministério Público Federal.

O constituinte originário de 1988 estabeleceu o Ministério Público como instituição

permanente a velar pelo respeito ao regime democrático, à ordem jurídica e aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sendo de assento constitucional as funções do órgão ministerial, encontram-se previstas no art. 129, da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

Não é outro o comando normativo imposto pelo Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93):

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I - *omissis*

II - *omissis*

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

- a) o patrimônio nacional;
- b) o patrimônio público e social;
- c) o patrimônio cultural brasileiro;
- d) o meio ambiente;
- e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

IV - *omissis*

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

a) *omissis*

b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;

(...)

Além disso, nos termos do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público pode substituir processualmente todos os interessados na manutenção do patrimônio público e na observância dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública. Substitui a pessoa jurídica atingida pelos atos lesivos ao seu patrimônio, sendo que, intentada a ação, poderá tal pessoa jurídica, tendo interesse, compor a lide na qualidade de litisconsorte.

A ação civil pública e de improbidade administrativa, portanto, não se confunde com a ação popular, além de ter maior espectro, alcança além do resarcimento dos danos a aplicação de outras sanções ao administrador ímparo, decorrentes de atos previstos na Lei nº 8429/92 e, não apenas das hipóteses previstas nos incisos do artigo 1º da Lei 7.347/85.

Neste contexto, a chamada “legitimação extraordinária” do Ministério Público, nas ações de improbidade, foi absolutamente acatada pela jurisprudência pátria, cujo aresto exemplificativo transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDA-

**DE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, "B", DA LEI 8.625/93. *LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET*. ARTS. 127 E 129 DA CF/88. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVER DE PROTEÇÃO.**

1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, *caput*).
2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, *legitimatio ad processum* e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia *contraditio in terminis* que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação *pro populo de custos legis*.
3. A *ratio essendi* da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, *verbis*: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.
4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
5. Destarte, é mister ressaltar que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
6. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, na forma da recentíssima súmula nº 329, aprovada pela Corte Especial em 02.08.2006, cujo verbete assim sintetiza a tese: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.
7. Sob esse enfoque, adota-se a fundamentação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 163231/SP, para externar que a Constituição Federal confere ao Ministério Público capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade, nos seguintes termos: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do 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 (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme

interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que quanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.” (grifou-se)

8. Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa do interesse patrimonial público e social, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública, podendo para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

9. Outrossim, impõe-se,ressaltar que o artigo 25, IV, “b”, da Lei 8.625/93 permite ao Ministério Público ingressar em juízo, por meio da propositura da ação civil pública para “a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

10. Deveras, o Ministério Público, ao propor ação civil pública por ato de improbidade, visa a realização do interesse público primário, protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido resarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária.

11. É cediço na doutrina pátria que “o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I). (Nelson Nery Júnior In “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor”, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429)

12. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp nº 749988/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, j. 08/08/2006, v.u., DJ 18/09/2006)

Ante estas circunstâncias não prospera a tese de falta de interesse de agir.

Quanto às alegações de inépcia da petição inicial, diante da impossibilidade jurídica do pedido ou inadequação da via, pretende o réu Jonas Martins Arruda, ora apelante, fazer uso de um jogo de palavras a conduzir a disforme interpretação da Lei de Improbidade Administrativa.

Inexiste óbice ao trâmite da ação de improbidade, prevista no artigo 17 da Lei nº 8.429/92, cumular com a ação civil pública, consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A ação civil pública permite o resarcimento dos danos em maior extensão, sem prejuízo dos resarcimentos previstos ao artigo 12, incisos I, II e III, da LIA. Pela ação civil

pública é a via pelo qual é possível também se condenar ao ressarcimento dos danos denominados coletivos, quando presentes, pretensão albergada pela imprescritibilidade. A cumulação, portanto, assegura com maior vigor a reparação e a resposta eficiente à eventuais ilicitudes constatadas no bojo da ação.

No caso se tem por objeto a constatação ou não da prática de atos de improbidade, a aplicação de penalidades em decorrência de tais atos e o ressarcimento integral dos danos. Acaso efetivamente constatada a prática dos atos ímparobos imputados aos réus, é que serão avaliadas as penalidades cabíveis.

Sob estes subsídios verifico preencher a petição inicial os requisitos exigidos pelo artigo 282, IV do CPC e, mesmo sem ter o autor indicado textualmente no pedido, os dispositivos legais que entende violados e que ensejam a aplicação das penas previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, é possível extrair, da narração dos fatos, das elocuções e fundamentos jurídicos do pedido, a identificação das condutas que pretende ser sancionadas, ou seja, aquelas previstas no art. 9º, IX, XI e XII (Jonas Martins Arruda, Daniel Fernandes Pelicho Neto e Valter Montanari) e art. 10, I e II (Marco Antonio Castanheira, Josinete Barros de Freitas, Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira), todos da Lei nº 8.429/92, razão pela qual também se recepciona a inicial, tal como o fez o Juízo a quo.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 8.429/92, denota-se ausência de identificação específica decorrente de fato concreto, donde se induz ser o pedido contra a lei em tese, donde, estar-se-ia diante de uma argüição direta de inconstitucionalidade, matéria de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o órgão competente na verdade já procedeu a análise, pois, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 2182, nos seguintes termos:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. *Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.* 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

(STF, Tribunal Pleno, ADI 2182/DF, relator Ministro Marco Aurélio, relatora para acórdão Ministra Carmen Lúcia, DJ-e 10/09/10)

Registro, ainda, que neste feito a única servidora efetiva é a ré Josinete Freitas e a mesma atua no Ministério da Agricultura, órgão da Administração Pública Federal. Os réus Marco Antonio Castanheira, Luís Airton de Oliveira e Gentil Ruy, foram nomeados a cargos em comissão, da mesma forma atuavam no órgão federal e, os réus Valter Montanari, Daniel Pelicho e Jonas Arruda figuram na ação nos termos do artigo 3º, da LIA. Com base no texto constitucional foi editada a Lei nº 8.429/92 (LIA - Lei de Improbidade Administrativa), que disciplina as sanções aplicáveis aos agentes da Administração Pública, bem como aos terceiros

participantes, quando do cometimento de ilícito civil, demonstrando-se sem qualquer fundamento a tese de constitucionalidade da lei por incompetência legislativa da União.

Feitas essas considerações, rejeito a preliminar de inépcia da inicial e passo à análise da prescrição:

O artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa assim determina:

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

I - até 5 (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.

Da leitura do referido dispositivo legal, conclui-se, em se tratando de ato de improbidade administrativa, que o fenômeno da prescrição subdivide-se em duas vertentes: para os detentores de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança (inciso I), o prazo é de cinco anos a partir do término do mandato ou exercício do cargo ou função. Já para servidores públicos detentores de cargos efetivos ou empregos públicos (inciso II), a Lei de Improbidade remete aos prazos prescpcionais disciplinados nos seus respectivos estatutos.

Neste contexto, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, estabelece em seu artigo 142:

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.*

Além disso, o artigo 132 do referido Estatuto assim determina:

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

*omissis*

IV - improbidade administrativa;

*omissis*

De se concluir, dessa forma, que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade em face de agentes públicos efetivos é de 5 (cinco) anos, contados da data em que a Administração tomou conhecimento do ato ímparo e, no caso de detentores de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, a partir do término do exercício.

Já para os particulares que não desempenham funções públicas (art. 3º, Lei nº 8.429/92), não obstante não haver previsão no artigo 23 da LIA, é firme a jurisprudência do STJ, no sen-

tido de que a esses particulares se aplica o mesmo regime de prescrição dos agentes públicos, ou seja, 5 (cinco) anos contados da data em que a Administração tomou conhecimento do ato improbo, conforme arestos que seguem transcritos:

**ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO - PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INTENTADAS CONTRA O PARTICULAR - TERMO INICIAL IDÊNTICO AO DO AGENTE PÚBLICO QUE PRATICOU O ATO ÍMPROBO.**

1. No recurso especial de fls. 243/256-e, observa-se que o recorrente não procedeu ao devido cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, não bastando, para tanto, a simples colação de ementas e trechos do aresto comparado.

2. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares é idêntico ao do agente público que praticou o ato improbo, matéria regulada no art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/92. Precedente: (REsp 773.227/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 11.2.2009.)

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp. nº 1197967/ES, Segunda Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 26/08/2010)

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO AOS PARTICULARES.**

I - Trata-se de ação civil pública ajuizada com o objetivo de apurar atos de improbidade administrativa, cuja extinção em razão da prescrição foi decretada no juízo *a quo*.

II - O aresto recorrido reformou tal entendimento, afastando a prescrição em relação a três dos réus, mas para um deles, por não se cuidar de servidor público, mas de um advogado, manteve a prescrição.

III - Quando um terceiro, não servidor, pratica ato de improbidade administrativa, se lhe aplicam os prazos prespcionais incidentes aos demais demandados ocupantes de cargos públicos. Precedente: REsp nº 965.340/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08.10.2007.

IV - Na hipótese, o advogado em questão foi denunciado em ação penal pela prática de extorsão qualificada (artigo 158, § 1º, do Código Penal) juntamente com outros dois có-reus (servidores), para os quais a prescrição foi afastada pelo aresto recorrido, devendo o mesmo se dar em relação a ele.

V - Recurso provido, afastando-se a prescrição em relação ao recorrido ADRIANO ANHÉ MORAN, com o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para o prosseguimento da ação civil pública respectiva.

(STJ, REsp. nº 1087855/PR, Primeira Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 03/03/2009)

No caso dos autos, a imputação dos atos de improbidade que pendem sobre os réus: Valter Montanari (vereador), Marco Antonio Silveira Castanheira, Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira decorrem, respectivamente, de exercício de mandato eletivo e de cargos em comissão/funções de confiança, de modo que o lapso prescricional iniciou-se com o término de tais exercícios/mandato, ou seja: em relação à Valter Montanari iniciou-se em 01/01/1996, em relação a Marco Antonio Castanheira, iniciou-se em 06/08/1996 e em relação a Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira, iniciou-se em 01/04/1997.

Já quanto a Josinete Barros de Freitas, a imputação dos atos de improbidade decorre de cargo efetivo, de modo que o lapso prescricional iniciou-se com a ciência inequívoca da Administração Pública da prática do ato, isto é, a data da prestação de contas referente ao Convênio nº 069/95, em 22 de fevereiro de 1996 (fls. 136).

Neste sentido, é unânime a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO (CONAB). SAFRA DE ALGODÃO. CLASSIFICAÇÃO APONTADA COMO FRAUDULENTA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DECRETO 20.910/32. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO LESIVO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. No caso dos autos, a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB ajuizou ação de indenização contra o Estado de Goiás e Lourival Ferreira de Araújo em razão dos prejuízos sofridos pela reclassificação de algodão em pluma (safra 97/98) que atestou preço incompatível com a qualidade do produto. Por ocasião da sentença, o pedido foi julgado improcedente, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, em razão da prescrição da pretensão indenizatória, a qual foi afastada em sede recursal, com determinação de retorno dos autos à origem. 2. A Corte *a quo* corretamente afastou a incidência da Portaria nº 2/88, da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura, pois não há falar em reclassificação do produto em razão de sua natureza perecível, mas em efetiva apuração de irregularidades na classificação do produto apontada como fraudulenta em ações de improbidade administrativa. Assim, conforme consignado no acórdão recorrido, "o prazo prescricional não há de tomar como termo inicial a data da aquisição do produto pela CONAB, mas, sim, a data em que foi apurado, definitivamente, no âmbito administrativo, o débito objeto da ação, o que, no caso, ocorreu em 12 de agosto de 2003", o que afasta a configuração de prescrição da ação indenizatória ajuizada em dezembro de 2004. 3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional se dá a partir da ciência inequívoca do ato lesivo. Nesse sentido, o entendimento deste Órgão Julgador ao analisar controvérsia idêntica, inclusive envolvendo as mesmas partes: AgRg nos Edcl no REsp 1.074.446/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.10.2010. 4. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp. nº 963697, Segunda Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 20/10/2011, DJE 27/10/2011)

Da mesma forma, por seguirem o mesmo regime prescricional dos demais corréus Jonas Martins de Arruda, Daniel Fernandes Pelicho Netto aplica-se também o prazo quinquenal, contado a partir da data de ciência inequívoca dos atos por parte da Administração Pública, ou seja, 22 de fevereiro de 1996.

*Nesta senda, de fato, encontra-se prescrita a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da LIA em relação aos réus Jonas Martins Arruda, Daniel Fernandes Pelicho Netto, Josinete de Barros Freitas, Valter Montanari e Marco Antonio Silveira Castanheira, tendo em vista que a presente demanda somente foi distribuída em 08/01/2002, quando já esgotado o lapso prescricional.*

*Desta forma, consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de serem imprescritíveis as ações que visam o ressarcimento ao erário decorrentes da prática de ilícitos, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, somente a aplicação das demais sanções previstas no artigo 12 da LIP é que se submete ao prazo prescricional, conforme se pode observar dos seguintes arrestos:*

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES.

1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei

8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o resarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp 199.478/MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 08/05/2000; REsp 1185461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2010; EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/06/2010; REsp 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2009; e REsp 1.069.779/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2009.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Resp 1138564, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, vu. j. 16/12/2010, DJe 02/02/2011)

**ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CF. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRAZO QUINQUENAL. *DIES A QUO*. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. RECURSO PROVÍDO.**

1. “As ações destinadas a levar a efeito 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” (art. 23 da Lei 8.429/92).

2. “... se o ato ímparo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo *a quo* no primeiro dia após a cessação do vínculo” (REsp 1.060.529/MG).

3. *In casu*, não há falar em prescrição, de forma que subsiste para o ora recorrente o interesse em ter o mérito da ação civil pública analisado.

4. O art. 37, § 5º, da CF estabelece a imprescritibilidade das ações visando ao resarcimento ao erário em decorrência de ilícitos praticados.

5. O comando constitucional não condicionou o exercício da ação à prévia declaração de nulidade do ato de improbidade administrativa.

6. Certamente, só há falar em resarcimento se reconhecida, concretamente, a ilicitude do ato praticado. Entretanto, esse reconhecimento não prescinde de declaração de nulidade, conforme entendeu o Tribunal *a quo*. Assim fosse, tornar-se-ia letra morta o conteúdo normativo do art. 37, § 5º, da CF se não ajuizada no prazo legal a ação.

7. O prazo estabelecido no art. 23 da Lei 8.429/92 se refere à *aplicação das sanções*, e não ao resarcimento ao erário.

8. O resarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), *honeste vivere* (viver honestamente) e *neminem laedere* (não causar dano a ninguém).

9. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à primeira instância para análise do mérito.

(STJ - Resp 1028330/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, vu. j. 04/11/2010, DJe 12/11/2010)

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. AÇÃO PRESCRITA QUANTO AOS PEDIDOS CONDENATÓRIOS (ART. 23, II, DA LEI Nº 8.429/92). PROSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO AO PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.**

1. O resarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.

2. O Ministério Público ostenta legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública objetivando o resarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições

encartadas na Lei 7.347/85. Precedentes do STJ: REsp 839650/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2008; REsp 226.912/MG, SEXTA TURMA, DJ 12/05/2003; REsp 886.524/SP, SEGUNDA TURMA, DJ 13/11/2007; REsp 151811/MG, SEGUNDA TURMA, DJ 12/02/2001.

3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão resarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009.

4. Consecutariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e resarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, *in casu*, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei nº 8.429/92), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido resarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível.

(STJ, REsp 1089492, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, vu, j. 04/11/2010, DJe 18/11/2010)

No contexto da prescrição, tendo em vista o pedido de ressarcimento de danos ao erário prossegue-se a análise nos autos, quanto aos réus sob os quais reconheci a prescrição das sanções administrativas mas, sob os quais pende verificação de suas condutas para fins de imputação de resarcimentos ou não.

Por outro lado, não ocorreu a prescrição das sanções administrativas quanto aos réus *Gentil Antonio Ruy e Luís Airton de Oliveira*, posto que para estes a data inicial da prescrição remonta a 01.04.1997, donde interposta a presente ação em 08.01.2002 não ocorreu a prescrição. Neste rumo, também se segue a apreciação via remessa oficial na forma art. 515 § 2º do CPC.

Outrossim, tampouco ocorreu prescrição, como reconheceu a sentença quanto à pena de ressarcimento integral do dano prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, intrinsecamente ligada à comprovação da prática dos atos de improbidade.

## MÉRITO.

A concepção da Lei nº 9.429/92 partiu da necessidade de se combater a corrupção e a malversação dos recursos públicos. Partindo dessa concepção, o legislador elaborou uma norma que, embora em abstrato, dita um conteúdo de intenso rigor, visando orientar o julgador, diante da amplíssima gama de condutas suscetíveis de reprovação.

Não obstante ser uma norma aberta, porquanto defina apenas os tipos de improbidade (art. 9º: atos que importam em enriquecimento ilícito; art. 10º: atos que causam prejuízo ao erário; art. 11º: atos que afrontam os princípios da administração pública), a presença de um elemento é essencial para o manejo das ações por improbidade, o dolo. A exegese dos artigos citados exige a prova da prática de ato ilícito DOLOSO, que seja lesivo ao erário público.

Nesta senda, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS ESPECIAIS. IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PESSOAL SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS.

1. “A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, tal como definido por lei” (Marçal Justen Filho *in Curso de Direito Administrativo*, 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual., São Paulo:Saraiva, 2008, p. 828).

2. Para que se configure a improbidade, devem estar presentes os seguintes elementos: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

3. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a existência de dolo, bem como de prejuízo ao erário, razão por que não há falar em ocorrência de ato de improbidade administrativa.

5. Recursos especiais providos.

(STJ, Resp 654.721/MT, Primeira Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 02/06/2009)

O objetivo de punir o agente público corrupto e desonesto impõe a constatação, conjunta, de que a prática do ato de improbidade provocou dano, foi consciente pois associada ao dolo e má-fé e decorreu de conduta antijurídica. Sem a prova robusta desse comportamento, não se pode falar em improbidade administrativa.

Assim, compulsando detidamente os documentos constantes dos autos, bem como os depoimentos pessoais dos réus e a prova testemunhal colhida na instrução, com o fito de formar claro convencimento acerca das condutas descritas, analiso individualmente as condutas de cada um dos réus, cotejando as provas que instruem o processo, como se segue:

*1) Jonas Martins Arruda, Daniel Fernandes Pelicho Netto e Valter Montanari:*

Consta dos autos que o réu Daniel Fernandes Pelicho Netto, à época dos fatos, era presidente da AVIPAR e, contatado pela prefeitura de Palmeira D’Oeste na pessoa do então Presidente da Festa do Peão de Boiadeiro Sr. Valter Montanari, tomou conhecimento da possibilidade de viabilizar convênio junto ao Ministério da Agricultura/DENACOOP, no sentido de obter recursos para a organização das festas agropecuárias do município.

Tudo indica a utilização da associação rural como fachada para burlar a verdadeira destinação dos recursos públicos, concretizado mediante intervenção de terceiro detentor de trânsito político junto ao DENACOOP, Jonas Martins Arruda. Jonas foi o idealizador da elaboração do projeto e da documentação que viabilizou o Convênio nº 069/95, no qual foi liberado o valor de R\$ 63.820,00 para fins de atender aos objetivos traçados.

Afere-se, da proposta, oficialmente encaminhada ao Ministério, o intuito de:

Promover cursos e treinamento no setor de fruticultura, visando levar ao mini e pequeno fruticultor, novos conhecimentos e tecnologias modernas.

*Com previsão das seguintes despesas (fls. 91/94):*

- curso sobre manejo de gado leiteiro: valor total R\$ 11.320,00, incluindo honorários pro-

fissionais, passagens aéreas, hospedagem, alimentação dos instrutores e material promocional;

- curso sobre enxertia, fitossanidade, pós colheita da uva de mesa: valor total R\$ 26.260,00, incluindo honorários profissionais, passagens aéreas, transporte, hospedagem, alimentação, material promocional e de consumo, além de aluguel de sala;

- curso sobre piscicultura: valor total R\$ 8.880,00, incluindo honorários profissionais, passagens aéreas, hospedagem e alimentação, além de material promocional e de consumo;

- dias de campo: valor total de R\$ 17.360,00, incluindo honorários profissionais, passagens aéreas, hospedagem e alimentação além de material promocional e de consumo;

Constata-se que, após liberação da referida verba, o objeto do convênio foi totalmente desvirtuado, posto que os recursos liberados não foram utilizados conforme sua destinação, tendo sido supostamente utilizados ao pagamento das despesas das Festas da Uva e do Peão de Boiadeiro, que ocorreram no período naquela localidade.

Neste contexto, a prestação de contas apresentada foi totalmente fictícia, com a apresentação de falsas notas fiscais, tanto em relação às passagens aéreas e hospedagem, como também outros recibos falsos referentes aos mais diversos serviços (material promocional, de consumo, refeições, etc).

A fraude está devidamente comprovada na documentação constante dos autos. Os recibos referentes aos pagamentos das despesas estipuladas no convênio e os cheques emitidos para tais pagamentos foram nominados à Valter Montanari, à Daniel Pelicho Netto ou, para outra conta da própria AVIPAR.

Os recibos foram imitados, assim como as Notas Fiscais, como se tivessem sido pagos aos prestadores dos serviços e fornecedores, contudo os cheques demonstram destino diverso, com o dinheiro remanejado à vontade pelo referidos réus.

A declaração do próprio réu Daniel Pelicho Netto, colhida às fls. 600/602, não nega o conduta corroborada na prova documental:

QUE, antes da realização da festa do Peão de Boiadeiro, que é feito em conjunto com a Festa da Uva, no mês de setembro, fora chamado naquele ano de 1995, na Prefeitura da cidade de Palmeira D'Oeste, pelo Presidente as Comissão Organizadora da Festa do Peão, Sr. VALTER MONTANARI, que na época era também presidente da Câmara dos Vereadores; QUE, nesta reunião estava presente também o ex-Prefeito Sr. Francisco Mendonça; QUE, a referida reunião ocorreu possivelmente no mês de agosto, dentro do Gabinete do Prefeito; QUE, durante a reunião o Sr. VALTER MONTANARI lhe comunicou que seria possível obter-se uma verba junto ao Ministério da Agricultura para a realização da festa do Peão e da Uva, mas, no entanto, os meios legais para se obter a referida verba seriam o uso de uma Associação rural devidamente legalizada, perguntando-lhe nesse momento se a Associação AVIPAR, da qual o Declarante é presidente, se encontrava legalizada, obtendo como resposta, que sim, estava tudo legalizado; QUE, o Declarante perguntou com toda a clareza ao senhor VALTER, na presença do ex-Prefeito se o dinheiro que viria seria destinado a AVIPAR ou seria destinada a Festa do Peão, obtendo como resposta dos mesmos que o dinheiro seria destinado a Festa do Peão em sua maior parte e uma pequena parte para a Festa da Uva; QUE, neste momento o Declarante indagou, porque seria necessário o uso da AVIPAR sendo que o dinheiro não seria para a AVIPAR; QUE, os dois senhores então lhes responderam que tratava-se apesar de uma questão burocrática, sendo que o mesmo não precisaria ficar preocupado, pois os mesmos providenciariam toda a documentação para a prestação de contas ... QUE a referida verba só chegou no mês de dezembro de 1995 e nesta época a Festa da Uva já tinha sido realizada, tendo inclusive a Associação contraído dívida junto ao BANESPA; QUE, assim que a verba

chegou na conta em nome da Associação, aberta no Banco do Brasil exclusivamente para o recebimento desta verba, foi procurado pelo VALTER MONTANARI e por JONAS ARRUDA, os quais lhe pediram para que fizesse vários cheques em quantias diferentes, pois segundo eles esta era ordem vinda do DENACCOP ...

Por sua vez, Valter Montanari, em depoimento acostado às fls. 603/604 assim afirma:

QUE participou da realização da festa do peão do ano de 1995 através do convite do Prefeito Municipal, Sr. FRANCISCO BOTELHO MENDONÇA; QUE, antes da realização da referida festa encontrou com o Sr. Jonas Martins Arruda na Prefeitura Municipal de Palmeira d'Oeste, o qual lhe informou naquele momento da possibilidade da obtenção de recursos para a realização da festa do peão e da festa da uva, junto com o DENACOOP/MAARA; QUE no entanto lhe explicou que para tal seria necessário que se usasse uma associação ou uma cooperativa legalizada; QUE diante do exposto, o declarante entrou em entendimento com DANIEL PELICHO o qual já depôs nestes autos às fls. 129, e é o presidente da AVIPAR (Associação dos Viticultores de Palmeira d'Oeste e Região), o qual assinou um requerimento ao diretor do DENACOOP, cuja orientação para confecção foi de JONAS ARRUDA, solicitando a liberação da verba, encaminhado pelo Ofício nº 001/95 o qual agora apresenta para ser juntado aos autos; QUE quer esclarecer que pelo que se recorda o DANIEL PELICHO apenas assinou o referido requerimento, tendo o mesmo sido levado ao DENACOOP através de JONAS ARRUDA bem como toda a documentação necessária ao trâmite burocrático da liberação da verba; QUE o declarante ora nenhum (sic) desconfiou da atitude de Sr. JONAS, haja vista que o mesmo era conhecido do assessor do deputado VADÃO e gozava de prestígio político daquela Cidade ...

A declaração testemunhal de Neusa Soratto dos Santos, colhida às fls. 357/358, elucida que:

Esclareço que no final do ano de 1995, fui procurada no meu estabelecimento por VALTER MONTANARI, salvo engano na época vereador dessa cidade, o qual me pediu para fornecer duas notas de prestação de serviços, em branco. Sem indagar o motivo, uma vez que este alegou que precisava das notas, forneci a este as duas notas objetos desse procedimento, em branco, sendo que as cópias ficaram em meu poder, as quais preenchi nos valores de R\$ 12,00 e R\$ 3,00, para efeitos fiscais. VALTER não disse quais valores que iria preenchê-las, quando fui apanhada de surpresa, quando tomei conhecimento dos valores das respectivas notas, ou seja, uma no valor de R\$ 7.920,00 e outra no de R\$ 1.740,00. Conforme já mencionei, as notas forma emprestadas a VALTER, o qual alegou que necessitaria de duas notas, não sendo verdade que a discriminação dos serviços constantes nas duas notas, foram usufruídas no meu estabelecimento, uma vez que a discriminação dos serviços das notas são diferentes ...

Frise-se que a perícia grafotécnica confirmou a versão da depoente acima transcrita, pois conclui "ter sido de autoria do réu Valter Montanari os manuscritos", qual seja, o preenchimento das notas fiscais, entregues em branco, deriva do próprio punho de Valter que, indicou os valores de R\$ 7.920,00 e R\$ 1.740,00, tal como relatou a testemunha Neuza, dona do Hotel Rondon.

Ainda quanto ao réu Jonas Martins Arruda, confirmando a intermediação na aprovação do convênio, o documento constante à fl. 102 confirma sua atuação como "Gerente pelo Executor" e o "orgão Lotação" como a AVIPAR.

Neste contexto, o depoimento da ré Josinete de Freitas perante a Comissão de Sindicância (fl. 1213), comprova a atuação de Jonas Arruda junto ao DENACOOP na liberação das verbas públicas.

Assim, é possível extrair do conjunto probatório, que a pretensão, desde o começo, era unicamente a obtenção de verbas públicas para a realização da Festa do Peão e da Uva, visando atender aos interesses eleitoreiros e financeiros dos envolvidos, tendo se criado apenas no papel os cursos a serem ministrados, dês que jamais se realizaram, utilizando-se o dinheiro público para fins outros.

Importa consignar existir nestes autos *fatos devidamente comprovados* por documentos, perícia, testemunhas e depoimentos pessoais, sem que as defesas lograssem trazer qualquer explicação plausível.

Todos estes fatos redundaram em grave prejuízo à União, patrimonial e à moralidade pública, tanto por resultar em desvio de verbas para outros fins, o dano ao erário e o enriquecimento ilícito, como pela péssimo exemplo de conduta para toda uma comunidade.

O réu Daniel Pelicho, na condição de Presidente da Cooperativa, Valter Montanari, como Presidente da Festa do Peão de Boiadeiro e Jonas Martins Arruda, criador intelectual do projeto e da documentação, foram responsáveis pelo esquema e partícipes da proposta ao DENACOOP.

Todos tiveram papel central na aprovação dos servidores do referido órgão, do que resultou o Convênio nº 069/95 no qual foi liberado o valor de R\$ 63.000,00.

Quanto às defesas, embora, sobre elas se debruçasse para se esmiuçar alguma explicação lógica ou atenuante, o esquema não cedeu pé, entremostrando-se pífias as alegações e inverossímil as condutas.

Afirmar-se desconhecimento dos fatos, falta de estudo ou mesmo ignorância é inaceitável. Todos sabiam quais eram os objetivos do Convênio, a destinação vinculada do dinheiro público às finalidades propostas, cada qual responsável pela lisura na condução do Convênio, tiveram acesso aos atos praticados para a prestação dos serviços e tiveram conhecimento da prática dos atos ilegais, consoante provas.

As provas conduzem à participação consciente, concorrendo para que as verbas públicas fossem repassadas indevidamente a terceiros, em violação às formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie, conduta que, diante do dolo e má-fé comprovados, constituem-se como atos de improbidade administrativa.

Dessa forma, indubitável que os réus Jonas Martins Arruda, Valter Montanari e Daniel Fernandes Pelicho Neto praticaram efetivamente as condutas a eles imputadas, daí porque devem responder pelo ressarcimento integral do dano.

Relembro que quanto às demais penalidades previstas no art. 12, I e II, da LIA, ante a prescrição da ação, descabida qualquer admoestação.

## 2) MARCO ANTONIO SILVEIRA CASTANHEIRA E JOSINETE DE BARROS FREITAS:

Como analisado em relação a estes dois réus o magistrado reconheceu a prescrição e, em remessa de ofício a devo confirmar, pois decorrido o prazo prescricional quinqüenal para a interposição da ação.

No entanto, em relação ao ressarcimento integral do dano, cabível a análise das condutas a eles imputadas:

O chamado “Escândalo DENACCOP” é notório e foi intensamente divulgado nos mais diversos meios de comunicação, redundando na propositura de inúmeras ações na Justiça Federal, como se pode verificar dos expedientes internos desta Corte.

De acordo com as alegações do autor, comprovadas pelos documentos que juntou, foram investigados 42 convênios celebrados entre 1994 e 1996, entre associações/cooperativas rurais da região de Jales e o DENACCOP. Os prejuízos apurados somam mais de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) e as investigações identificaram um *modus operandi* típico e, hábil na consumação dos crimes e da improbidade administrativa.

Assim, detendo-me, exclusivamente, ao conjunto probatório colhido nos presentes autos, tenho que apesar do esquema, quanto a estes réus há apenas suspeitas, não permitindo as provas acostadas se extrair que Marco Antonio Castanheira e Josinete de Barros Freitas, na qualidade de Diretor do órgão e servidora de carreira, tivessem participado dolosamente para o resultado. Uma coisa é a aprovação do convênio, outra coisa é a destinação, ato do qual não participaram, motivo pelo qual é incabível quer a imputação da prática dos atos ímparos previstas no artigo 10 da LIA, quer responder pelo resarcimento dos danos.

### 3) GENTIL ANTONIO RUY E LUÍS AIRTON DE OLIVEIRA:

Quanto aos dois réus remanescentes, ocupantes de cargos de livre nomeação como *coordenadores gerais do Órgão*, assevero que, de fato, o Regimento Interno da Secretaria de Desenvolvimento Rural, em seu artigo 37, explicita que “À Coordenação de Apoio Operacional, consoante orientação dos Órgãos Setoriais, compete executar, no âmbito da Secretaria, atividades de administração geral, execução orçamentária e financeira, e de controle programático”, de modo que, por essa razão, não se pode imputar aos corréus Gentil e Luis Airton a obrigação de fiscalização do referido convênio ou dever de encaminhamento das comunicações administrativas aos setores de controle, tendo em vista que tais atribuições estavam afetas aos serviços de acompanhamento operacional e apoio administrativo, respectivamente, constantes dos art. 38 e 39 do Regimento.

Ademais, entendo que quanto tenham mantido condutas questionáveis à medida que não apontaram o erro de cálculo constante na proposta do Convênio, intrinsecamente ligado à sua execução, não vislumbro a existência do dolo e da má-fé que caracterizam a improbidade administrativa.

Da mesma forma, não há nos autos qualquer indício de que tais réus direcionavam os convênios, para aprovação, de acordo com interesses políticos das pessoas ligadas ao órgão, ou de seus próprios interesses.

Embora pare sobre o caso, pelo contexto da fraude, certa desconfiança acerca da existência de um rol de pessoas aptas a terem participado do esquema ilícito, não há nos autos indicativos de relacionamento pessoal, político ou econômico que ligue Gentil Antonio Ruy, Luis Airton de Oliveira aos demais réus, pois, ao que consta, não são proprietários rurais, não são da região de Jales e não houve, principalmente, informação, por parte do autor, de aumento patrimonial atípico dos mesmos.

Dessa forma, entendo não ser possível imputar aos réus Gentil Antonio Ruy, Luís Airton de Oliveira as condutas previstas nos incisos I e II do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, uma vez ausente o elemento subjetivo que tipifica a improbidade administrativa.

## CONCLUSÃO.

Em via de remessa oficial é de se manter a prescrição quanto às penalidades decorrentes das sanções administrativas, em relação aos réus Daniel Fernandes Peliche Neto, Jonas Martins Arruda, Valter Montanari, Josinete de Barros Freitas e Marco Antonio Castanheira, porquanto quando da interposição desta ação já ocorreu a prescrição.

Ainda em remessa oficial em relação aos réus Gentil Antonio Ruy e Luis Airton de Oliveira, face à data inicial da prescrição para ambos ter se iniciado em 01.04.1997, não se vislumbra prescrição. Prosseguindo na análise dos fatos detalhadamente apreciados, contudo, não se induz pelas provas acostados terem estes praticado qualquer dos atos de improbidade que lhe foram atribuídos na exordial.

Sob a ótica do analisado, tendo sido o conjunto probatório minudentemente cotejado e apurado, infere-se pela manutenção da condenação quanto aos réus Valter Montanari, Daniel Fernandes Peliche Neto e Jonas Martins Arruda ao ressarcimento dos danos causados na forma da sentença.

No pertinente ao ressarcimento dos danos, verifica-se que a r. sentença assim determinou em seu dispositivo, *in verbis*:

**Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial, extinguindo o feito com apreciação do mérito (artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil), para condenar, de forma solidária, Valter Montanari, Daniel Fernandes Peliche Neto e Jonas Martins Arruda a ressarcir aos cofres públicos a quantia de R\$ 63.820,00, sessenta e três mil, oitocentos e vinte reais, equivalente aos valores liberados por força do Convênio nº 69/95.**

Assim, tratando-se de ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), o ressarcimento integral dos danos previsto no artigo 12 da LIA, se dará diretamente ao órgão que sofreu o aludido prejuízo ou em última instância ao orçamento geral da União, afigurando-se, portanto, como forma de recomposição do patrimônio público em razão dos recursos desviados ou malversados, não havendo qualquer referência, no caso em tela, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, criado em razão das reparações pecuniárias decorrentes da Lei nº 7.347/85, regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 09/11/94, não obstante, como já dito, a LIA (L. 8.429/92) e a LACP (L. 7.347/85) caminharem juntas, não se excluindo, salvo nas suas especificidades.

Por conseguinte, o objetivo de prequestionar os artigos 13 e 20, da Lei nº 7.347/85, Decreto nº 1.306/94; artigo 6º, § 3º, Lei 4717/65 e artigos 24, 69 e 109, I, c/c § 2º, todos da CF, são absolutamente inócuos, uma vez serem tais dispositivos legais e constitucionais inaplicáveis à hipótese dos autos.

Quantos ao artigo 5º, incisos XXXV e LV e 24 da C.F. nenhuma violação é detectável e, tampouco os artigos 47 e 245, *caput* e parágrafo único, ambos do CPC, conduzem a qualquer violação ou hipótese de nulidade.

Derradeiramente, no pertinente aos honorários advocatícios, a r. sentença merece ser mantida, em razão da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar* e, no mérito, *dou parcial provimento à remessa oficial* para afastar a prescrição em relação aos réus Gentil Antonio Ruy e Luis Airton de Oliveira mas, no mérito rejeitar as imputações de improbidade por ausência de justa causa

em relação a eles, bem como aos réus Josinete Barros de Freitas e Marco Antonio Castanheira, mantendo, no entanto, a condenação imposta na r. sentença em relação aos réus Valter Montanari, Daniel Fernandes Pelicho Neto e Jonas Martins Arruda que, solidariamente, responderão pelo resarcimento dos danos estimados em R\$ 63.820,00 (sessenta e três mil, oitocentos e vinte reais), devidamente corrigido, devendo ser devidamente aferido, em sede de execução, se a reparação já chegou a ser realizada em decorrência de eventual condenação anterior proferida pelo TCU. Por fim, nego provimento à apelação do réu Jonas Martins Arruda.

Após o trânsito em julgado, proceda-se nos termos da Resolução nº 44/2007, do Conselho Nacional de Justiça, se o caso.

*É como voto.*

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0002362-48.2003.4.03.6111**  
**(2003.61.11.002362-8)**

Apelantes: CARLOS ALBERTO DOS SANTOS E MARIA TEREZA FIGUEIREDO DOS SANTOS

Apelados: JOSE CAPELLO, UNIÃO FEDERAL E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN

Classe do Processo: AC 1228884

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2014

**EMENTA**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO. ACIDENTE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEXO CAUSALIDADE. OBJETIVA. PRESUNÇÃO DE CULPA. NÃO ELIDIDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. APRECIAÇÃO EQUITATIVA.

1 - Trata-se de ação de rito ordinário com pedido de indenização em que os autores buscam resarcimento a título de danos material e moral em decorrência de acidente automobilístico ocorrido na Rodovia BR-153, em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT, em razão de vários defeitos na pista de rolamento, e de José Carlos Capello, pelo modo inadequado de dirigir seu veículo e parar brusca e inesperadamente a sua frente.

2 - Se houvesse responsabilidade objetiva, bastaria a apuração da autoria, porém nos casos de omissão do Poder Público, a doutrina e a jurisprudência já vêm acolhendo a tese de que seja caso de responsabilidade civil subjetiva, havendo necessidade de se apurar não apenas à autoria, mas a culpabilidade, possibilitando ao Estado demonstrar que o agente culposo foi a outra parte.

3 - O motorista, principalmente ao conduzir veículo em estrada que sabe da existência de buracos na pista, deve manter as devidas diligências necessárias para uma direção segura, além disso, a rigor do art. 29, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro deve-se guardar distância lateral e frontal segura dos demais veículos, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas, daí a presunção de quem bate na traseira é o culpado pelo acidente em razão de não estar guardando a distância de segurança do veículo da frente ou por não prestar atenção no trânsito que lhe segue a frente.

4 - Tal presunção de culpa não foi elidida pelas provas apresentadas, ao contrário, foi reforçada pela prova oral, no sentido de que o autor trafegava em velocidade incompatível com as condições precárias da estrada, situação que tinha pleno conhecimento, pois a utilizava semanalmente.

5 - Ante a inexistência de prova de que o dano decorreu exclusivamente da existência dos defeitos na rodovia, resta descaracterizado o nexo de causalidade indispensável à configuração do dever de indenizar.

6 - Considerando as peculiaridades do caso, a natureza da causa, bem como que feito demandou a realização de audiência de instrução e julgamento, entendo que

tal condenação foi fixada atendendo aos parâmetros estabelecidos pelo art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c” e ao juízo de equidade, não havendo motivos que conduzam à alteração do valor.

7 - Apelação improvida. Sentença mantida.

## **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, 06 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pelos autores contra a sentença prolatada nos autos da ação de indenização por danos material e moral, decorrente de acidente na Rodovia BR-153, movida em face da União e de José Carlos Capello, a qual julgou improcedente os pedidos, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva para excluir a União do polo e indeferiu a denunciaçāo da lide em relação à CONSER - Conservações e Serviços Ltda. e à Polícia Federal, declarando extinto o feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI do CPC, em relação aos réus excluídos e declarou extinto o feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I do CPC, condenando os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a ser rateado entre os réus.

Expõe a parte autora na inicial que no dia 22 de março de 2003, por volta das 8 horas da manhã, o autor Carlos trafegava com seu veículo pela Rodovia BR-153, no sentido das cidades de Marília-Guaimbê, sendo que no mesmo sentido, a sua frente, trafegava o veículo marca Volkswagen Gol, dirigido pelo réu José Capello, que veio a frear bruscamente, parando no meio da pista, a qual continha um enorme buraco que tomava a maior parte da via.

Relata que ao observar que o veículo a sua frente estava parado, embora estivesse com velocidade reduzida, tentou frear, no entanto, não obteve sucesso, vindo a colidir com a parte traseira, ocasionando danos materiais nos dois veículos, além de traumas físicos e psicológicos em sua esposa.

Afirma que não foi possível a realização da ultrapassagem, pois sendo a pista de duplo sentido, no exato momento dos fatos, trafegava em sentido contrário outro automóvel, tipo Gol, dirigido por Beatriz Peloso, nem foi possível o desvio do lado direito, pois não havia acostamento em condições de uso.

Acrescenta que anexou a inicial, fotos da estrada, que confirmam a existência de buracos e péssimas condições de conservação.

Informa que a autora Maria Teresa bateu a mão contra o painel do carro e passou a sentir dores fortes com o decorrer do tempo, impedindo a execução de suas tarefas normais e seu trabalho, pois labora com seu marido na venda de peixes, em feiras e fazendo limpeza, inclusive perdendo horas de sono. Em decorrência, alega fazer jus, nos termos do artigo 949 do Código Civil, ao recebimento de indenização relativas às despesas com tratamento e dos

lucros cessantes, até o fim da convalescença.

Os autores sustentam que os danos causados do veículo de sua propriedade importam em aproximadamente R\$ 6.000,00.

Requereram a citação da União e de José Capello para, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, respondam pelos prejuízos que sofreram, tendo em vista que a União deixou de cuidar da Rodovia BR-153 e o réu José Capello agiu de modo inadequado ao frear seu veículo e ficar sem movimento na pista, sem observar veículos que transitavam e que vinham imediatamente atrás.

Pediram a condenação dos réus no pagamento do dano material no valor de R\$ 6.000,00 e lucro cessante estimado em R\$ 5.310,00, bem como ao dano moral, em valor a ser fixado pelo Juízo. Atribuíram à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), anexando os documentos de fls. 17/57.

Às fls. 61 os autores requereram os benefícios da gratuidade de justiça, o que foi deferido à fl. 62.

O réu José Capello ofereceu contestação às fls. 67/80, alegando que os fatos não se deram na forma narrada na inicial, expondo que naquele dia, trafegava em baixa velocidade pela rodovia, pois sabia das péssimas condições de conservação da estrada, sendo que, ao deparar-se um buraco na pista, viu-se obrigado a reduzir a velocidade, para que pudesse transpô-lo, sendo que no momento em que iniciava a travessia, foi violentamente atingido pelo veículo do autor, uma caminhoneta S10, conduzida de maneira imprudente e negligente, em total desrespeito às normas de trânsito e às imperfeições do local, sem manter distância segurança, nem velocidade necessária, dando causa ao acidente.

Apresentou os documentos de fls. 83/84, para demonstrar que o autor provocou prejuízos consideráveis, que levou a perda total de seu veículo, bem como diversas escoriações e luxações.

Destaca que os autores transitavam diariamente pela via em que se deu o acidente, pois têm residência em Marília e trabalham em Guaimbê, de modo que tinham conhecimento dos riscos e perigos ali existentes, com dever maior de agir com zelo e prudência.

Impugnou os valores apresentados a título de lucros cessantes e o pedido de dano moral.

A União apresentou contestação às fls. 86/118 arguindo preliminarmente sua ilegitimidade passiva, pois cabe ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT a responsabilidade pela conservação das rodovias federais, requerendo sua inclusão no polo passivo, na hipótese de não acolhimento da preliminar.

Denunciou à lide a empresa CONSER - Conservações e Serviços Ltda., sustentando sua responsabilidade contratual de manutenção da Rodovia BR 153 no trecho e data em que ocorreu o acidente.

No mérito alegou que não há nexo causal entre a atuação da Administração Pública e o evento discutido nos autos, anexando os documentos de fls. 119/126.

A parte autora apresentou réplica às fls. 129/150.

As partes foram intimadas a especificarem as provas a produzirem, tendo a parte autora requerido a produção de prova oral e perícia médica. A União apresentou a petição de fls. 160/3, postulando pela produção de prova oral.

A parte autora apresentou os documentos de fls. 169/73.

Foi proferida a decisão de fls. 188/90, em que se determinou a citação do DNIT e da litisdenunciada CONSER - Conservações e Serviços Ltda., sobre a qual a União apresentou embargos de declaração e interpôs agravo de instrumento (fls. 223/35), nº 2004.03.00.02659910-7,

recebido no TRF3<sup>a</sup> Região sem efeito suspensivo, sendo que posteriormente teve seu seguimento negado, eis que fora prejudicado em razão dos sentenciamento do feito.

O DNIT apresentou contestação (fls. 281/294), arguindo preliminar de ilegitimidade, apontando a Polícia Federal com o parte legitima, denunciou à lide a empresa COSER - Conservações e Serviços Ltda. No mérito sustentou que o causador do acidente é o autor, que chocou-se com a parte traseira do veículo do réu José Capello, não podendo imputar à Administração os prejuízos decorrentes. Anexou os documentos de fls. 296/307.

A CONSER - Conservações e Serviços contestou o feito às fls. 309/314, expondo que celebrou contrato para obras de manutenção e recuperação com o DNIT, no subtrecho da Rodovia BR-369, seguindo do Km 347, não podendo ser responsabilizada pelo acidente, pois a manutenção não estava concluída no quilômetro 213. Anexou os documentos de fls. 315/345.

Os autores apresentaram réplica em relação às contestações do DNIT e CONSER às fls. 332/5 e 336/342.

As partes foram novamente intimadas para especificarem as provas a que pretendiam produzir, tendo os autores e a União reiterado requerimento de produção de prova oral e pericial médica, sendo que a CONSER requereu o depoimento pessoal dos autores e dos litisconsortes, o DNIT pleiteou igualmente o depoimento das partes envolvidas, bem como do engenheiro responsável pelo setor de estrada, bem como prova pericial técnica, visando esclarecer as condições de visibilidade da estrada.

Foi proferida decisão às fls. 353/55 deferindo a tomada de depoimento pessoal dos autores, do réu José Capello e oitiva das testemunhas arroladas, indeferindo o depoimento pessoal dos demais réus, inclusive do engenheiro responsável pelo setor da estrada. Foi indeferida ainda, a produção de prova pericial requerida pela União e pelo DNIT.

Foi realizada audiência para depoimento pessoal do autor e réu, bem como a oitiva das testemunhas de fls. 402/410, sendo outras ouvidas por carta precatória (fls. 469/475).

A prova pericial médica foi deferida e realizada, estando o laudo anexado às fls. 513/517.

As partes foram intimadas e apresentaram manifestação às fls. 520/21, 523/5, 526/8 e 530/1.

O MM. Juiz proferiu sentença às fls. 540/560, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e excluiu a União do polo passivo. Indeferiu a denunciação da lide em relação à CONSER - Conservações e Serviços Ltda. e à Polícia Federal, declarando extinto o feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI do CPC, em relação aos réus excluídos.

No mérito, julgou improcedente o pedido dos autores, declarando extinto o feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I do CPC, condenando-os ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a ser rateado entre os réus.

A parte autora apresentou embargos de declaração às fls. 566/7, os quais não foram acolhidos, conforme fls. 570/3.

Os autores apelaram, expondo suas razões às fls. 576/592, argumentando que a sentença ignorou a prova documental e testemunhal produzida nos autos, pois a causa do acidente foram os defeitos na pista.

Impugna a fixação dos honorários advocatícios fixados em favor da COSER, pois não foi responsável pela sua denunciação a lide, não devendo arcar com a sucumbência, arguindo ainda que o valor total fixado não condiz com o valor dado à causa, devendo ser reduzido.

Reafirma que a responsabilidade do Estado é objetiva, havendo obrigação de indenizar o dano advindo do ato lesivo causado à vítima, sem exigir culpa de seus agentes.

No mais, requereram a reforma da sentença e a apreciação da matéria, inclusive para fins de prequestionamento.

Em contrarrazões, os réus requereram que fosse negado provimento ao recurso da parte autora, conforme fls. 600/616, 624/632, 638/42.

É o relatório.

À dnota revisão.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de ação de rito ordinário com pedido de indenização em que os autores buscam resarcimento a título de danos material e moral em decorrência de acidente automobilístico ocorrido na Rodovia BR-153, em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT, em razão de vários defeitos na pista de rolamento, e de José Carlos Capello, pelo modo inadequado de dirigir seu veículo e parar brusca e inesperadamente a sua frente.

Reiteram os apelantes que a responsabilidade do DNIT é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, dispensando a prova de culpa da Administração, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Para que se possa estabelecer quais os elementos necessários para caracterização de possível obrigação reparatória do Estado, faz-se necessário definir qual o sistema de responsabilidade civil que regula a presente situação, ou seja, cabe constatar se cuida de sistema resarcitório baseado na noção de culpa *lato sensu* (responsabilidade civil subjetiva) ou na idéia de risco administrativo (responsabilidade civil objetiva).

Nos casos de omissão é possível a incidência da responsabilidade subjetiva, que se configura em face de dano causado ao administrado por ilícito culposo ou danoso.

Se houvesse responsabilidade objetiva, bastaria a apuração da autoria, porém nos casos de omissão do Poder Público, a doutrina e a jurisprudência já vêm acolhendo a tese de que seja caso de responsabilidade civil subjetiva, havendo necessidade de se apurar não apenas à autoria, mas a culpabilidade, possibilitando ao Estado demonstrar que o agente culposo foi a outra parte.

Nesse sentido:

**PROCESSUAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - PRESUNÇÃO DE CULPA - ACIDENTE DE TRANSITO - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - MOTORISTA OFICIAL - (CPC - ART. 70).**

I - Na indenização por acidente de transito, não existe responsabilidade objetiva do estado, mas presunção "juris tantum" de culpa.

II - O estado - quando réu em processo de indenização por acidente de trânsito - tem direito de denunciar a lide ao motorista que conduzia o veiculo oficial.

III - Requerida a denunciaçāo, em tal processo, defeso ao juiz condiciona-la a confissão de culpa, pelo Estado.

IV - Recurso especial provido para declarar a nulidade do processo.

(Resp 111.713/SP, rel. Ministro Humberto Gomes de barros, primeira turma, julgado em 10/12/1996, DJ 03/03/1997, p. 4591)

Portanto, o caso deverá ser analisado pelo ponto da responsabilidade subjetiva, uma vez que a parte autora alegou que o acidente se deu pela falta de conservação da rodovia, caracterizando-se assim, a eventual omissão do Estado em não realizar a manutenção da estrada, não havendo que se falar em ofensa aos artigos 37, § 6º da Constituição Federal ou 43, 186 e 927 do Código Civil.

Em qualquer caso de responsabilidade, seja por conduta comissiva, seja por omissiva, haverá sempre os seguintes elementos a serem comprovados: o dano suportado pela vítima, a conduta (omissiva ou comissiva) e o nexo de causalidade, entre ele e a ação ou a omissão dos réus, em relação direta e imediata, sem o que não se forma o nexo causal, indispensável à configuração do dever de indenizar.

Quanto à responsabilidade do corréu José Capello, a sentença deve ser confirmada, devendo ser afastadas as alegações do apelante, de que o réu agiu de modo inadequado ao parar abruptamente, pois, tanto próprio autor como as testemunhas afirmaram que o corréu, motorista que trafegava à frente do autor, foi obrigado a diminuir a velocidade e praticamente parar em razão de enorme buraco existente na pista, de forma que não há dolo ou culpa em sua conduta, o que afasta o dever de indenizar, não se aplicando ao caso artigo 275 do Código Civil.

Quanto à responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT a controvérsia se resume ao nexo de causalidade.

Alega o apelante que a sentença foi contrária a prova dos autos, visto ser fato notório que a estrada em que ocorreu o acidente estava em péssimo estado de conservação, sendo que o mesmo restou comprovado nas provas produzidas nos autos, no entanto, a sentença consignou que o motivo determinante do evento danoso, não foi a falta de conservação da estrada, mas a conduta do próprio autor:

(...) Deveria o autor ter sido mais prudente e dirigir com redobradas cautelas, no sentido de manter a distância segura em relação ao veículo da frente, de forma a viabilizar o controle de seu veículo em face de freadas bruscas que são eventos inteiramente previsíveis em decorrência do péssimo estado da rodovia e que era do conhecimento do motorista.

Nesse aspecto a sentença deve ser confirmada.

Embora tenha restado incontrovertido que a rodovia se encontrava em péssimas condições, as provas produzidas não confirmam que o acidente decorreu, direta e imediatamente, da mera existência de trecho esburacado na rodovia, de forma que não houve ofensa ao artigo 334, I do CPC.

O acidente ocorreu quando o autor abalroou por trás o veículo do corréu José Capello, quando este diminuiu a marcha para transpor um buraco existente na pista.

O motorista, principalmente ao conduzir veículo em estrada que sabe da existência de buracos na pista, deve manter as devidas diligências necessárias para uma direção segura, além disso, a rigor do art. 29, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro deve-se guardar distância lateral e frontal segura dos demais veículos, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas, daí a presunção de quem bate na traseira é o culpado pelo acidente em razão de não estar guardando a distância de segurança do veículo da frente ou por não prestar atenção no trânsito que lhe segue a frente.

Tal presunção de culpa não foi elidida pelas provas apresentadas, ao contrário, foi reforçada pela prova oral, no sentido de que o autor trafegava em velocidade incompatível com as condições precárias da estrada, situação que tinha pleno conhecimento, pois a utilizava semanalmente, destacando-se:

A testemunha de fls. 471, quanto à velocidade desenvolvida pelo veículo do autor:

Quando falei que o condutor da caminhonete dirigia em velocidade compatível, quis dizer compatível com a velocidade indicada para o trânsito na referida rodovia, qual seja, 100 Km/h.

Aliás, bem superior à velocidade desenvolvida pelo motorista que vinha em sua frente, pois, às fls. 407, o réu José Capello afirma que trafegava em velocidade de mais ou menos 20/30 Km/h em razão de buracos na pista:

(...) que atrás dele vinha uma caminhonete trafegando em alta velocidade, acreditando que depoente que o veículo estiva há mais ou menos 80 Km/h.

O autor conhecia as condições precárias de conservação, conforme afirmou em seu depoimento às fls. 403/404: *Que o autor tem um criadouro de peixes em Guaimbê e fazia aquele percurso toda semana.*

Deveria, portanto, ter redobrado cuidado ao trafegar na região, a fim de evitar possíveis acidentes.

Acrescenta-se que se foi possível para o réu José Capello diminuir a velocidade ou mesmo parar, cautelosamente, para passar pelo buraco da rodovia, presume-se que seria possível ao autor, se estivesse em velocidade compatível, diminuir a velocidade ou parar, sem que se desse o abaloamento.

Assim, agiu com evidente imprudência o apelante, ao dirigir em velocidade incompatível para uma estrada em péssimas condições de conservação e cujo fluxo se dava em uma única faixa de rolamento em cada sentido, a ponto de não ter conseguido parar seu veículo a tempo de evitar a colisão na parte traseira do automóvel que seguia à frente.

Nesse contexto, ante a inexistência de prova de que o dano decorreu exclusivamente da existência dos defeitos na rodovia, resta descaracterizado o nexo de causalidade indispensável à configuração do dever de indenizar.

Em face dessas considerações, não foi evidenciada a omissão do Poder Público e a sua relevância na existência do acidente, não restou comprovada a existência de conduta ativa ou omissiva e o nexo causal entre esta e o dano que a apelante diz ter experimentado, conforme ônus que lhe cabia, posto que estes são os fatos constitutivos de seu direito à indenização (art. 333, I, do CPC).

Cabe acentuar que foram deferidas todas as provas requeridas pela parte autora, não havendo que se falar em ofensa aos artigos 332, 334, 343, 396 e 400 do CPC ou artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

Afastam-se ainda, as alegações de ofensa aos artigos artigo 5º, V da Constituição Federal e 949 do Código Civil, pois a apreciação dos pedidos de dano moral e os lucros cessantes decorriam da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta dos réus e o alegado dano.

No tocante à redução do valor arbitrado aos honorários advocatícios, não assiste razão ao apelante.

Nas causas de pequeno valor, como o caso concreto, bem como nas de valor inestimável, em que não há condenação pecuniária, for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, devem os honorários advocatícios ser fixados em valor certo, em conformidade com o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, observadas as alíneas do § 3º do mesmo dispositivo.

Dentre as hipóteses de aplicação do art. 20, § 4º, destaca-se aquela referente a causas de pequeno valor, descrição em que se enquadra a presente demanda, cujo pedido de indenização corresponde a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nesses casos, a equidade tem finalidade evidente, pois, do contrário, observada a porcentagem prevista pelo art. 20, § 3º, os honorários somariam quantia ínfima, incapaz de compensar o profissional pelo trabalho desenvolvido.

Por esse motivo, é consolidado na jurisprudência o entendimento de que as fixações de honorários por equidade não se limitam ao percentual do valor da causa:

**PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - LEI 11.232/2005 - POSSIBILIDADE - LIMITES À REVISÃO DO QUANTUM PELO STJ - PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL - SEM PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO PRAZO DO ARTIGO 475-J DO CPC - CABIMENTO - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.**

1. A jurisprudência do STJ entende necessária a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença, inclusive após a nova sistemática da Lei 11.232/2005. Precedente da Corte Especial REsp. 1.028.855/SC.
2. Embora os honorários advocatícios possam ser fixados para a fase de cumprimento de sentença, a sua exigibilidade só é possível se o devedor não efetuar o pagamento ou o depósito no montante da condenação no prazo de 15 dias previsto no artigo 475-J do CPC, antes da prática de atos executórios.
3. Estabelecido está pela Corte Especial que, em princípio, não pode este Tribunal alterar o valor fixado pela instância de origem a título de honorários advocatícios, exceto em situações excepcionalíssimas de irrisoriedade ou exorbitância, se delineadas concretamente no acórdão recorrido as circunstâncias a que se refere o art. 20, § 3º, do CPC.
4. Também está consagrado o entendimento de que a fixação de honorários com base no art. 20, § 4º, do CPC não encontra como limites os percentuais de 10% e 20% de que fala o § 3º do mesmo dispositivo legal, podendo ser adotado como base de cálculo o valor da causa, o da condenação ou arbitrada quantia fixa.
5. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas.
6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.190.935/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 17/08/2010 - destaquei)

Assim, considerando as peculiaridades do caso, a natureza da causa, bem como que feito demandou a realização de audiência de instrução e julgamento, entendo que tal condenação foi fixada atendendo aos parâmetros estabelecidos pelo art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c” e ao juízo de equidade, não havendo motivos que conduzam à alteração do valor, observada a condição suspensiva do art. 12 da Lei nº 1.060/50, em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Ante o exposto, voto por negar provimento à Apelação dos autores, nos termos referidos, mantendo na íntegra a sentença atacada.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0000149-06.2007.4.03.6119**  
**(2007.61.19.000149-1)**

Apelante: JULIUS DAVID ROZEMBAUM

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL

Parte Ré: EDUARDO DE SOUZA GUERCIA

Representante: LUIZ AUGUSTO FAVARO PEREZ

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5<sup>a</sup> VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERBERT DE BRUYN

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 1713234

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2014

**EMENTA**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REMESSA OFICIAL - CONHECIMENTO - PENDÊNCIA DE AÇÃO PENAL - IRRELEVÂNCIA - INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS - PROVA EMPRESTADA - CABIMENTO - REGULARIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO - SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO - CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME (TRÁFICO DE DROGAS) - INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL (ART. 23, II, DA LEI Nº 8.429/92 C/C ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90) - PRAZO NÃO CONSUMADO - PROPORACIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS.

1. Submetem-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças que reconhecerem a carência da ação ou julgarem improcedentes os pedidos deduzidos em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4717/65.

2. Irrelevante o trânsito em julgado da ação penal para a instauração da presente ação de improbidade, em virtude da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa.

3. Legítima a utilização de prova emprestada do processo criminal, desde que submetida ao crivo do contraditório, hipótese dos autos. Precedentes.

4. Insubsistente a alegação de ausência de provas, perfeitamente demonstradas no juízo criminal e corroboradas pelo depoimento testemunhal prestado neste processo.

5. As penas do art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, excetuado o resarcimento integral do erário (art. 37, § 5º, CF), submetem-se ao prazo prescricional.

6. A Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 23, II, remete o intérprete à lei específica para aferição do decurso do prazo prescricional. Em se tratando de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, aplicam-se os prazos previstos no art. 142 da Lei 8.112/90.

7. No caso vertente, em que o ato inquinado de ímparo também corresponde a crime (tráfico de drogas), incide a previsão contida no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, motivo pelo qual deve ser observado o prazo de prescrição penal. Precedentes.

8. A conduta delituosa, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.368/1976, vigente à época dos fatos, era de 15 (quinze) anos, sendo de 10 (dez) anos na hipótese de associação

para o tráfico (art. 14).

9. À luz da legislação penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, implementa-se em 20 (vinte) anos, quando “o máximo da pena é superior a doze” (art. 109, I, CP), e 16 (dezesseis) anos, “se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze” (art. 109, II, CP). Destarte, praticada a conduta ilícita em 14/11/2002, a prescrição da pretensão punitiva do Estado não ocorreria antes de 14/11/2022 ou 14/11/2018, conforme o caso, ressalvada causa de interrupção. Tampouco a consideração da pena em concreto, de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, teria o condão de alterar a conclusão em torno da inocorrência da prescrição, porquanto, também nessa hipótese, ela não ocorreria antes de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal e diante do fato de a distribuição da ação ter ocorrido em 10/1/2007.

10. No tocante à proporcionalidade da multa, a r. sentença bem fundamentou os critérios norteadores de sua aplicação, tendo em vista o envolvimento de agentes policiais no tráfico internacional de drogas, o que deveriam coibir. Revelam-se igualmente adequadas à hipótese as sanções relativas à suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos, bem assim a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 2 (dois) anos

11. Apelação e remessa oficial improvidas.

## **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação civil pública de improbidade administrativa, na qual se pleiteia a condenação dos Agentes da Polícia Federal Eduardo de Souza Guéria e Julius David Rozembaum nas sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, por violação aos princípios da legalidade, eficiência e moralidade no cumprimento de suas funções.

Atribui-se aos policiais a associação a traficantes internacionais com o fim de exportar cocaína para outros países. Mais particularmente, aponta-se o abuso, por esses servidores públicos, das prerrogativas do cargo, ao propiciar aos delinquentes a cobertura necessária para essa ação. Nesse afã, eles teriam viabilizado o chamado “chek in Vip” à “mula” do tráfico, de modo a tornar-lhe possível o embarque em voo destinado a Amsterdã/Holanda com 18.700g (dezoito mil e setecentos gramas) de cocaína, sem passagem pelos procedimentos normais de inspeção de bagagem, o que levaria à descoberta e apreensão da droga.

A conduta teria sido investigada, no Brasil e no exterior, com o auxílio de organismos internacionais, que verificaram a atuação dos agentes em conjunto com traficantes colom-

bianos que promoviam o transporte das substâncias entorpecentes à Europa a partir de voos originados no Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos. Ao fim, eles teriam sido condenados, pelos mesmos fatos, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, c/c art. 18, I, II e III, primeira parte, da Lei nº 6.368/76, c/c art. 29 do Código Penal.

Com respeito a Julius Rosembaum, aduz-se que, não obstante lotado, à época dos fatos, em Santos/SP, ele era a pessoa incumbida de viabilizar o embarque favorecido à “mula” Belmiro, em face de seus vínculos de amizade com o advogado Jae James, traficante que trabalhava em associação com o colombiano Luis Jhonson Quintero Pardo. Isso, ele o conseguia com o auxílio do agente Eduardo Guércia, lotado na Delegacia da Polícia Federal sediada no Aeroporto.

Depoimento da testemunha arrolada pelo Ministério Público Federal e pela União Federal às fls. 237/238.

A sentença julgou procedente em parte o pedido para determinar a suspensão dos direitos políticos dos réus, pelo período de três anos; a perda de seus cargos públicos; a proibição de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de dois anos; o pagamento, pelos réus isoladamente considerados, de multa no montante de 7 (sete) vezes o valor da última remuneração mensal que tenham percebido, bem como custas processuais.

Em apelação, o apelante Julius David Rozembau, requereu a reforma da r. sentença, sob os seguintes argumentos: a) carência da ação, por ter-se baseado em prova emprestada, consistente em dados extraídos de ação penal cujo trânsito em julgado ainda não havia se operado à data da propositura da ação; b) ausência de prova de vínculos entre o apelante e os traficantes; c) invalidade da prova emprestada; d) desproporcionalidade da sanção aplicada, que deveria ser fixada em valor mínimo. Não houve apelação do outro réu.

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal e a União requereram a manutenção da r. sentença, salientando, esta última, a inocorrência da carência da ação.

Em manifestação, o Ministério Público Federal atuante perante esta Corte opinou pelo desprovimento da apelação.

Submeto o processo à audiência do revisor.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN (Relator): Em primeiro lugar, cumpre asseverar submeter-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que concluir pela improcedência do pedido ou de parte do pedido deduzido em sede de ação civil pública, por força da aplicação analógica da regra contida no art. 19 da Lei nº 4717/65. Nesse sentido, destaco os seguintes arestos do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2.

**Agravo Regimental não provido. EMEN: (AGRESP 201001846488, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 25/04/2011 DTPB:)**

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.** 1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina. 2. Recurso especial provido. (RESP 200802742289, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 29/05/2009 REVPRO VOL.: 00177 PG: 00268 DTPB:)

Nesse passo, conheço da matéria também por esse prisma.

Trata-se de ação de improbidade direcionada contra o Agente da Polícia Federal Julius David Rozembaum, estribada nos fatos a seguir narrados.

Consoante a inicial, o apelante atuaria em conjunto com Jae James Albino, Jhonson Quintero Pardo, Eduardo de Souza Guércia e, no caso específico, um certo Belmiro, que conseguiu evadir-se da prisão em flagrante efetuada em 14/11/2002, em decorrência da operação denominada “Mar Aberto” pela Polícia Federal.

Nessa data, por volta das 10h30min, Luis Jhonson, foi visto em um *shopping Center*, na região central de São Paulo, portando uma mala de viagem de cor verde, posteriormente apreendida com cocaína. Ele teria seguido de metrô da estação Paraíso até Santana, onde se encontrou com dois outros homens junto a um automóvel, cujo motorista, depois, foi identificado como Jae James Albino. O outro, segundo consta, teria colocado a mala verde no porta-malas do veículo Honda, modelo Civic, placa CRG 6305, que, em seguida, por volta das 19h30min, veio a estacionar no Aeroporto Internacional de São Paulo.

A seguir, Luis Jhonson, Jae James e um terceiro indivíduo, provavelmente a “mula” Belmiro, foram localizados próximos à lanchonete “Jaraguá”, no terminal de passageiros nº 2, asa “D”. Jhonson aí teria permanecido, enquanto Jae James passou a circular pelo sagão e a conversar com Marisa Carolina Rossetto, irmã de Jae James. Pouco depois, este último teria se encontrado com Julius Rosembaum, lotado na Delegacia da Polícia Federal em Santos/SP, e com ele mantido breve conversa.

Registra-se que, após algum tempo, Julius retornou acompanhado do agente Eduardo de Souza Guércia, lotado naquele aeroporto, reunindo-se ambos com Jae James na citada lanchonete, para, em seguida, irem Julius, Jae James e Marisa para o local onde estava estacionado o veículo, enquanto Guércia separou-se do grupo para utilizar-se de telefone público. Jae James retirou do veículo a mala verde, que recebera de Luis Jhonson à tarde, momento em que a polícia abordou o grupo. No interior da mala foram descobertos 18 pacotes de cocaína, acondicionados em três mochilas de nylon, contendo, no total, 18.700g de cocaína. Na ocasião, Julius admitiu conhecer Jae James e que estava a lhe retribuir um “favor”, prestando embarque “vip” a um amigo dele que viajava para o exterior, com o auxílio de Guércia, que, por sua vez, admitiu conhecer Jae James e estar disposto a providenciar esse embarque, embora na ocasião se encontrasse em gozo de férias.

A respeito desses fatos, os réus, processados criminalmente (proc. nº 0005387-79.2002.4.03.6119), foram condenados em primeira e segunda instância, neste caso por unanimidade. Interpostos os recursos especial e extraordinário, estes não foram admitidos. O trânsito em julgado para o MPF ocorreu em 11/3/2010, constando a baixa definitiva à Vara de origem em 19/3/2010 (dados obtidos na consulta processual feita no sítio deste TRF).

Nestes termos, passo à análise da demanda.

Preliminarmente, rejeito a alegação de carência de ação, por uso de prova emprestada, oriunda de ação penal ainda não transitada em julgado.

Em primeiro lugar, é irrelevante o trânsito em julgado da ação penal para a instauração da presente ação de improbidade, em virtude da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa.

A esse respeito, é cediço que, ao recolher da realidade social os fatos por ele considerados relevantes, o legislador pode atribuir-lhes inúmeros e variados efeitos, a depender da perspectiva adotada. Dessa maneira, tanto pode, diante do evento “tráfico de drogas”, dispor sobre a reprimenda penal cabível, como, outrossim, no campo administrativo, determinar a perda do cargo e outras sanções. Trata-se de preceitos independentes, situados em planos diversos.

Não é por outra razão que, antes de estatuir as sanções aplicáveis às condutas ímporas, ditava o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, em sua redação vigente à época dos fatos e antes de ser alterada pela Lei nº 12.120/2009 (embora não nesse aspecto):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Trata-se de dispositivo harmônico com o exposto no art. 935 do Código Civil, segundo o qual “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

A jurisprudência também é uníssona nesse ponto, como exemplificam as seguintes ementas (g.n.):

**ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE INOCENTARIA O EMBARGANTE. QUESTÃO MERITÓRIA QUE DEVE SER APRECIADA EM MOMENTO OPORTUNO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A discussão a respeito do cometimento ou não do ato de improbidade deve ser travada em momento oportuno, ou seja, após a devida instrução probatória, oportunidade em que o embargante poderá demonstrar a improcedência da acusação.

2. Ademais, é *infundada a alegação de que as conclusões adotadas em procedimento administrativo vinculam o Poder Judiciário. Há independência entre tais instâncias que só é ressalvada quando o juízo criminal (e não a instância administrativa) reconhece a inexiste*ncia do fato ou da autoria.

3. Por fim, não é possível o pretendido prequestionamento do art. 5º, XXXV da CF, uma vez que a apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais é matéria reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(STJ, 2ª Turma; EDcl no AgRg no REsp 1288970/MT; proc. nº 2011/0254853-6; Relator Min. HUMBERTO MARTINS; DJe 01/06/2012)

**CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FISCALIZAÇÃO FORJADA POR SERVIDORES MOTORISTAS DO IBAMA, EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL, PARA FINS DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE RECURSO**

**PELOS RÉUS. INTERPOSIÇÃO DE APELO PELO AUTOR. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DA PUNIÇÃO COM DETERMINAÇÃO DE PERDA DO CARGO PÚBLICO E DO MONTANTE AUFERIDO ILICITAMENTE. ACOLHIMENTO. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. PROVIMENTO.** 1. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada com vistas à responsabilização dos réus, que, “valendo-se da qualidade de servidores [motoristas] do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, forjaram a realização de fiscalização em estabelecimento comercial [padaria] situado no Município de Amontada/CE para, a pretexto de regularizar a situação do empreendimento, obter vantagem ilícita [R\$ 300,00]”. 2. O Magistrado *a quo* reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa, haja vista as provas coligidas aos autos, tudo na linha da conclusão exarada no processo administrativo disciplinar e da sentença penal condenatória (confirmada por acórdão deste TRF5 - ACR 4262/CE), pelo crime de concussão (art. 316 do CP), respeitante aos mesmos fatos. 3. O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os réus ao pagamento de multa civil, arbitrada no valor equivalente à última remuneração mensal percebida no cargo de técnico administrativo do IBAMA, e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos. Entendeu, ademais, o Julgador de Primeiro Grau que: “Como de fato não se apurou, no caso, a ocorrência de danos patrimoniais em face do IBAMA, não cabe, por essa razão, condenação em resarcimento de valores./Também não é cabível a condenação em perda de função pública, uma vez que já se operou a demissão dos Réus no âmbito administrativo”. 4. Não houve recurso dos réus, mas o autor apelou, pedindo a modificação da sentença, para fins de imposição aos demandados das penas de perda do cargo público e do montante auferido ilicitamente. 5. O fato de os réus terem sido demitidos, em virtude de processo administrativo disciplinar pelos fatos telados, não impede a aplicação da pena de perda da função pública nesta ação civil pública, haja vista: a) a *independência das instâncias civil, penal e administrativa*; e b) a eventual possibilidade de os réus virem a discutir a demissão imposta administrativamente. Ademais, efetivamente é o caso de aplicação da referida pena, considerados os parâmetros legais de mensuração da sanções por improbidade administrativa (*ex vi* do art. 12 da Lei nº 8.429/92), bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 6. Haja vista a prova encartada nos autos de que os réus auferiram, ilicitamente, em função da fiscalização “fabricada”, R\$ 180,00 (valor que a vítima entregou, por ser o que tinha, embora tivesse sido instada a dar R\$ 300,00), é de se determinar, de conformidade com o art. 12 da Lei nº 8.429/92, a pena de perda desse montante, acrescido ilegalmente ao patrimônio dos demandados. 7. Pelo provimento da apelação, com a majoração da punição imposta, condenando os réus também na perda do cargo público e do montante auferido ilicitamente, devidamente corrigido.

(TRF - 5<sup>a</sup> Região; 1<sup>a</sup> Turma; proc. 20081030018682; AC 552129; Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti; DJE 26/03/2013; p. 393)

Destarte, é desnecessário aguardar o trânsito em julgado da ação criminal para iniciar a demanda civil representada por esta ação de improbidade. Em especial se, como no caso vertente, os agentes públicos citados como réus da ação penal foram nela condenados, em segundo grau, pela E. 1<sup>a</sup> Turma deste Tribunal, não tendo logrado êxito seus recursos especial e extraordinário. Ademais, consta o próprio trânsito em julgado do feito, sem alterações, no curso deste processo.

Noutro giro, tampouco o uso de prova emprestada do processo criminal torna inválido este procedimento, uma vez que submetida ao crivo do contraditório. Trata-se, também, de procedimento amplamente aceito pela jurisprudência, como bem retratam os seguintes excertos (g.n.):

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRERROGATIVA DE FORO. ARRESTO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIA. APPLICABILIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. 1. A ausência de prequestionamento impede o exame da suposta ofensa aos arts. 57, I e XX; 259, IV, da LC 75/93. Aplicação da Súmula 282/STF. 2. No que concerne aos arts. 18, II, b, e 240, V, a, b e c, da LC 75/93, o recurso também não ultrapassa as barreiras da admissibilidade, pois a questão acerca da prerrogativa de foro foi apreciada com fundamento na Constituição Federal (art. 105, I, a, da CF). Por outro lado, a ausência de interposição de recurso extraordinário, quanto a esse ponto, torna sem utilidade o apelo especial, uma vez que a fundamentação com base na Constituição da República seria suficiente para manter a higidez do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 126/STJ. 3. As questões apontadas pelo recorrente como omissas foram efetivamente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*, não havendo violação do art. 535 do CPC. 4. A decisão que recebe a inicial da ação de improbidade deve conter fundamentação, ainda que de maneira concisa. Nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, não se exigindo do magistrado uma cognição exauriente. Precedentes. 5. No caso, embora a decisão de Primeiro Grau não esteja minudentemente fundamentada, houve menção aos termos expostos na inicial, tendo ainda a matéria suscitada na manifestação preliminar sido submetida ao Tribunal por meio de agravo de instrumento. Com efeito, os obstáculos aduzidos pelo recorrente para o processamento do feito - a exemplo do foro por prerrogativa de função, da aplicabilidade da LIA, das provas obtidas por interceptação telefônica - foram rebatidos pelo Tribunal *a quo*, operando-se o efeito substitutivo sobre a decisão de piso. Nesse contexto, não houve prejuízo para a defesa, devendo prevalecer a instrumentalidade do processo. 6. A Lei 1.079/50 (arts. 40 e 40-A), que não admite interpretação extensiva, faz referência aos crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República e dos membros do Ministério Público da União no exercício de função de chefia nas respectivas unidades regionais e locais, o que significa que os demais membros do Parquet não enquadrados nos citados dispositivos estão exclusivamente submetidos à LIA. 7. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF. 8. *Em relação às provas obtidas por interceptação telefônica, não há ilegalidade na utilização desses elementos na ação de improbidade, quando resultarem de provas emprestadas de processos criminais. Matéria pacificada no STJ.* 9. Recurso especial não provido. (STJ, 2ª Turma; Proc. nº 201000682486; RESP 1190244; Rel. Min. CASTRO MEIRA; DJE 12/05/2011)

AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE PARA INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO AGRADO INOMINADO E CONCESSÃO DA LIMINAR COM EFEITO ATIVO. I - No caso dos autos, não se está pretendendo seja autorizada interceptação telefônica para fins de instruir processo não criminal, o que estaria, sem sombra de dúvida, vedado pelo texto magno. Objetiva-se, ao invés, compartilhamento, no âmbito de ação de improbidade administrativa, do resultado de interceptação telefônica determinada por autoridade judicial para fins de instrução de inquérito policial, a qual já se encontra ultimada. II - *O Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela possibilidade de compartilhamento da interceptação telefônica para uso em procedimento administrativo disciplinar. Com maior razão, é a possibilidade de sua aplicação à ação para fins de apuração de ato de improbidade administrativa, a qual se desenvolve sob o âmbito do Judiciário. Precedentes Inq-QO 2424 e Pet-QO 3683.*

III - Agravo inominado provido para conhecer do agravo de instrumento interposto e, de conseguinte, deferir efeito ativo liminar.

(TRF - 5<sup>a</sup> Região; 4<sup>a</sup> Turma; proc. n° 0004366232011405000001; EmbDecl. AG n° 114399/01; Rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães; DJE 02/06/2011; p. 707)

Na mesma linha, destaco precedente da 3<sup>a</sup> Turma do TRF da 4<sup>a</sup> Região, consubstanciado na AC 200270020051840-PR, Rel. Vânia Hack de Almeida (DJ. 26/7/2006, P. 754), cabendo ressaltar que, no caso em foco, intimado a especificar provas, o próprio réu manifestou não possuir a intenção de produzi-las, requerendo o julgamento antecipado da lide (fl. 162).

Quanto à suposta ausência de prova do vínculo entre o réu e os traficantes, nota-se que, no curso da investigação criminal, foram apurados vários contatos telefônicos entre Julius David Rozembaum e Jae James, quer nos dias anteriores como no próprio dia da prisão, assim como testemunhas atestaram os fatos supra relatados, isto é, que no lugar da apreensão estavam os corréus Jae James, Marisa, Luis Jhonson e Julius, que também conversou com Guércia na lanchonete.

A possibilidade de uma suposta participação culposa foi afastada pela sentença e pelo v. acórdão sob os seguintes fundamentos:

A uma, porque se mostra contraditório o atendimento “VIP” que se prestaria, pois afirma ser para um amigo estrangeiro do co-réu Jae James, enquanto este diz que o atendimento “VIP” era para um amigo do co-réu Luiz Jhonson, que, por sua vez, diz que foi ao aeroporto para conversar com o co-réu Jae James.

A duas, porque, se o atendimento “VIP” consistia, dentro das fases afirmadas, uma prioridade no setor de migração, após a mala ter sido despachada, quando do *check in* pelo passageiro, então porque a mala, mesmo antes da chegada do co-réu Julius, não foi despachada, mas estava dentro do porta-malas do veículo parado no estacionamento do aeroporto?

A três, porque não conhecia superficialmente o co-réu Jae James, tampouco o seu contato com este não se deu apenas naquela manhã. Não somente conhecia o co-réu Jae James muito bem, como também manteve diversos contatos telefônicos com ele (...).

A quatro, porque não é razoável um policial federal que já trabalhou no setor onde se daria o atendimento “VIP” ter de se valer de outro policial federal para isso. Aliás, o co-réu Julius poder-se-ia valer de qualquer outro policial federal, mas insistiu com o co-réu Guércia (...).

O depoimento do Delegado Roberto Ciciliati Troncon Filho, ouvido como testemunha (fls. 237/238), a requerimento da parte autora, também deixa claro ter a instituição conhecimento da existência de dois agentes da Polícia Federal no esquema criminoso.

Desse modo, não há que se discutir sobre a ausência de provas, perfeitamente demonstradas no juízo criminal.

Com respeito aos atos de improbidade, dispõe o art. 37, §§ 4º e 5º, da Constituição (grifos nossos):

Art. 37. (...)

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Assim regrada a matéria, predomina o entendimento de somente as ações de resarcimento decorrentes do ato de improbidade serem imprescritíveis; não esses últimos, que, para a garantia da segurança jurídica, sujeitar-se-iam normalmente ao prazo de prescrição.

Ao regulamentar o art. 37, § 5º, da Constituição, a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade) em seu art. 23, previu o seguinte:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:  
I - até cinco anos após o término do exercício do 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.

A esse respeito, leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no art. 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término de mandato, de cargo em comissão ou função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de resarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao resarcimento dos danos. (*Direito Administrativo*, 2008, p. 789-790)

Marcelo Figueiredo, por sua vez, deixa nítido que “a prescrição aludida refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos”, pois, “em relação ao resarcimento do dano incide a norma constitucional do art. 37, § 5º, da Lei Maior” (Figueiredo, Marcelo. *Lei de Improbidade*, 2004, p. 328).

Destarte, resta evidenciada a submissão das penas do art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992 - referentes à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente - ao prazo de prescrição, porquanto a imprescritibilidade somente se relaciona ao resarcimento de danos, não aventada na inicial.

Por sua vez, com pertinência ao prazo prescricional atinente às mencionadas penas do art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, por não se tratar de hipótese prevista no inciso I do art. 23, aplica-se a disposição do inciso II desse dispositivo, em conjunto com o art. 142 da Lei nº 8.112/1990, referente ao Regime Jurídico Único dos servidores civis da União, autarquias e fundações públicas, cuja dicção é a seguinte (g.n.):

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.

Assim, correspondendo o ato inquinado de improbo também a crime, aplica-se à conduta improba o dispositivo do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, que determina a aplicação, ao caso, do prazo de prescrição penal.

Nesses termos, colaciono o seguinte julgado (g.n.):

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PREScriÇÃO. INOCORRÊNCIA. PORTARIA INAUTORAL. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE OU DA MOTIVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Busca-se com a impetração anular processo administrativo que culminou na emissão da Portaria Ministerial nº 514, de 17 de dezembro de 2010, do Ministro de Estado do Meio Ambiente, determinando a demissão do impetrante do cargo de Analista Ambiental, em face do enquadramento em infrações disciplinares previstas na 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. No Código Penal, a prescrição vem regulada no art. 109. 3. À luz da legislação que rege a matéria - Lei 8.112/90, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar - PAD (art. 142, § 1º). A prescrição é interrompida desde a publicação do primeiro ato instauratório válido, seja a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente (art. 142, § 3º). Esta interrupção não é definitiva, visto que, após o prazo de 140 dias - prazo máximo para conclusão e julgamento do PAD a partir de sua instauração (art. 152 c/c art. 167), o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro, segundo a regra estabelecida no art. 142, § 4º, da legislação em referência. 4. No caso em análise, as infrações administrativas imputadas ao impetrante, em especial a emissão de laudos de vistorias falsos, emissão irregular de Autorização de Transporte de Produto Florestal - ATPF e recebimento de propina, também se configuraram como crimes de formação de quadrilha ou bando e corrupção passiva, tendo o servidor sido denunciado em ação penal em trâmite pela prática dos delitos dos arts. 288 e 317 do Código Penal. Por tal razão, o prazo prescricional em abstrato atinge 16 anos. Nesse contexto, considerando a interrupção do prazo prescricional pela publicação da Portaria nº 1.200, em 15.7.2005, e o reinício da contagem por inteiro após decorrido 140 dias, ou seja, em 2.12.2005, a demissão do impetrante poderia ter ocorrido até 2 de dezembro de 2021. Assim, é de se rejeitar a alegação da prescrição na medida em que a Portaria demissional foi publicada em 20 de dezembro de 2010, dentro do prazo legal. 5. A ausência de descrição minuciosa dos fatos no ato de instauração do processo administrativo não acarreta a nulidade do processo administrativo disciplinar, visto que tal formalidade somente é imprescindível no ato de indiciamento, quando deverão ser especificados os fatos e o respectivo enquadramento legal das condutas, além de se indicar as provas colhidas, a fim de propiciar o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E essa a regra contida no art. 161 da Lei 8.112/90. 6. Ao que se observa da documentação acostada aos autos e das informações prestadas pela autoridade impetrada, tanto o relatório final da Comissão Processante quanto o Parecer nº 961/2010, da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, motivaram a aplicação das penalidades de todos os servidores, com base nas provas carreadas aos autos, descrevendo pormenorizadamente as condutas infracionais cometidas por cada um dos acusados, a gravidade de tais atos e os danos que delas provieram para o serviço público, além do proveito próprio obtido por eles. Especificamente em relação ao impetrante, demonstrou-se detalhadamente a sua participação na organização criminosa direcionada à prática de crimes ambientais de extração e comercialização de madeira ilícita, mediante a emissão de laudos de vistorias falsos, recebimento de propina, liberação de caminhões indevidamente, alteração indevida de dados no SISMAD, emissão irregular de ATPFs, inclusive utilizando-se

de empresas fantasmas, e emissão de autorizações irregularidades de Plano de Manejo. E, diante de sua participação nas referidas ilícitudes contra a Administração Pública, conclui-se que o impetrante violou os seguintes dispositivos da Lei 8.112/90: (i) art. 117, incisos IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública), VI (cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado) e XII (receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; e (ii) art. 132, inciso IV (improbidade administrativa). Destarte, não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade ou da motivação, pois a única repremenda cabível para a hipótese é a demissão, a teor do disposto no art. 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90. 7. Segurança denegada.

(STJ, 1ª Seção; Proc. nº 201100801789; MS 16567; Rel. MAURO CAMPBELL MARQUES; DJE 18/11/2011)

No caso em análise, a pena máxima abstratamente considerada para a conduta delituosa de tráfico internacional de drogas, objeto do art. 12 da Lei nº 6.368/1976, vigente na época dos fatos, era de 15 (quinze) anos, sendo de 10 (dez) anos na hipótese de associação para o tráfico (art. 14).

Nos termos do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, implementa-se em 20 (vinte) anos, quando “o máximo da pena é superior a doze” (art. 109, I), e 16 (dezesseis) anos, “se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze” (art. 109, II).

Destarte, praticada a conduta ilícita em 14/11/2002, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, regida pelo máximo da pena combinada em abstrato para o caso, de 20 ou 16 anos, respectivamente, como acima aventado, não ocorreria antes de 14/11/2022 ou 14/11/2018, conforme o caso, ressalvada causa de interrupção.

Tampouco a consideração da pena em concreto, de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, teria o condão de alterar a conclusão em torno da inocorrência da prescrição, porquanto, também nessa hipótese, ela não ocorreria antes de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal e diante do fato de a distribuição da ação ter ocorrido em 10/1/2007.

Por último, no tocante à proporcionalidade da sanção, nota-se que a r. sentença bem fundamentou os critérios norteadores de sua aplicação, ao passo que o REsp Nº 880662, proc. 200601704889/MG, relatado pelo Min. CASTRO MEIRA, (DJ 1/3/2007) demonstra como, em situação menos aviltante à ordem jurídica, relativo apenas a irregularidade na prestação de contas, o E. STJ entendeu por bem reduzir a pena anterior para fixá-la em cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

Assim, se adequado era, nesta hipótese, fixar a multa em montante equivalente a cinco remunerações, com certeza não se afigura desproporcional, no caso concreto, relativo ao envolvimento de agentes policiais no tráfico internacional de drogas, o que deveriam coibir, fixá-la em 7 (sete) vezes o valor da última remuneração mensal.

Por fim, revelam-se igualmente adequadas à hipótese as sanções relativas à suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos, bem assim a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 2 (dois) anos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

Juiz Federal Convocado HERBERT DE BRUYN - Relator

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**  
**0006400-40.2007.4.03.6119**  
**(2007.61.19.006400-2)**

Agravantes: MAURICIO FERNANDES EIRAS E OUTROS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 312/314

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AC 1584701

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/02/2014

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL NOTURNO. POLICIAIS FEDERAIS. MEDIDA PROVISÓRIA 305/2006, CONVERTIDA NA LEI 11.358/2006. REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO INCOMPATÍVEL COM A PERCEPÇÃO CONJUNTA DE OUTRAS ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - Os recorrentes não trouxeram nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, os agravantes buscam reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - O E. STF firmou entendimento no sentido de que os servidores públicos, por manterem com o Estado um vínculo estatutário, não têm direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório. Assim, este regime pode vir a ser alterado por meio de lei, ensejando alteração da composição dos vencimentos, redução ou supressão de parcelas, desde que isso não implique redução remuneratória. Essa é a norma jurídica que se extrai da interpretação sistemática dos artigos 37, X e XV, da CF.

IV - Os agravantes pretendem o restabelecimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno, os quais foram suprimidos de suas remunerações em função da Medida Provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei nº 11.358/06, sustentando a constitucionalidade dessa legislação. Logo, para se verificar se a alegação de constitucionalidade deduzida pelos agravantes procede, deve-se perquirir se a nova legislação ensejou um decréscimo remuneratório aos agravantes. Nessa perspectiva, conclui-se que não existe a alegada constitucionalidade, pois não ficou provado nos autos que os agravantes tiveram suas remunerações diminuídas.

V - Com o advento da Medida Provisória 305, de 29.06.2006, convertida na Lei 11.358/06, os servidores integrantes da Carreira Policial Federal passaram a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única.

VI - No novo modelo remuneratório é expressamente vedada a percepção conjunta de

gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verbas de representação ou qualquer outra espécie remuneratória, nos termos do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, aplicável aos policiais federais por força do disposto no § 9º do art. 144 da Constituição Federal. Ocorre que os agravantes não demonstraram que o novo modelo lhes trouxe uma redução salarial. Ou seja, apesar das rubricas reclamadas terem sido extintas, os seus valores passaram a integrar o subsídio dos agravantes, nos termos da Lei nº 11.358/06 e art. 144, § 9º da Constituição Federal, resguardando-se o *quantum* remuneratório.

VII - Não tendo o servidor direito adquirido a regime jurídico de composição de vencimentos, mas apenas à irredutibilidade de remuneração, não se vislumbra a constitucionalidade apontada pelos agravantes, nem violação dos direitos e garantias constitucionais arrolados nos artigos 1º, III, 5º, *caput* e 7º, IX e XXIII, 37, XIV e 39, § 1º, III e § 3º, todos da Constituição Federal. Portanto, os autores não fazem jus ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno após a implantação da sistemática do subsídio.

VIII - É inerente ao serviço policial o exercício de atividades em condições adversas, de sorte que o valor do subsídio já leva em consideração essa circunstância (trabalho perigoso e noturno), não configurando violação à isonomia o fato de o pessoal do setor administrativo perceber adicionais, até porque se trata de cargos distintos.

IX - Agravo improvido.

## **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 agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) interposto contra r. decisão monocrática proferida às fls. 312/314 na forma do art. 557, *caput*, do CPC.

Em suma, os recorrentes alegam que a r. decisão agravada não pode prevalecer em face de normas constitucionais e legais, bem como de precedentes jurisprudenciais que foram indicados. Ao final, postulam a reforma do r. provimento hostilizado.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos

elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

Observo que o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria acolhida por esta Colenda Turma, encontrando-se a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

Confira-se:

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em sede de ação ordinária, em que os autores, Policiais Federais, pleiteiam o restabelecimento do pagamento do adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno, inclusive os atrasados, estes contados desde a edição da Medida Provisória nº 305/06, de julho/2006.

A sentença julgou o pedido improcedente, condenando os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ficando cada autor responsável por R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação, no qual aduzem, em apertada síntese, que a Medida Provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei nº 11.358/06, excluiu de suas remunerações os adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno, o que importaria em violação dos direitos e garantias constitucionais dos artigos 1º, III, 5º, *caput* e 7º, IX e XXIII, 37, XIV e 39, § 1º, III e § 3º, todos da Constituição Federal (CF). Nessa linha, afirmam ser inconstitucionais os artigos 5º, IX e X e 6º, ambos da Lei 11.358/2006. Reiteram as razões do agravo retido de fls. 135/141.

Recebido o recurso, com resposta, subiram os autos a esta Corte.

É o breve relatório.

*Decido.*

A matéria posta em deslinde comporta julgamento, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC), eis que a r. sentença está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O E. STF firmou entendimento no sentido de que os servidores públicos, por manterem com o Estado um vínculo estatutário, não têm direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório. Assim, este regime pode vir a ser alterado por meio de lei, ensejando alteração da composição dos vencimentos, redução ou supressão de parcelas, desde que isso não implique redução remuneratória. Essa é a norma jurídica que se extrai da interpretação sistemática dos artigos 37, X e XV, da CF.

Na hipótese dos autos, os apelantes pretendem o restabelecimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno, os quais foram suprimidos de suas remunerações em função da Medida Provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei nº 11.358/06, sustentando a inconstitucionalidade dessa legislação.

Logo, para se verificar se a alegação de inconstitucionalidade deduzida pelos apelantes procede, deve-se perquirir se a nova legislação ensejou um decréscimo remuneratório aos apelantes. Nessa perspectiva, conclui-se que não existe a alegada inconstitucionalidade, pois não ficou provado nos autos que os apelantes tiveram suas remunerações diminuídas.

Vale frisar que, com o advento da Medida Provisória 305, de 29.06.2006, convertida na Lei 11.358/06, os servidores integrantes da Carreira Policial Federal passaram a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única.

Nesse novo modelo remuneratório, é expressamente vedada a percepção conjunta de gratificações, abonos, prêmios, verbas de representação ou qualquer outra espécie remuneratória, nos termos do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, aplicável aos policiais federais por força do disposto no § 9º do art. 144 da Constituição Federal.

Ocorre que os apelantes não demonstraram que o novo modelo lhes trouxe uma redução

salarial. Ou seja, apesar das rubricas reclamadas terem sido extintas, os seus valores passaram a integrar o subsídio dos apelantes, nos termos da Lei nº 11.358/06 e art. 144, § 9º da Constituição Federal, resguardando-se o *quantum* remuneratório.

Assim, não tendo o servidor direito adquirido a regime jurídico de composição de vencimentos, mas apenas à irredutibilidade de remuneração, não se vislumbra a constitucionalidade apontada pelos apelantes, nem violação dos direitos e garantias constitucionais arrolados nos artigos 1º, III, 5º, *caput* e 7º, IX e XXIII, 37, XIV e 39, § 1º, III e § 3º, todos da Constituição Federal.

Portanto, os autores não fazem jus ao recebimento dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno após a implantação da sistemática do subsídio.

A sentença apelada não merece, pois, qualquer reforma, estando, ao revés, em total harmonia com a legislação aplicável à espécie e com a jurisprudência pátria, inclusive desta Corte:

“AGRADO LEGAL. ART. 557. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS FEDERAIS. REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO. ADICIONAIS INDEVIDOS. Com o advento da Medida Provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei nº 11.358/06, os servidores da Carreira Policial Federal passaram a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, sendo vedada a percepção conjunta de gratificações, abonos, prêmios, verbas de representação ou qualquer outra espécie remuneratória. As verbas reclamadas foram extintas, mas os seus valores passaram a integrar o subsídio dos apelantes, nos termos da Lei nº 11.358 /06 e art. 144, § 9º da Constituição Federal, resguardando-se o *quantum* remuneratório. Agravo legal a que se nega provimento.” (TRF3 PRIMEIRA TURMA TRF3 CJ1 DATA: 30/11/2011 DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI APELREEX 00050991820074036100 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1596333)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRADO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À APELAÇÃO E JULGOU PREJUDICADO O AGRADO RETIDO. POLICIAIS FEDERAIS. EXCLUSÃO DE SUAS REMUNERAÇÕES DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E NOTURNO EM VIRTUDE DA EDIÇÃO DA MP Nº 305/2006, COVERTIDA NA LEI N° 11358/2006. REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO INCOMPATÍVEL COM A PERCEPÇÃO CONJUNTA DE OUTRAS ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS. AGRADO LEGAL IMPROVIDO. 1. A partir do advento da Medida Provisória nº 305, de 29.06.2006, convertida na Lei nº 11.358/06, os servidores da Carreira Policial Federal passaram a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, sendo vedada a percepção conjunta de gratificações, abonos, prêmios, verbas de representação ou qualquer outra espécie remuneratória, nos exatos termos do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, aplicável aos policiais federais por força do disposto no § 9º do art. 144 da Constituição Federal. 2. Assim, as rubricas ‘adicional de periculosidade’, ‘adicional de insalubridade’ e ‘adicional noturno’ foram extintas, mas o seus valores passaram a integrar o subsídio dos apelantes, nos termos da Lei nº 11.358/06 e art. 144, § 9º da Constituição Federal, resguardando-se o *quantum* remuneratório. 3. Não há que se falar em constitucionalidade da Lei nº 11.258/06, pois a remuneração na forma de subsídio é contemplada no próprio texto constitucional (art. 144, § 9º). Ademais, o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico remuneratório, não havendo prova nos autos de que a aplicação desta lei tenha implicado em redução de vencimentos. Assim, não houve violação aos arts. 1º, III, 5º, *caput* e arts. 7º, IX e XXIII e 39, § 3º da Constituição Federal. 4. Sendo inerente ao serviço policial o exercício de atividades em condições adversas, o valor do subsídio já leva em consideração essa circunstância, não configurando violação à isonomia o fato de os proventos dos inativos terem como base de cálculo, nem mesmo o fato de o pessoal do setor administrativo perceber-lo. 5. Agrado legal improvido.” (TRF3 PRIMEIRA TURMA TRF3 CJ1 DATA: 18/11/2011 DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO AC 00045934220074036100 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1326165)

“SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS FEDERAIS. REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO. ADI-

CIONAIS INDEVIDOS. I - Desde a vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, os policiais federais são remunerados exclusivamente por subsídio, sem quaisquer acréscimos, inclusive adicionais II - Os servidores públicos não possuem direito adquirido ao regime de remuneração ou de composição dos vencimentos, mas somente ao *quantum* remuneratório. Precedentes. III - Alegação de isonomia que não se sustenta tendo em vista que é a própria Constituição que estende aos servidores públicos direitos previstos no artigo 7º que determina a fixação da remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados na forma de subsídio. IV - Recurso desprovido." (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 1579089, Rel. Des. Peixoto Junior, DJF3 10.03.2011, p. 127)

Por fim, destaco que é inerente ao serviço policial o exercício de atividades em condições adversas, de sorte que o valor do subsídio já leva em consideração essa circunstância (trabalho noturno e perigoso), não configurando violação à isonomia o fato de o pessoal do setor administrativo perceber adicionais, até porque se trata de cargos distintos.

Ante o exposto, sendo o recurso manifestamente improcedente e contrário a jurisprudência pátria, especialmente desta Corte, com base no artigo 557, *caput*, do CPC nego-lhe seguimento, ficando prejudicado o agravo retido. (...)

Assevero que os recorrentes não trouxeram nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, os agravantes buscam reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0019156-07.2008.4.03.6100**  
**(2008.61.00.019156-5)**

Apelante: JOSÉ ORLANDO PORTUGAL DANTI (= ou > de 60 anos)

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AC 1663502

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2014

**EMENTA**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TORTURA NO PERÍODO DO REGIME MILITAR. DANOS MORAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO DAS PRISÕES SOFRIDAS PELO AUTOR. DANO MORAL AFERÍVEL SEGUNDO AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA.

1. Afastadas as preliminares de ausência de interesse de agir e de impossibilidade jurídica do pedido, dado o fato de que a reparação especial prevista na Lei 10.559/02, em decorrência do § 3º do art. 8º do ADCT, não impede que o interessado busque indenização sob outro fundamento jurídico.
2. Tampouco está o postulante sujeito ao atendimento de todos os paradigmas da referida lei, se a pretensão reparatória é calcada no direito comum (v.g., § 6º do art. 37 da CF) e não naquela norma especial.
3. A indenização por danos sofridos em razão de tortura não se confunde com a reparação econômica outorgada com base no § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento é outro.
4. A única ressalva é que a indenização baseada no direito ordinário não pode ser cumulada com os benefícios previstos na Lei Federal 10.559/02 e na Lei Paulista 10.726/01, posto que ambas expressamente vedam a cumulação com qualquer outro pagamento sob o mesmo fundamento.
5. Deve ser afastada a alegação de prescrição, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar.
6. A própria retenção do demandante fora das hipóteses taxativamente previstas pela ordem positiva, desprovida das formalidades próprias do devido processo legal, e acrescida por incomunicabilidade não prevista em lei, justificaria, só por só, a condenação da União Federal no pagamento de danos morais, eis que se trata de uma clara arbitrariedade e que nitidamente carreou ao vindicante um suplício digno de reparação em decorrência do cerceio à liberdade individual praticado de forma absolutamente ilegal. A situação verdadeiramente assemelha-se a um seqüestro, com toda hediondez que lhe é imanente, mas com o específico agravante de ser perpetrado pelo próprio aparato estatal contra o cidadão.
7. Inversão do ônus da prova, em beneplácito da autora, quanto à alegação das práticas

de tortura física, tendo em conta a óbvia ausência de testemunha dos alegados atos.

8. Exigir do demandante a indicação de cabal prova material da tortura experimentada pelo demandante, inclusive testemunhal de sua prática, seria militar contra a razoabilidade, que é um princípio constitucional aplicável também à atividade judicante, mormente no trabalho exegético da norma, que há de ser temperado pelo sopesamento dos valores envolvidos em cada caso, inclusive no propósito de se garantir máxima efetividade aos direitos fundamentais, franqueando-se o acesso à justiça em seu sentido substancial.

9. Há tempos que o magistrado distancia-se do papel de mero aplicador mecanicista da norma, para que, com sensatez e sensibilidade e atento aos fatos notórios e históricos, possa melhor inserir-se na realidade, muitas vezes dramática, que ecoa dos autos. Bem por isto vem-se preconizando a obediência ao devido processo legal não só em sua acepção meramente material, mas também substancial.

10. Não se descurre que os fatos imputados ao Estado - as torturas e toda sorte de malferimentos impingidos aos presos políticos no transcurso dessas prisões ilegais típicas do período ditatorial - são públicos e notórios, a dispensarem superiores compleições probatórias.

11. O testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que tais abusividades eram amiúde cometidas, em ordem a presumir-se que também o foram em relação ao requerente.

12. Fácil, nessa conjuntura, depreender-se o sofrimento emocional e físico por que devem ter passado o autor e seus companheiros.

13. Em conseguinte, invertido o ônus probante, pelas excepcionalidades da espécie, quadraria à União Federal denotar que a ilegalidade inexistiu, e deste múnus não se desincumbiu.

14. Aflora contrariamente dos autos prova indiciária de que o autor de fato sofreu os dissabores determinantes da indenização perseguida.

15. Com relação ao valor da indenização por danos morais, deve ser arbitrado em R\$ 100.000,00. Precedentes desta Corte.

16. Condenação a ser acrescida de correção monetária (Súmula nº 362 do STJ) e de juros de mora, contados do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), à taxa de 0,5% ao mês (CC/1916, artigo 1.062), no período anterior à data de vigência do novo Código Civil e, depois, nos termos do disposto no artigo 406, CC/2002, o qual corresponde à Taxa SELIC, de acordo com o julgamento da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça (EREsp 727.842/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 8/9/2008, DJe de 20/11/2008). Após a edição da Lei nº 11.960/2009, aplicam-se os juros aplicados à caderneta de poupança, a teor do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009.

17. Aplicabilidade da Súmula nº 326, do STJ, a qual estabelece que na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

18. Desprovimento ao agravo retido, rejeição das preliminares arguidas pela União, e parcial provimento à apelação do autor, para julgar em parte procedente o pedido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, rejeitar as preliminares arguidas pela União, e dar parcial provimento à apelação do autor, para julgar em parte procedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, sendo que a Desembargadora Federal Cecília Marcondes acompanhava em menor extensão, tão somente para fixar a indenização em trinta salários mínimos.

São Paulo, 16 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por JOSÉ ORLANDO PORTUGAL DANTI, visando reparação por danos ocasionados em razão de perseguição, prisão e tortura sofridas no período de vigência do regime militar. Valor atribuído à causa em 5/8/2008: R\$ 300.000,00.

O Juízo *a quo* deferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita e de tramitação prioritária do processo (fls. 180).

Instadas as partes a especificarem provas, o autor requereu a produção de prova testemunhal. A União, por sua vez, manifestou desinteresse em produzir provas.

O juízo proferiu, então, decisão saneadora, rejeitando as preliminares arguidas pela ré em contestação (inépcia da inicial, ausência de interesse de agir e prescrição), e deferindo a produção de prova oral (fls. 292/296).

Em face dessa decisão foi interposto agravo de instrumento pela União, no qual requereu o acolhimento das preliminares arguidas e a consequente extinção do feito, sem exame do mérito.

O agravo de instrumento (nº 2009.03.00.031470-6) foi, nesta Corte, convertido em retido.

Em audiência de instrução, foram colhidos o depoimento pessoal do autor e a oitiva de três testemunhas por ele arroladas (fls. 323/332).

A sentença julgou improcedente o pedido, ao entendimento de que não restou comprovado nos autos que o autor tenha sido submetido a práticas de tortura no estabelecimento prisional em que ficou detido. Condenou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, permanecendo suspensa tal condenação em razão do benefício da assistência judiciária gratuita (artigo 12 da Lei nº 1.060/1950).

O autor apela, aduzindo, em síntese, que: a) restou devidamente comprovado nos autos que esteve preso por vários meses durante o período da ditadura militar, conforme documentos provenientes da Justiça Militar e do Arquivo do Estado de São Paulo; b) as testemunhas arroladas confirmaram que o autor foi vítima de perseguições e prisão ilegal à época, eis que, no período de 1967/1968, cursava a Escola de Administração na Fundação Getúlio Vargas e atuava como vice-presidente do Centro Acadêmico, situação que, para os agentes do regime militar, configurava motivo suficiente a ensejar a perseguição política; c) após a soltura, permaneceu por muitos anos desempregado em razão de vedações perpetradas pelo Destacamento

de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), tendo sofrido, também, enfermidades decorrentes da tortura a ele infligida, tais como hipertensão e insuficiência renal; d) a exigência de testemunha ocular das torturas perpetradas nas dependências do DOI-CODI é absurda, pois é elementar que tais atos ilícitos eram lá praticados clandestinamente, sem qualquer direito de defesa, cercados de sigilo e cuidados a fim de que não houvessem testemunhas nem provas; e) o fato de ter sido obrigado a delatar amigos durante o interrogatório a que foi submetido, devidamente documentado nestes autos, configura tortura psicológica, a qual causou danos irreparáveis à saúde psíquica do autor, o que, por si só, é passível de indenização; f) caberia à apelada fazer prova em sentido contrário ao que afirmado na inicial, eis que a verossimilhança e a lógica caminham ao lado do apelante, que produziu todas as provas possíveis à comprovação do alegado.

Em contrarrazões, a União reitera a apreciação do agravo retido interposto para que sejam acolhidas as preliminares arguidas e, no mérito, postula pelo não provimento da apelação.

Devidamente processado o feito, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Inicialmente, passo à apreciação do agravo convertido em retido, uma vez que reiterado seu conhecimento em contrarrazões do apelo, como exige o § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil.

A decisão agravada (fls. 292/296) saneou o feito, rejeitando as preliminares de inépcia da inicial, ausência de interesse processual e prescrição quinquenal, arguidas pela União na contestação, e, fixando os pontos controvertidos, deferiu a produção de prova oral.

Alega a União, no agravo retido, a falta de interesse processual da autora, sustentando caber à Comissão de Anistia, com base na Lei nº 10.559/2002, examinar os requerimentos de resarcimento por danos morais desse jaez e arbitrar o valor da indenização, assessorando o Ministro de Estado em suas decisões sobre o tema. Relata que já existe um processo administrativo de resarcimento de iniciativa do autor pendente de análise perante a Comissão de Anistia, razão pela qual caberia ao requerente aguardar a decisão daquele órgão para só então recorrer ao Poder Judiciário. Sustenta, ainda, a ocorrência de prescrição, ao argumento de que se passaram mais de trinta anos da ocorrência dos fatos que fundamentam o pedido de indenização. Requer o provimento do agravo para que sejam acolhidas as preliminares arguidas, extinguindo-se o feito sem exame do mérito.

De início, rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir. Cabe assentar, de efeito, que a reparação especial prevista na Lei 10.559/2002, em decorrência do § 3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na qual se fulcram os pedidos de resarcimento dirigidos à Comissão de Anistia, não impede que o interessado busque indenização perante o Poder Judiciário sob outro fundamento jurídico.

Tampouco está o postulante, no caso presente, sujeito ao atendimento de todos os paradigmas da referida lei, porque a pretensão reparatória da espécie é calcada no direito comum (v.g., § 6º do artigo 37 da Constituição Federal), e não naquela norma especial.

Destarte, a indenização por danos morais sofridos em razão de perseguição política, prisão arbitrária e tortura não se confunde com a reparação econômica outorgada com base no § 3º do artigo 8º do ADCT, da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento é outro, qual seja, o impedimento do exercício, na vida civil, de atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5.

A única ressalva existente é que a indenização baseada no direito ordinário não pode ser cumulada com os benefícios previstos na Lei Federal 10.559/2002 e na Lei Paulista 10.726/2001, eis que ambas expressamente vedam a cumulação com qualquer outro pagamento sob o mesmo fundamento.

Vejamos o que dispõe a Lei Federal 10.559/02:

**Art. 3º** A reparação econômica de que trata o inciso II do art. 1º desta Lei, nas condições estabelecidas no *caput* do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, correrá à conta do Tesouro Nacional.

**§ 1º** A reparação econômica em prestação única não é acumulável com a reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada.

**§ 2º** A reparação econômica, nas condições estabelecidas no *caput* do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será concedida mediante portaria do Ministro de Estado da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia de que trata o art. 12 desta Lei.

**Art. 4º** A reparação econômica em prestação única consistirá no pagamento de trinta salários mínimos por ano de punição e será devida aos anistiados políticos que não puderem comprovar vínculos com a atividade laboral.

**§ 1º** Para o cálculo do pagamento mencionado no *caput* deste artigo, considera-se como um ano o período inferior a doze meses.

**§ 2º** Em nenhuma hipótese o valor da reparação econômica em prestação única será superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

**Art. 5º** A reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, nos termos do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será assegurada aos anistiados políticos que comprovarem vínculos com a atividade laboral, à exceção dos que optarem por receber em prestação única.

**Art. 6º** O valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual ao da remuneração que o anistiado político receberia se na ativa estivesse, considerada a graduação a que teria direito, obedecidos os prazos para promoção previstos nas leis e regulamentos vigentes, e asseguradas as promoções ao oficialato, independentemente de requisitos e condições, respeitadas as características e peculiaridades dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e dos militares, e, se necessário, considerando-se os seus paradigmas.

(...)

**Art. 16.** *Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável.* (grifos meus)

Por seu turno, preceitua a Lei Estadual 10.726/2001:

**Art. 1º** - Fica o Estado de São Paulo autorizado a efetuar o pagamento de indenização, a título reparatório, às pessoas detidas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31 de março de 1964 a 15 de agosto de 1979, que tenham ficado sob a responsabilidade ou guarda dos órgãos públicos do Estado de São Paulo ou em quaisquer de suas dependências.

**§ 1º** - Terão direito à indenização os que comprovadamente sofreram torturas que causaram

*comprometimento físico ou psicológico, desde que não tenham obtido, pelo mesmo motivo, ressarcimento por dano moral ou material.*

§ 2º - Vetado.

§ 3º - Vetado.

§ 4º - O pedido de indenização deverá ser formulado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da instalação da Comissão Especial de que trata o artigo seguinte. (\*) Prazo prorrogado pela Lei nº 11.242, de 19/9/2002.

§ 5º - Os prazos e condições previstos nesta lei serão amplamente divulgados pelos meios de comunicação.

(...)

Art. 7º - As indenizações não serão superiores a R\$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais), nem inferiores a R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), e para sua fixação serão considerados os resultados lesivos, na seguinte ordem decrescente de gravidade: I - invalidez permanente ou morte;

II - transtornos psicológicos;

III - invalidez parcial;

IV- outras lesões (grifei).

No caso dos autos, não há informação de que o autor tenha recebido valores a título de ressarcimento na seara administrativa, pois os documentos juntados aos autos dão conta somente da apresentação do requerimento do autor à Comissão de Anistia e do encaminhamento do processo aos órgãos competentes (fls. 206/267), sem notícia de final decisão, o que se confirma pelas afirmações feitas pela própria agravante.

Ainda que houvesse decisão administrativa concessiva do ressarcimento, não haveria que se falar em ausência de interesse da autoria, mas somente em dedução dos valores recebidos por força da Lei Federal 10.559/2002 ou da Lei Paulista 10.726/2001.

De efeito, a previsão do artigo 16 da Lei nº 10.559/2002, longe de infirmar a postulação autoral, acaba por robustecê-la, pois expressamente assinala que os direitos contemplados naquele diploma não afetam os previstos por outras disposições, vedando-se, apenas, a acumulação de pagamentos decorrentes do mesmo fundamento. Nesse sentido, já decidiu este Colegiado (AC nº 2005.61.00.022070-9, Rel. Juiz Federal Convocado Claudio Santos, j. em 28/7/2011).

Afasto, também, a alegação de prescrição, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da imprescritibilidade da ação para reparação por danos decorrentes de ofensa aos direitos humanos, incluindo aqueles perpetrados durante o ciclo do Regime Militar, conforme denotam os seguintes aretos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. PREScriÇÃO QÜINQUÉNAL 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 quinqüenal 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.

(STJ - Primeira Turma - AgRg no Ag 970753/MG - Relator Ministra Denise Arruda - DJU 12.11.08)

#### **AGRADO 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-provado.

(STJ - Segunda Turma - AgRg no REsp 970697/MG - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - DJe 05.11.08)

Assim, não há impedimento a que o autor pleiteie indenização com fundamento na responsabilidade objetiva da União, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo retido.

No mérito, a sentença de improcedência comporta reforma.

O autor pleiteia indenização por danos morais ocasionados em razão de perseguição, prisões e torturas pretensamente sofridas no período de vigência do regime militar.

É cediço que o dano oriundo de uma atuação estatal, em função de uma ação positiva do Estado, enseja a aplicação da regra da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, para que o ente público responda objetivamente, é suficiente que se prove a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo de causa e efeito 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 vertente, o demandante argumenta que permaneceu em cárcere em quatro ocasiões sem acusação formal e sem o devido processo legal e que sofreu torturas, gerando-lhe seqüelas físicas (quadro de hipertensão crônica culminante em falência renal).

Há, nos autos, farta documentação comprovando que o autor foi detido para averiguação em 29/8/1968 e ficou à disposição da Delegacia de Ordem Política até o dia 30 do mesmo mês

(fls. 91).

Vê-se, ainda, que, em 12/10/1968, o requerente novamente foi preso e indiciado por “participar do 30º Congresso da extinta UNE, em Ibiúna” (fls. 85), na conhecida ação denominada pelos agentes do exército como “Operação Ibiúna”. Segundo o postulante - e a contestação da União Federal não traz impugnação específica a tal respeito - sua detenção perdurou por uma semana.

Colhe-se, outrossim, haver sido o autor preso no Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) em 07/8/1972, tendo como motivo da prisão “subversão”, haja vista a filiação à “organização subversivo-terrorista PC do B” (fls. 72), não constando dos autos a data da soltura.

Nesse cenário, a sentença houve por julgar improcedente o pedido, sob a motivação, em síntese, de que a autoria não se desonerou do encargo de comprovar plenamente a ocorrência da prática de tortura quando do recolhimento ao cárcere, como se colhe do seguinte excerto daquele decisório (fls. 391):

o fato de ter sido preso durante o período do regime militar não implica no automático reconhecimento de que o autor tenha sido submetido a práticas de tortura no estabelecimento prisional da época. Deveriam ter sido produzidas provas com maior robustez para alicerçar a assertiva.

De nossa parte, discordamos frontalmente da linha de raciocínio sufragada pelo magistrado monocrático.

Primeiramente que a própria retenção do demandante fora das hipóteses taxativamente previstas pela ordem positiva, desprovida das formalidades próprias do devido processo legal, e acrescida por incomunicabilidade não prevista em lei, justificaria, só por só, a condenação da União Federal no pagamento de danos morais, eis que se trata de uma clara arbitrariedade e que nitidamente carreou ao vindicante um suplício digno de reparação em decorrência do cerceio à liberdade individual praticado de forma absolutamente ilegal. A situação verdadeiramente assemelha-se a um seqüestro, com toda hediondez que lhe é imanente, mas com o específico agravante de ser perpetrado pelo próprio aparato estatal contra o cidadão.

Especificamente no tocante às práticas de tortura física que o demandante aduz haver sofrido, e que também ensejariam a reparação de dano moral, *temos por certo que, em hipóteses como o aqui focalizada, outro caminho não há senão decretar-se a inversão do ônus da prova, em beneplácito da parte autora. Expliquemo-nos.*

Assim porque, como sabido, os atos vilipendiadores, pela sua própria natureza clandestina e insidiosa, eram perpetrados às escondidas, em porões e calabouços, até mesmo para evitarem-se testemunhos e provas que, ao depois, pudesse comprometer os autores desses métodos crueis e desumanos.

Por outros falares, em face do próprio caráter sub-reptício dessas práticas inóspitas, seria incogitável que o agente estatal viesse a deixar alguma espécie de ressaibo probatório à ulterior identificação da autoria e materialidade do ilícito. Inimaginável seria que margem houvesse à existência de testemunhas presenciais oculares desses comportamentos selvagens.

De sorte tal que exigir da autoria, nessas peculiares circunstâncias, a indicação de cabal prova material da tortura experimentada pelo demandante, inclusive testemunhal de sua prática, seria militar contra a razoabilidade, que é um princípio constitucional aplicável também à atividade judicante, mormente no trabalho exegético da norma, que há de ser temperado

pelo sopesamento dos valores envolvidos em cada caso, inclusive no propósito de se garantir máxima efetividade aos direitos fundamentais, franqueando-se o acesso à justiça em seu sentido substancial.

Há tempos que o magistrado distancia-se do papel de mero aplicador mecanicista da norma, para que, com sensatez e sensibilidade e atento aos fatos notórios e históricos, possa melhor inserir-se na realidade, muitas vezes dramática, que ecoa dos autos. Bem por isto vem-se preconizando a obediência ao devido processo legal não só em sua acepção meramente material, mas também substancial.

E, dentro dessa lógica, inevitável indagar: seria crível que a recôndita prática da tortura historiada nestes autos transcorresse diante de olhares de expectadores impávidos, fortíssimos candidatos, portanto, a tornarem-se futuras testemunhas em processo judicial? Concludentemente que não, e bem por isto insisto na curialidade do deslocamento do ônus probante à União Federal, a fim de que recaia sobre si a tarefa de demonstrar, ainda que indiciariamente, a inocorrência de maus-tratos ao requerente no lapso de seu encarceramento, é dizer, que tenha ele recobrado o *status libertatis* a salvo de qualquer infortúnio físico ou emocional.

Em prol ainda da argumentação aqui delineada, não se descure que são fatos públicos e notórios, a dispensarem superiores compleições probatórias, as torturas e toda sorte de malferimentos impingidos aos presos políticos no transcurso dessas prisões ilegais típicas do período ditatorial.

Sem receio de exasperações, estamos em que, àquele tempo, o ordinário, a usualidade, era a agressão física e o assédio moral aos confinados políticos. Absoluta exceção seria a preocupação com a preservação da integridade - em que nível fosse - dos detidos.

De efeito, o testemunho da história sobre o ciclo do Regime Militar não deixa dúvidas de que tais abusividades eram amiúde cometidas, em ordem a presumir-se que também o foram em relação ao requerente, dado que, como asseverado, esteve recluso por mais de vez, sendo uma delas numa oportunidade histórica, qual seja, a da operação militar deflagrada durante o 30º Congresso da UNE em Ibiúna.

Ademais, cumpre realçar que o autor esteve confinado, numa das ocasiões, no famigerado DOI-CODI, notório centro de torturas do regime militar, por motivo de "subversão" diante de sua filiação à, como consta dos autos, "organização subversivo-terrorista PC do B". Não seria crível que o autor ficasse imune às torturas naquela prisão, especialmente em 1972, época do consabido recrudescimento da repressão militar.

Quanto à prisão do autor na operação militar deflagrada durante o 30º Congresso da UNE em Ibiúna, simples consulta à rede mundial de computadores basta a localizar informações baseadas em documentos, depoimentos e notícias da época a respeito do episódio denominado "Operação Ibiúna", que culminou, em outubro de 1968, na prisão de mais de 900 estudantes - *dentre eles o autor* - donde se pode avaliar a situação de constrangimento a que foram submetidos esses jovens. À melhor contextualização, merecem lida os excertos seguintes, extraídos da publicação "Direito à Memória e à Verdade: histórias de meninas e meninos marcados pela ditadura", editado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República em 2009, por iniciativa da Comissão da Verdade:

O escritor Zuenir Ventura batizou 1968 de "o ano que não terminou". Pois foi neste ano, marcado por grandes manifestos e transformações da juventude mundial, que ocorreu o célebre 30º Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE), na cidade paulista de Ibiúna, em caráter clandestino. Mais de 900 participantes foram presos, boa parte deles adolescentes ou

quase. Foi uma das maiores prisões em massa ocorridas no Brasil.

No sítio Murundu, local do evento, as instalações eram extremamente precárias. (...). Nesta data, eles foram acordados com os disparos dos policiais, organizados em uma verdadeira operação de guerra. Ao todo, 920 jovens foram presos de uma só vez, sem nenhuma resistência. Em fila india, seguiram até os ônibus e caminhões da polícia estacionados na estrada de São Sebastião. De lá, o comboio seguiu para São Paulo.

Os estudantes chegaram ao presídio Tiradentes, no centro da capital paulista, por volta das 19 horas. Ali, espremidos nas minúsculas celas, comparavam os sofríveis alojamentos do congresso com as dependências de um hotel de luxo. Para não comer com as mãos, derretiam as escovas de dente com isqueiros - tentando moldar uma colher - ou improvisavam com a própria carteirinha estudantil. Durante uma semana passaram por interrogatórios, torturas psicológicas e físicas. Depois foram levados presos até os seus respectivos estados, sendo algumas delegações liberadas em São Paulo. Cerca de 70 estudantes - os principais dirigentes de organizações clandestinas - permaneceram encarcerados. (*In* <http://www.comissaodaverdade.org.br/arquivos/livro-criancas-e-adolescentes-sem-a-marca>)

Fácil, nessa conjuntura, depreender-se o sofrimento emocional e físico por que devem ter passado o autor e seus companheiros.

Em conseguinte, invertido o ônus probante, pelas excepcionalidades da espécie, quadra à União Federal denotar que a ilegalidade inexistiu, e deste múnus não se desincumbiu.

Como se vislumbra do relatório, no transcurso do rito de regência, a suplicada sequer se ateve em especificar provas. E, em momento algum, abalou-se em carrear aos autos provas ou mesmo indícios que pudessem vir a testificar que o autor saiu da prisão em condição de higidez física.

Pelo contrário, aflora dos autos prova indiciária de que o autor de fato sofreu os dissabores determinantes da indenização perseguida.

A exemplo, extrai-se que, quando de sua terceira prisão pelo DOI-CODI, em 1972, foi submetido a um intenso interrogatório (fls. 470/510), no qual, decerto, suportou coação - senão física, quando menos psicológica -, infligida com o objetivo de obter a delação de integrantes das organizações estudantis e políticas das quais fazia parte.

Finalmente, merecem atenção depoimentos de três testemunhas que, cônscias da prisão do demandante, com ele estiveram após sua soltura, não lhes passando despercebido o abatimento e perturbação que o suplicante passou a apresentar (fls. 3293/332).

Por outro lado, muito embora o autor venha alegar que a tortura física deixou-lhe sequelas físicas, culminando em quadro de hipertensão com falência renal, certo é que somente uma perícia médica poderia denotar com absoluta segurança essa relação de causalidade. Inocorrente tal exame, outro caminho não resta senão a desacolhida dessa específica alegação.

Há que se concluir, portanto, que esses elementos são suficientes a justificar a condenação da União a pagar ao autor indenização por danos morais, pelo que, considerando as circunstâncias do caso e a jurisprudência desta Terceira Turma, entendo adequado o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e não aquele pleiteado pelo autor na inicial (R\$ 300.000,00).

Cito, nesses termos, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL - REPARAÇÃO CIVIL - DANOS MORAIS - PRISÃO E TORTURA DURANTE O REGIME MILITAR - LEGITIMIDADE DA UNIÃO - IMPRESCRITIBILIDADE - LEI Nº 10.559/02 - DEVER DE INDENIZAR - MAJORAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. I - A União encontra-se legitimada a figurar no polo passivo das ações indenizatórias funda-

das em perseguições e torturas praticadas na época da ditadura militar porque as polícias estaduais, nesse período, atuavam e serviam como extensão do governo opressor. Precedentes. (...)

VI - Quando se fala em responsabilidade do Estado, cogita-se de dano resultante de comportamento de um dos poderes do Estado, sendo extracontratual por se reger por princípios próprios. O Estado passa a ter obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

VII - Cabível o deferimento do pleito em questão já que atingido o autor por uma política discriminatória no regime de exceção então em vigor no país. Precedente: TRF1, AC 200438010007227, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Marcelo Albernaz, e-DJF1 31/07/2008.

VIII - Quanto ao arbitramento, sendo o dano moral de difícil mensuração, o prudente arbítrio do juiz passa a ser a única forma de superação da dificuldade de fixação da indenização do dano moral sempre levando em conta que tal reparação conjuga a natureza de resarcimento da indenização do dano moral para a vítima e a natureza punitiva da reparação para o agente do dano. Desta feita, seguindo precedente desta E. 3ª Turma (AC 200561000220709, Rel. Juiz Convocado Cláudio Santos, DJF3 05/08/2011), fixa-se o valor indenizatório em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

IX - Sucumbência mantida.

X - Preliminar rejeitada. Provida a apelação do autor e improvida a apelação da União e a remessa oficial.

(APELREEX 00064095120064036114, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/07/2013)

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRISÃO E TORTURA. REGIME MILITAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UNIÃO E ESTADO DE SÃO PAULO. LEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”. PRESCRIÇÃO AFASTADA. ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE TORTURA. VALOR DA INDENIZAÇÃO.**

1. Considerando que a prisão da autora contou com a participação de policiais do Estado de São Paulo, vinculados à Secretaria estadual da Segurança Pública, bem como de militares do Exército, devem figurar no pólo passivo da relação processual tanto a União como o Estado de São Paulo. Preliminar de ilegitimidade passiva “ad causam” rejeitada.

(...)

3. A prática de tortura, que se caracteriza por ofender diretamente o valor constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, é imprescritível, razão pela qual não se lhe opõe a regra do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Entendimento pacífico do STJ e desta Turma.

4. As provas produzidas nos autos realmente mostram que a autora foi presa durante o Regime Militar, tendo sido mantida no cárcere tanto nas dependências da Delegacia Especializada de Ordem Social (DOPS) como do Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI).

5. As testemunhas ouvidas em Juízo confirmaram que a autora foi submetida a interrogatórios sucessivos, em que era acusada de integrar uma organização dita “subversiva” (a “REDE - Resistência Democrática”). Ao contrário do que alega a União, as testemunhas não se limitaram a apresentar afirmações vagas e destituídas de conteúdo, ao contrário, descreveram objetivamente os métodos utilizados durante os interrogatórios nas instalações do DOI-CODI.

(...)

9. Diante desses critérios, a jurisprudência desta Turma tem entendido razoável estipulá-la em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor que atende às finalidades acima expostas.

10. Remessa oficial parcialmente provida, para ajustar os critérios de juros e correção monetária aos ditames legais e à jurisprudência da Turma. Condenação dos réus nos encargos da sucumbência.

11. Apelação da autora e remessa oficial a que se dá parcial provimento. Apelação da União improvida.

(TRF 3<sup>a</sup> Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0003907-84.2006.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO RENATO BARTH, julgado em 05/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/07/2012)

Quanto aos critérios de correção monetária e juros de mora, a matéria foi enfrentada recentemente pela Corte Especial do STJ, tendo aquele colendo órgão julgador firmado entendimento no sentido de que “consoante o princípio *tempus regit actum*, a norma do 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, por ser de natureza instrumental, deve ser aplicável aos processos em curso”. É o que se extrai da ementa a seguir colacionada, *verbis*:

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º-F, DA LEI N° 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.

(Embargos de Divergência em Resp nº 1.207.197 - RS, Rel. Ministro Castro Meira, julgado 18/05/2011)

Desse modo, deve a condenação ser acrescida de correção monetária (Súmula nº 362 do STJ) e de juros de mora, contados do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), à taxa de 0,5% ao mês (CC/1916, artigo 1.062), no período anterior à data de vigência do novo Código Civil e, depois, nos termos do disposto no artigo 406, CC/2002, o qual corresponde à Taxa SELIC, de acordo com o julgamento da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça (ERESP 727.842/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 8/9/2008, DJe de 20/11/2008). Após a edição da Lei nº 11.960/2009, aplicam-se os juros aplicados à caderneta de poupança, a teor do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009.

Confiram-se os precedentes do STJ:

**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ART. 535. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. SÚMULA 362 - STJ.**

I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.

II. “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento” (Súmula 362/STJ).

III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp nº 1.020.429, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe de 08.06.09)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÕES CONFIGURADAS. SÚMULAS 54 E 362/STJ. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, APENAS COM EFEITOS INTEGRATIVOS.

1. Está pacificado nesta Corte Superior o entendimento de que para as hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ.
2. A correção monetária para os valores fixados a título de danos morais deve incidir desde a data da prolação da decisão que estipulou essas indenizações, conforme orientação da Súmula 362/STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.
3. Embargos declaratórios acolhidos, apenas com efeitos integrativos.  
(EDcl no REsp nº 976.059, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 05.08.10)

Por fim, no que diz respeito aos honorários advocatícios, deve ser considerada a Súmula nº 326, do STJ, a qual estabelece que na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca, razão pela qual condeno a União ao pagamento da verba honorária em favor do autor, que arbitro em 10% do valor da condenação, atualizado.

Posto isto, nego provimento ao agravo retido, rejeitando as preliminares arguidas pela União, e dou parcial provimento à apelação do autor, para julgar em parte procedente o pedido, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0006138-79.2009.4.03.6100**  
**(2009.61.00.006138-8)**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMATIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO

Apelada: CONSIGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN

Classe do Processo: AC 1671487

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2014

**EMENTA**

AÇÃO ORDINÁRIA. CANCELAMENTO DE AUTO DE INFRAÇÃO E LIBERAÇÃO DE MULTA. INMETRO. NULIDADES. BOTIJÕES DE GÁS. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO CONSTANTE DA EMBALAGEM E PESO REAL. RESOLUÇÃO CONMETRO 11/88. INOBSEERVÂNCIA.

1. Trata-se de apelação do INMETRO contra sentença que julgou procedente ação ordinária ajuizada com vistas a obter o cancelamento de auto de infração imposto a CONSIGAZ Distribuidora de Gás Ltda., com liberação da multa dele decorrente, diante da constatação de uma amostra de 20 botijões de gás no depósito Maiagás Comércio de Gás Ltda., dos quais 08 estavam abaixo do peso permitido.

2. É de conhecimento geral a fé pública de que gozam os atos administrativos que, apesar de sua relatividade, demanda produção de prova em contrário ante a sua presunção jurídica de veracidade. A jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive, é pacífica no sentido da legalidade dos atos normativos e regulamentações expedidas pelo CONMETRO E INMETRO, podendo, inclusive, autuar. A competência dos referidos órgãos decorre de previsões legais, sendo que a Lei nº 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, agregando proteção aos consumidores finais, donde evidente o interesse público que permeia seus atos. Editada, ainda, a Lei nº 9.933/1999, dispondo sobre tais competências, além de outras providências.

3. O CONMETRO baixou a Resolução 11/88, que prevê os procedimentos a serem adotados na fiscalização de mercadorias pré-medidas, como é o caso do gás GLP, dentre eles a coleta de amostras para medições, que poderão ser acompanhadas pelo interessado.

4. Na hipótese vertente, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em 28/02/2008, na sede de um depósito revendedor de gás, na cidade de Piracicaba/SP (fls. 24). No mesmo ato, foi lavrado o Laudo Geral de Exame Quantitativo - Produtos Pré-medidos (fls. 25), do que, aliás, ressalta equivocada a afirmação contida nas razões de apelo do INMETRO no sentido de que este documento comprovaria que a autora foi notificada da realização da perícia, *ausentando-se por faculdade sua* (fls. 173 - segundo parágrafo).

5. Na verdade, a autora só teve conhecimento da autuação e laudo que a acompanha

ao receber esta documentação via Aviso de Recebimento, quando então interpôs o correlato recurso administrativo (fls. 28/30), suscitando a questão. A decisão administrativa de fls. 44, bem como o parecer de fls. 43 em que baseada, não faz qualquer referência ao ponto. Novamente valeu-se a autoria do recurso voluntário (fls. 42/50), repisando o ponto. Em contrarrazões, o fiscal nada acrescentou (fls. 52). E a decisão final, emanada do Presidente do INMETRO, tão pouco (fls. 53/54).

6. De todo este contexto, extrai-se que a não observância daquele item 36, da Resolução CONMETRO nº 11/88 implicou no alegado cerceamento de defesa. Ao deixar a fiscalização de apreender o lote com as mercadorias tidas como irregulares e expedir comunicado para comparecimento do autuado para as medições, inviabilizou o contraditório.

7. Não se trata de colocar-se o INMETRO à disposição da agenda do autuado, como alegado, mas de cumprir aquelas normas. Deveria ter lacrado o lote e designado dia e hora para realizar as medições à vista do interessado. Caso este não apareça, aí sim não se descaracteriza a fé pública das medições.

8. Poderiam mesmo ter sido lançadas no aludido laudo de fls. 25, do qual não consta nenhuma assinatura, sequer de algum empregado do depósito, ao contrário do auto de infração, que está firmado por pessoa de nome Jandira Velha Guerra e identificada pelo RG. Mas certamente que o lote deveria ter sido isolado e lacrado, comunicando-se o interessado a comparecer e, então, conferir os dados lançados e apor sua assinatura. Não o fazendo, aí sim, o laudo reveste-se de total legitimidade.

9. É certo que, tratando-se de verificação de pesos e medidas, o ente administrativo deve atuar de forma desavisada, porquanto o prévio aviso de inspeção frustra a atividade administrativa, dando chance ao comerciante de sanar as irregularidades antes de ser surpreendido pela atividade estatal, cuja finalidade é justamente autuar desrespeitos no que diz tange às especificações legais a serem observadas (AC 950923, Des. Fed. Mairan Maia, TRF3, e-DJF3 em 08/10/2010).

10. Porém, ao não adotar a diligência, determinada pela citada Resolução, deu azo à nulidade suscitada, sobre a qual os recursos administrativos foram omissos.

11. Não é demasia assinalar que, em razão da displicência do fiscal, o lote provavelmente foi vendido com prejuízo de alguns consumidores, que adquiriram o produto (gás) em quantidade inferior à anunciada, o que não se compadece com seu dever funcional e a finalidade da atividade fiscalizatória.

12. Recurso de apelação do INMETRO 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 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento a apelação do INMETRO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelação da autoria em ação ordinária ajuizada com vistas a obter o cancelamento de auto de infração e liberação da multa dele decorrente, lavrado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - INMETRO, em face da constatação de disparidade no valor nominal 500g contido na embalagem do produto e seu peso real, superior à tolerada, em prejuízo ao consumidor.

Alega a inicial, em suma, que o auto de infração é nulo, ante o não acompanhamento das medições e a falta de interdição do lote e apreensão dos botijões com problema, em prejuízo da ampla defesa e do próprio consumidor, além de afrontar o art. 36, da Resolução CONMETRO nº 11/88 e art. 5º, LV, da Constituição; ausência de ensaio destrutivo dos botijões e erro na medição, consistente na desconsideração dos critérios de tolerância dos vasilhames, consoante determina a Portaria nº 74/95, item 3.13.13; homologação por autoridade incompetente, no caso, o Chefe de Gabinete da Superintendência do IPEM, cujas atribuições estão previstas no respectivo Regulamento, art. 27, o que fere o direito do administrado de ver suas alegações analisadas pelo órgão competente, a teor do disposto no inciso III, do art. 3º, da Lei nº 9.784/99; abusividade e ausência de motivação na fixação do valor da multa aplicada, vez que não consta sua classificação, nem indicação dos critérios adotados para apuração do *quantum*, nos termos dos arts. 9º e 10, da lei nº 9.933/99, a resultar na adoção do valor mínimo.

A r. sentença julgou procedente a ação, acolhendo o alegado cerceamento de defesa no trâmite do processo administrativo, posto que, nos termos do art. 36 da resolução CONMETRO nº 11/88, o interessado dever ser cientificado, por escrito, do dia, hora e local em que serão realizadas as medições, para que possa acompanhá-las, se assim o desejar, o que não ocorreu no caso, evitando de nulidade o auto de infração. Ainda que se conclua pela legitimidade do empregado para acompanhar o ato, é certo que a falta de comunicação à autora impediu que exercesse plenamente seu direito, inclusive de escolher pessoa com melhor conhecimento técnico para acompanhar e garantir a fidelidade das medições. Da mesma forma, a falta de apreensão dos botijões, também tratada no referido artigo, inviabilizou a contraprova, ferindo o direito à ampla defesa e contraditório, à par do prejuízo ao consumidor. Deu por prejudicados os demais argumentos e condenou o requerido em honorários de advogado, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou o INMETRO, repisando os argumentos tangenciados na contestação, no sentido de que: (1) descabido pretender que o INMETRO interditasse os botijões, voltasse à sede para expedir comunicação e aguardasse data para realizar a medição com a presença da apelada, sob pena de inviabilizar o exercício do poder de polícia, certo ademais que a recorrida foi notificada (fls. 25) e o fiscal é agente público, cujos atos gozam de presunção relativa de veracidade, não tendo sido apresentado nenhum documento que ilidisse o laudo do fiscal, lembrando que a empresa é reincidente; (2) incabível a realização de ensaio destrutivo no caso, pois esse método só é utilizado quando não é possível efetuar medições sem destruir a embalagem, o que não é o caso dos botijões, que já vem com indicação de peso (tara) padrão presumido. Se o peso já é certo, incerto seria apenas o do gás, donde a ausência de prejuízo à defesa. Aliás, sendo empresa que comercializa o gás, em verificando defeito no botijão, responde solidariamente, nos termos dos arts. 12 e 18 da Lei nº 8.078/90, arts. 1º, 5º e 7º, da Lei nº 9.933/99 e Resolução ANP nº 15/05; (3) a multa foi aplicada pelo fiscal do IPEM/SP, servidor público com atribuições para fiscalizar e autuar e que, embora não haja expressa previsão acerca da competência do Chefe

de Gabinete para julgamento do auto de infração em primeira instância, também não há norma com indicação de qual seria, donde que há margem para auto organização do IPEM, facultando a seu Superintendente distribuir por delegação as atribuições não exclusivas. Ademais, o recurso foi processado e, ao final, julgado pelo Presidente do INMETRO, o que já supriria eventual falta de atribuição; (4) na fixação da sanção administrativa, a dosimetria considerou o benefício auferido pela recorrida, impacto no mercado consumidor e reincidência, lembrando que os limites mínimo e máximo previstos na lei prestam-se a atingir desde o feirante até o grande empresário. No caso, trata-se de grande empresa do ramo de distribuição de GLP, marca reconhecida no âmbito nacional, à qual não poderia ser impingido um valor mínimo sob pena de ser mais atrativo descumprir as normas e pagar as multas.

Os autos subiram a esta Corte com contra-razões.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelação do INMETRO contra sentença que julgou procedente ação ordinária ajuizada com vistas a obter o cancelamento de auto de infração imposto a CONSIGAZ Distribuidora de Gás Ltda., com liberação da multa dele decorrente, diante da constatação de uma amostra de 20 botijões de gás no depósito Maiagás Comércio de Gás Ltda., dos quais 08 estavam abaixo do peso permitido.

A r. sentença deve ser mantida.

É de conhecimento geral a fé pública de que gozam os atos administrativos que, apesar de sua relatividade, demanda produção de prova em contrário ante a sua presunção jurídica de veracidade.

A jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive, é pacífica no sentido da legalidade dos atos normativos e regulamentações expedidas pelo CONMETRO E INMETRO, podendo, inclusive, autuar. A competência dos referidos órgãos decorre de previsões legais, sendo que a Lei nº 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, agregando proteção aos consumidores finais, donde evidente o interesse público que permeia seus atos. Editada, ainda, a Lei nº 9.933/1999, dispondo sobre tais competências, além de outras providências.

A referida Lei nº 5.966/1973 criou o CONMETRO, órgão normativo do sistema e o INMETRO, sendo-lhe conferida personalidade de autarquia federal, com a função executiva do sistema de metrologia. Aquele aprovou a Resolução nº 11/88, que ratificou todos os atos normativos metrológicos, autorizando o INMETRO a adotar as providências necessárias à consolidação das atividades de metrologia, no País, firmando convênios, contratos, ajustes, acordos, assim como os credenciamentos que se fizerem necessários. Dentro de tal atribuição, foi aprovado, através da Portaria nº 74/95, o Regulamento Técnico Metrológico, estabelecendo critérios para verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos e comercializados nas grandezas de massa e volume, versando, ainda, sobre as tolerâncias admitidas nos referidos exames.

Alega a autoria inobservância dos procedimentos para a fiscalização, consoante previsto

na aludida Resolução nº 11/88, que assim dispõe sobre o tema, *verbis*:

#### **Capítulo VI**

##### **Das Normas Procedimentais para a Realização da Fiscalização**

**36.** A fiscalização de mercadorias pré-medidas acondicionadas ou não sem a presença do consumidor, será realizada da seguinte forma:

- a) o órgão metrológico promoverá a retirada de amostras mediante recibo, no qual se especificará a mercadoria e seu estado de inviolabilidade;
- b) verificado que um produto exposto à venda não satisfaz às exigências desta Resolução e da legislação pertinente, ficará ele sujeito a apreensão, mediante recibo, no qual se especificará a mercadoria e a natureza da irregularidade, para efeito de instrução do processo;
- c) em cada elemento da amostra assim coletada serão feitas as medições necessárias. Essas medições poderão ser acompanhadas, pelos interessados, aos quais se comunicará, por escrito, a hora e o local em que serão realizadas;
- d) a ausência do interessado às medições não descharacterizará a fé pública dos laudos emitidos.

Na hipótese vertente, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em 28/02/2008, na sede de um depósito revendedor de gás, na cidade de Piracicaba/SP (fls. 24). No mesmo ato, foi lavrado o Laudo Geral de Exame Quantitativo - Produtos Pré-medidos (fls. 25), do que, aliás, ressalta equivocada a afirmação contida nas razões de apelo do INMETRO no sentido de que este documento comprovaria que a autora foi notificada da realização da perícia, *ausentando-se por faculdade sua* (fls. 173 - segundo parágrafo).

Na verdade, a autora só teve conhecimento da autuação e laudo que a acompanha ao receber esta documentação via Aviso de Recebimento, quando então interpôs o correlato recurso administrativo (fls. 28/30), suscitando a questão. A decisão administrativa de fls. 44, bem como o parecer de fls. 43 em que baseada, não faz qualquer referência ao ponto. Novamente valeu-se a autoria do recurso voluntário (fls. 42/50), repisando o ponto. Em contrarrazões, o fiscal nada acrescentou (fls. 52). E a decisão final, emanada do Presidente do INMETRO, tão pouco (fls. 53/54).

De todo este contexto, extrai-se que a não observância daquele item 36, da Resolução CONMETRO nº 11/88 implicou no alegado cerceamento de defesa. Ao deixar a fiscalização de apreender o lote com as mercadorias tidas como irregulares e expedir comunicado para comparecimento do autuado para as medições, inviabilizou o contraditório.

Não se trata de colocar-se o INMETRO à disposição da agenda do autuado, como alegado, mas de cumprir aquelas normas. Deveria ter lacrado o lote e designado dia e hora para realizar as medições à vista do interessado. Caso este não apareça, aí sim não se descharacteriza a fé pública das medições.

Poderiam mesmo ter sido lançadas no aludido laudo de fls. 25, do qual não consta nenhuma assinatura, sequer de algum empregado do depósito, ao contrário do auto de infração, que está firmado por pessoa de nome Jandira Velha Guerra e identificada pelo RG. Mas certamente que o lote deveria ter sido isolado e lacrado, comunicando-se o interessado a comparecer e, então, conferir os dados lançados e apor sua assinatura. Não o fazendo, aí sim o laudo reveste-se de total legitimidade.

É certo que, tratando-se de verificação de pesos e medidas, o ente administrativo deve atuar de forma desavisada, porquanto o prévio aviso de inspeção frustra a atividade administrativa, dando chance ao comerciante de sanar as irregularidades antes de ser surpreendido pela atividade estatal, cuja finalidade é justamente autuar desrespeitos no que diz tange às

especificações legais a serem observadas (AC 950923, Des. Fed. Mairan Maia, TRF3, e-DJF3 em 08/10/2010).

Porém, ao não adotar a diligência, determinada pela citada Resolução, deu azo à nulidade suscitada, sobre a qual os recursos administrativos foram omissos.

Confira-se a jurisprudência pátria, a *contrario sensu*, que mantém a higidez da autuação, quando acompanhada do interessado:

**ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AUTUAÇÃO DE PESO IRREGULAR EM BOTIJÃO DE GÁS. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. NULIDADE AFASTADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL.** 1. Em se constatando que o exame realizado pelo IMEQ/PB foi devidamente acompanhado por representante legal da empresa ou responsável pelo produto, bem como a ausência de qualquer indício de erro ou ilegalidade na elaboração do referido laudo, conclui-se por desnecessária a produção de contraprova. 2. Presunção de legitimidade dos atos administrativos. Ante a ausência de prova acerca de sua ilegalidade, não se justifica sua anulação. 3. É devido o levantamento, em favor do INMETRO, do valor da multa depositada em juízo nos Autos da Ação Cautelar de nº 000752-48.2011.4.05.8200. 4. Apelação não provida.

(AC 0003296092020114058200, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 03/06/2013 - Página: 187)

**AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CONVERTIDA EM AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. MULTA ADMINISTRATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (“PER RELATIONEM”). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.** 1. Cuida-se de apelação apresentada pela parte autora contra sentença a quo, a de julgar improcedente o pedido formulado na inicial, de nulidade de auto de infração. Entendeu o juiz de primeiro grau não ter ocorrido o cerceamento de defesa alegado. Apela a demandante, insistindo na tese de que o mencionado auto seria nulo, face à suposta ausência de oportunidade de acompanhamento da autuação e que não teria havido direito de apresentar contraprova em sede de recurso administrativo. 2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (“per relationem”) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adota-se, portanto, os termos da sentença como razões de decidir. 3. (...) O Auto de Infração nº 1195456 (fl. 40), lavrado em 08.06.2009, pelo INMETRO através do servidor do IMEQ (Agente Técnico Metrológico), Raimundo Evandro P. de Araújo, Matrícula 306-7, tem como fundamento legal o art. 5º da Lei nº 9.933/99, sendo a respectiva infração imputada à empresa autora - descrita da seguinte forma: “o produto G.L.P. de marca Butano, de valor nominal 13 Kg, comercializado pelo autuado foi reprovado em exame pericial quantitativo no critério individual, estando em desacordo ao artigo 1º da Portaria INMETRO nº 069/04, conforme laudo de exame de nº 000819, sendo que os botijões de nºs 07, 09 e 19, estão abaixo da tolerância que é de 300 g, em vez de 150 g como consta no mesmo, que é parte integrante do presente”. 4. (...) Ressalto que o INMETRO usou de seu poder de polícia quando da elaboração do auto de infração e da imposição de multa, impedindo, assim, a introdução no mercado de consumo de produto ou serviço em desacordo com normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), com risco de prejuízo à sociedade como um todo e em especial ao mercado de consumo. “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes

ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); 5. (...) No tocante ao argumento de cerceamento de defesa na esfera administrativa utilizado com o fito de promover a nulidade do processo administrativo em questão, entendo que não merece acolhida. A uma, porque houve sim o acompanhamento da perícia realizada administrativamente por parte da autora, enquanto constante, no laudo de exame, a assinatura do responsável pelo produto ou representante legal da empresa, a Sr<sup>a</sup> Luciana Montenegro Acioly, CPF nº 931.030.094-72. A duas, porquanto, apesar de devidamente notificado, em 12.06.2009, acerca do auto de infração (*vide teor do AR de fl. 42*), a empresa autora não apresentou defesa administrativa, como bem registrado no Parecer da Assessoria Jurídica do INMETRO, fls. 45-47, tendo o auto de infração em foco sido considerado subsistente. Apresentou, contudo, recurso (fls. 52-57), após a necessária notificação (fl. 49) desta decisão administrativa (fl. 48), tendo sido aquele provido parcialmente (fls. 130 e 135) apenas para reduzir o valor da multa aplicada, nos seguintes termos: “(...) entendo que deve ser mantida a penalidade imposta, por considerar que restou comprovada a desobediência aos preceitos normativos que regulamentam a matéria. Ademais, o infrator vinha obtendo vantagem ilícita e causando prejuízos e riscos aos consumidores (...)” Apelação improvida. (AC 00022412320114058200, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 11/07/2013 - Página: 148)

Não é demasia assinalar que, em razão da displicência do fiscal, o lote provavelmente foi vendido com prejuízo de alguns consumidores, que adquiriram o produto (gás) em quantidade inferior à anunciada, o que não se compadece com seu dever funcional e a finalidade da atividade fiscalizatória.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao apelo do INMETRO, para manter a r. sentença, nos termos supracitados.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0007033-40.2009.4.03.6100**  
**(2009.61.00.007033-0)**

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7<sup>a</sup> VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AC 1533229

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2013

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INSTALAÇÃO OBRIGATÓRIA DE EQUIPAMENTOS DE RASTREAMENTO, LOCALIZAÇÃO E ANTIFURTO EM VEÍCULOS NOVOS - INOVAÇÃO À LIDE - INEXISTÊNCIA - SISTEMA ANTIFURTO QUE FAZIA PARTE DO ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO PRIMARIAMENTE EXPEDIDO - PORTARIA CONTRAN Nº 245/07 - PORTARIAS DENATRAN NS. 47/07, 102/08 E 253/09 - INVASÃO DE PRIVACIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DISPONIBILIDADE DO BEM PATRIMONIAL E INDEVIDA INGERÊNCIA DO ESTADO SOBRE SUES CIDADÃOS.

I - Não restou demonstrada inovação à lide por parte do apelante (MPF), pois desde o início seu pedido buscava a declaração da nulidade da Resolução 245, de 27 de julho de 2007 do CONTRAN e das Portarias 47, de 20 de agosto de 2007, e 102, de 30 de outubro de 2008, do DENATRAN, que impunham a obrigatoriedade da instalação do sistema antifurtos nos veículos novos.

II - O Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, instituído pela Lei Complementar nº 121/06, assentou competir ao CONTRAN estabelecer os dispositivos antifurtos obrigatórios nos veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no país ou no exterior. Este, cumprindo seu *mister*, editou a Resolução nº 245, de 27 de julho de 2007, estabelecendo que os veículos novos deveriam sair de fábrica equipados com sistema antifurto, o qual deveria ser “dotado de sistema que possibilite o bloqueio e rastreamento do veículo”.

III - O DENATRAN editou a Portaria nº 47/07 e, posteriormente, a Portaria nº 102/08, veiculando as especificações, características e condições de funcionamento e operação do sistema de antifurto e de rastreamento. Segundo estes atos normativos secundários, o sistema antifurto é aquele que apresenta as funções de rastreamento e bloqueio de veículos; o sistema de rastreamento é aquele que realiza a leitura de sua localização através constelação de satélites e detém canal comunicação para envio das informações de posicionamento a uma central de serviço de monitoramento. Todas essas funções, de acordo com a Portaria nº 102/08, deveriam estar sempre ativas mesmo que o serviço de rastreamento não tenha sido habilitado pelo usuário.

IV - Em face à avalanche de críticas, de manifestações contrárias ao procedimento e de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o Governo agiu e o DENATRAN editou a Portaria nº 253/09, que substituiu o anexo da Portaria nº 47/07, trazendo como inovação a retirada do sistema de rastreamento e a inclusão de um sistema de loca-

lização, conceituado como aquele que “disponibiliza informações de posicionamento geográfico”, a ser ativado mediante conhecimento e anuênciam por escrito do proprietário do veículo.

V - De acordo com o dicionário Aurélio, rastrear tem origem no vocábulo rastejar, que por sua vez indica o ato de “seguir o rastro ou a pista de”, “investigar, inquirir, indagar, rastrear”. Por sua vez, localizar importa determinar o local, “inteirar-se do paradeiro de”. Essencialmente, portanto, rastrear e localizar indicam a mesma coisa, pois ambos referem-se à possibilidade de encontrar o veículo - e por conseguinte seu condutor - aonde quer que esteja. O desiderato das normas administrativas é atender ao comando da LC nº 121/06, que por sua vez destina-se a prevenir e reprimir o furto e roubo de veículos e cargas.

VI - O Estado, reconhecendo a sua ineficiência no combate ao crime, quer instituir um mecanismo de controle da liberdade individual de seus cidadãos. Sob o manto da proteção patrimonial, subjuga direitos mais relevantes e mais caros à sociedade, como os direitos à privacidade e à intimidade.

VII - Está a ferir, com essa conduta, o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, CF). Adotando-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, colocou-se “a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico” (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Celso Bastos Editora, 2002, pág. 249).

VIII - O direito à privacidade, enquanto não seja indisponível, constitui direito fundamental de todos, só podendo ser renunciados temporariamente e, ainda assim, pelo seu próprio titular e desde que não afete a dignidade humana. Deste modo, cabe ao proprietário do veículo decidir se quer ou não instalar mecanismo de proteção patrimonial em seu bem, ciente das vantagens e desvantagens de sua decisão. Descabe ao Estado intrometer-se na esfera particular do indivíduo e decidir por ele como proteger seu bem.

IX - A autodeterminação individual decorre do Estado Democrático de Direito e por ela garante-se ao indivíduo o direito de perseguir os fins e objetivos que entende melhores para sua vida, inclusive renunciando àqueles que entendem convenientes e que impedem ou embaraçam o seu projeto. A proteção patrimonial deve ficar a cargo do dono, competindo a ele, unicamente, decidir como, quando e quais bens quer proteger.

X - Não cabe à Administração Pública impor a um bem disponível a forma como será efetuada a sua proteção pelo particular. Também é descabido transformar o bem privado em instrumento de segurança pública, uma vez que é obrigação da entidade estatal garantir a segurança de seu povo.

XI - O fato de o localizador somente ser habilitado por expressa vontade do consumidor não retira o caráter de impositividade e de ingerência indevida sobre a vida privada. O Estado pode exigir equipamentos ou acessórios obrigatórios quando estes se referirem à saúde e à segurança corporal dos usuários do bem; mas, tratando-se de bens consumíveis disponíveis, não se pode impor aparelhamento cuja funcionalidade seja exatamente impedir a sua disposição.

XII - A adoção da medida excepcional de monitoramento indiscriminado de todos os cidadãos proprietários de veículos automotores configura-se medida exacerbada, viola o direito fundamental de privacidade e intimidade, além de afrontar sobremaneira o princípio da razoabilidade ao transpassar para o particular o ônus de zelar

pela segurança pública.  
XIII - Apelação provida.

## ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

## RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União com o objetivo de compeli-la a não exigir dos fabricantes de veículos automotores, ou de qualquer fornecedor ou consumidor deste bem, a instalação obrigatória de equipamento com a função de rastreamento/localização.

Manifestação da União, com fulcro na Lei nº 8.429/92, a fls. 674/698.

Antecipação da tutela deferida a fls. 863/871v para determinar que não seja imposto aos fabricantes e fornecedores de veículos, ou consumidores desse bem, a instalação obrigatória de equipamento que inclua a função de rastreamento e/ou localização, ativo ou inativo, declarando incidentalmente a nulidade do artigo 1º, § 1º, última parte, da Resolução nº 245 do CONTRAN, e dos itens 1.1 e 2.1 do Anexo a Portaria nº 102/08.

Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento pela União (fls. 888/909).

Contestação da União a fls. 926/949.

Audiência pública realizada em 13.01.2010, conforme termo de fls. 1270/1274.

Alegações finais da União a fls. 1407/1412.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, com supedâneo no artigo 269, II, do CPC, uma vez que a ré lançara mão de novos atos normativos para corrigir a concepção original do dispositivo, eliminando-se o rastreador e mantendo-se o localizador, o qual será habilitado mediante expressa vontade do consumidor (fls. 1414/1431v).

Embargos de declaração opostos a fls. 1446/1448 e acolhidos a fls. 1456/1458 para consignar que o pedido era procedente em parte.

Apelação do Ministério Público Federal a fls. 1461/1475 alegando, em síntese, que a União, no intuito de implementar o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão a Furto e Roubo de Veículos e Cargas, através do CONTRAN, editou a Portaria nº 245/07, que estabelece a obrigatoriedade no sentido de que todos os veículos novos comercializados no país devem, necessariamente, estar equipados com um dispositivo antifurto que permita o bloqueio e o rastreamento do veículo. Por meio das Portarias DENATRAN nºs 47/07 e 102/08 estabeleceu-se que o equipamento antifurto deveria ter todas as suas funções testadas e funcionais independente da ativação dos serviços de monitoramento/rastreamento. Sem prejuízo, por meio da Deliberação nº 82 o CONTRAN alterou a Resolução nº 245 para que fique a cargo do proprietário do veículo "decidir sobre a aquisição de localização do veículo e posterior

habilitação do equipamento junto aos prestadores de serviço e localização, definindo o tipo e abrangência do mesmo". Conclui que o dispositivo antifurto, mesmo depois da alteração da Resolução nº 245, continua constituído de uma peça única formada pelo rastreador e pelo bloqueador. Argumenta que a disponibilização de equipamentos técnicos que capacitam novas ações do poder público colocam o problema do controle tecnológico do poder público sobre os cidadãos, uma vez que a privacidade do indivíduo diz respeito à habilidade de se recolher do conhecimento ou da interferência dos demais. Afirma que o veículo pessoal é um espaço privado e que o aparato que se pretende instalar vem a tutelar um bem disponível, o patrimônio, de forma que não há espaço para a sua obrigatoriedade. Também afirma que ainda que desligado, o aparato é uma imposição com uma funcionalidade não consentida associada a uma capacidade de informação não querida, configurando intromissão e perturbação no direito de o indivíduo estar só. Sustenta que a norma cria a condição de o poder público coletar informações particulares sem a existência de autorização constitucional para tanto, atribuindo ao consumidor, ainda, o ônus de zelar e de custear o aparato, já que, cuidando-se de aparato tecnológico, estará sujeito à falibilidade. Defende que o modelo proposto pelo CONTRAN e pelo DENATRAN acaba por estatizar e obrigar uma compra privada e privatiza ou transfere para o particular o serviço público estatal de segurança pública, criando, ainda, uma venda casada de produtos e um mercado cativo para um determinado setor econômico. Desvia a competência dos órgãos de trânsito, que seriam convertidos em agências reguladoras de sistemas de localização por meio de telecomunicação e, também, em órgãos de segurança. Pleiteia a reforma da sentença para que seja determinada a "não obrigatoriedade da instalação do equipamento antifurto em veículos particulares".

Contrarrazões da União a fls. 1485/1492.

Processado o recurso, subiram os autos a esta E. Corte, sendo a mim distribuídos em maio de 2011.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 1510/1513 opinando pelo provimento do recurso.

A fls. 1515/1549 a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - PRO TESTE, pleiteia a sua inclusão na lide, nos moldes do artigo 50 do CPC, como terceira interessada, reiterando os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal.

A fls. 1551 o autor requereu prioridade no julgamento do feito.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União com o objetivo de compeli-la a não exigir dos fabricantes de veículos automotores, ou de qualquer fornecedor ou consumidor deste bem, a instalação obrigatória de equipamento com a função de rastreamento/localização.

Em suas contrarrazões de recurso a União alegou que o pedido deduzido no apelo não guardava relação com o pedido apresentado na exordial, já que em nenhum momento o Representante do *Parquet* falara em obstar a instalação de equipamento antifurto nos veículos

particulares.

Compulsando a petição inicial verifica-se que no item “d” do pedido (fls. 23) foi requerido “a declaração de nulidade da Resolução 245, de 27 de julho de 2007 do CONTRAN e das Portarias 47, de 20 de agosto de 2007, e 102, de 30 de outubro de 2008, do DENATRAN”.

O artigo 1º da aludida resolução trata justamente da obrigatoriedade do sistema antifurto. É seu inteiro teor:

Art. 1º - Todos os veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou importados a partir de 24 (vinte e quatro) meses da data da publicação desta Resolução *somente poderão ser comercializados quando equipados com dispositivo antifurto.*

§ 1º - O equipamento antifurto deverá ser dotado de sistema que possibilite o bloqueio e rastreamento do veículo.

§ 2º - Serão vedados o registro e o licenciamento dos veículos dispostos no “caput” deste artigo, que não observarem o disposto nesta Resolução.

§ 3º - Os veículos de uso bélico não estarão sujeitos a obrigatoriedade disposta no “caput” deste artigo. - grifo e destaque inexistentes no original

Ao pleitear a nulidade da Resolução fica claro que o autor está a confrontar a instalação do sistema antifurto, mostrando-se inteiramente descabida e sem fundamentação a preliminar de inovação.

Ultrapassada a preliminar, avanço o mérito.

A Lei Complementar nº 121/2006, que criou um Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, estabeleceu no artigo 7º competir ao CONTRAN estabelecer os dispositivos antifurtos obrigatórios nos veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou no exterior.

Cumprindo o *mister*, o CONTRAN editou a Resolução nº 245, de 27 de julho de 2007, estabelecendo:

Art. 1º Todos os veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou importados a partir de 24 (vinte e quatro) meses da data da publicação desta Resolução somente poderão ser comercializados quando equipamentos com dispositivo antifurto.

§ 1º - *O equipamento antifurto deverá ser dotado de sistema que possibilite o bloqueio e rastreamento do veículo.*

(...) - destaque meu

Em seguida, ainda sobre o tema, o Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN editou a Portaria nº 47, de 20.08.2007, versando sobre as especificações, características e condições de funcionamento e operação do dispositivo antifurto e do sistema de rastreamento referidos na resolução acima mencionada (245/07). Em ato posterior, o DENATRAN editou a Portaria nº 102/2008 com o intuito de “Harmonizar o entendimento dos requisitos fixados na Portaria 47/2007, na forma do Anexo desta Portaria” (artigo 1º).

A primeira trouxe as seguintes definições e características:

#### ANEXO

#### EQUIPAMENTO ANTIFURTO - SISTEMA DE RASTREAMENTO

##### 1 - DEFINIÇÕES

###### *1.1 - Equipamento antifurto*

Denomina-se equipamento antifurto aquele que apresenta as funções de rastreamento e

bloqueio de veículos.

*1.2 - Sistema de rastreamento*

Denomina-se sistema de rastreamento aquele que realiza a leitura de sua localização através constelação de satélites e detém canal comunicação para envio das informações de posicionamento a uma central de serviço de monitoramento.

*1.3 - Bloqueio*

Entende-se por bloqueio a característica de impedir o funcionamento do veículo.

**2 - DO EQUIPAMENTO:**

*2.1 - Função:*

O equipamento antifurto deverá obrigatoriamente executar as funções de bloqueio, cálculo e armazenamento de posicionamento geográfico, com base em informações precisas recebidas de uma constelação de satélites. Deverá também ter integrado, módulo de comunicação que permita ao equipamento antifurto, quando o serviço de rastreamento estiver ativado, enviar informações a uma central de serviço de monitoramento e receber comandos da mesma.

A segunda, Portaria nº 102/2008, traz as seguintes características técnicas complementares:

**EQUIPAMENTO ANTIFURTO - SISTEMA DE RASTREAMENTO**

**1 - CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS COMPLEMENTARES À PORTARIA Nº 47/2007**

*1.1 - Equipamento antifurto*

O equipamento antifurto deverá ter todas as suas funções testadas e funcionais independente da ativação de serviços de monitoramento/rastreamento. A não ativação deste serviço, não implica na desativação da funcionalidade e sim na colocação do módulo de comunicação em estado de espera pela eventual ativação do mesmo.

Os fabricantes de equipamento antifurto oferecerão opções possíveis para atender os requisitos de rastreamento e bloqueio de veículos, na hipótese de ocorrência de Evento, com objetivo de atender ao disposto na Lei Complementar nº 121 de 09 de fevereiro de 2006.

*1.2 - Sistema de rastreamento*

O sistema de rastreamento deverá obter as coordenadas de posição de veículos equipados com dispositivo antifurto através de sistemas de posicionamento por satélite.

O canal de comunicação para envio de informações de posicionamento poderá utilizar qualquer tecnologia de comunicação disponível no mercado desde que apresentem cobertura nacional e seja aprovada pela ANATEL.

*1.3 - Bloqueio*

A função bloqueio tem como principal característica impedir o funcionamento do veículo nos casos em que o dispositivo antifurto, interligado ao veículo através de sensores, ou outros meios, perceba alguma atividade não programada na estratégia de proteção ao bem.

A função bloqueio pode ser ativada/desativada localmente ou remotamente através de telecomandos.

E também veicula o seguinte:

**2 - FUNÇÕES DO EQUIPAMENTO COMPLEMENTARES À PORTARIA Nº 47 DE 2007**

*2.1 - Função*

Todas as funções do equipamento antifurto deverão estar sempre ativas mesmo que o serviço de rastreamento não tenha sido habilitado pelo usuário. Neste caso, o módulo de comunicação deverá estar em modo de espera (consumo de energia reduzido).

A inicialização do receptor de sinais de posicionamento assim como a manutenção da obtenção continua destes sinais, deve ser mantida e ter sempre armazenado no mínimo as últimas 200 posições.

Todos os eventos que componham a estratégia de segurança do equipamento antifurto também deverão se processadas e armazenadas.

No caso de ativação do serviço de monitoramento/rastreamento, todas as informações de posicionamento e eventos armazenados deverão ser transmitidas à central de serviços contratada com a seguinte freqüência:

- \* Operação Normal - no mínimo uma vez a cada 24 horas e, se a ignição do veículo estiver desligada, por um período de pelo menos 7 dias;

- \* Evento - no mínimo a cada 5 minutos.

Será considerada como evento a violação da estratégia de proteção do veículo, definida pelo fabricante ou importador, com a utilização do equipamento antifurto, conforme apresentado no processo de homologação.

Aludidos atos normativos secundários impunham efetiva invasão ao direito à privacidade e à intimidade do cidadão proprietário de veículo automotor, porquanto permitiriam, a contragosto destes, que fossem rastreados e localizados aonde quer que estivessem, desde que em seus automóveis. E tudo isso a pretexto de proteger um bem disponível e menor, que é o direito patrimonial.

Pois bem, devido à avalanche de críticas, de manifestações contrárias ao procedimento e de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o Governo agiu e, por meio de seus órgãos administrativos descentralizados, editou a Portaria nº 253/09 DENATRAN, substituindo o anexo da Portaria nº 47/07 e fazendo as seguintes inovações:

## **ANEXO**

### **EQUIPAMENTO ANTIFURTO**

#### **1 - DEFINIÇÕES**

##### ***1.1 - Equipamento Antifurto***

1.1.1 Denomina-se equipamento antifurto aquele que apresenta as funções de bloqueio autônomo e bloqueio remoto de veículos.

Para veículos ciclomotores, motonetas, motocicletas, triciclos e quadriciclos, o bloqueio pode ser opcionalmente substituído por dispositivo de alerta sonoro e visual autônomo e alerta sonoro e visual remoto (Alarme sonoro e Luzes de emergência).

1.1.2 A função de localização é opcional, podendo ser adquirida pelo proprietário do veículo.

##### ***1.2 - Sistema de localização***

Denomina-se sistema de localização aquele que disponibiliza informações de posicionamento geográfico.

##### ***1.3 - Bloqueio***

Entende-se por bloqueio a característica de impedir o funcionamento do veículo.

#### **2 - DO EQUIPAMENTO**

##### ***2.1 - Função***

O equipamento antifurto deverá obrigatoriamente executar as funções de bloqueio autônomo (local), bloqueio remoto e deverá também ter integrado módulo de comunicação, que permita, posteriormente a contratação do serviço, ao equipamento antifurto receber comandos de bloqueio remoto ou alarmes sonoro e visual remoto (somente para ciclomotores, motonetas, motocicletas, triciclos e quadriciclos). A tecnologia adotada pelo módulo de comunicação deve permitir o recebimento dos comandos em toda área de cobertura de telecomunicações nacional.

Sobre as funções de bloqueio, de alarme sonoro e de localização, assim constou:

#### **3 - DA FUNÇÃO DE BLOQUEIO, ALARME SONORO E VISUAL E LOCALIZAÇÃO**

***3.1 - Função de Bloqueio (autônomo e remoto)***

A função de bloqueio deverá obrigatoriamente sair de fábrica funcional e sempre que acionada, proporcionar segurança adequada ao veículo.

O bloqueio deve ser autônomo, ativado localmente pelo usuário ou pelo próprio veículo através de dispositivos de sensoriamento, e remoto que será ativado através do recebimento de comando de bloqueio por autorização expressa do proprietário do veículo.

A concretização do bloqueio do veículo só poderá ocorrer nas condições em que o mesmo não se encontre em movimento, eliminando desta forma a possibilidade de acidentes.

***3.2 - Função Alarme Sonoro e Visual (autônomo e remoto)***

A função alerta sonoro e visual deverá, obrigatoriamente, sair de fábrica funcional e, sempre que acionada, proporcionar segurança adequada ao veículo.

Para ciclomotores, motonetas, motocicletas, triciclos e quadriciclos, essa função visa ativar o dispositivo de alerta sonoro e visual em caso de acesso indevido ao veículo.

A função alerta sonoro e visual pode ser ativada localmente através de sensores, ou por controle remoto, chave do veículo, dispositivos magnéticos, etc. A ativação local aciona o alerta autônomo.

Nos casos de telecomandos, visando à ativação do dispositivo de alerta sonoro e visual para ciclomotores, motonetas, motocicletas, triciclos e quadriciclos, essa funcionalidade pode ocorrer com o veículo em movimento, independentemente do estado de ignição.

***3.3 - Função de Localização (quando opcionalmente adquirida pelo proprietário do veículo)***

Não será permitida a ativação da função de localização, por parte de provedores de serviços de monitoramento e localização, sem o prévio conhecimento e anuênciam por escrito do proprietário do veículo.

O equipamento antifurto, uma vez habilitada a função de localização, deverá enviar informações precisas sobre seu posicionamento e sobre eventos relacionados à segurança do veículo à central de serviços.

Percebe-se que a grande inovação foi a retirada da função de *rastreamento* e a inserção do sistema de *localização*, este a ser ativado mediante conhecimento e anuênciam por escrito do proprietário do veículo.

Todavia, em sua essência *rastrear* e *localizar* indicam a mesma coisa, pois ambos referem-se à possibilidade de encontrar o veículo - e por corolário seu condutor - aonde quer que esteja. De acordo com o dicionário Aurélio, rastrear tem origem no vocábulo rastejar, que por sua vez indica o ato de "seguir o rastro ou a pista de", "investigar, inquirir, indagar, rastrear". Por sua vez, localizar importa determinar o local, "inteirar-se do paradeiro de".

Não restam dúvidas. Seja rastreando, seja localizando, o desiderato da norma é a localização do veículo automotor. E isso tudo para o fim de atender ao comando legal da LC nº 121/06 de prevenir e reprimir o furto e roubo de veículos e de cargas.

Em outras palavras, o Estado, reconhecendo a sua ineficiência no combate ao crime, quer instituir um mecanismo de controle da liberdade individual de seus cidadãos! Sob o manto da proteção patrimonial, subjuga-se direitos mais relevantes e mais caros à sociedade, como os direitos à privacidade e à intimidade.

Fere de morte, ao meu aviso, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III, CF). Sobre este assunto, oportuno transcrever a preciosíssima lição do jovem professor Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que

traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. (*Constituição do Brasil Interpretada*, 2<sup>a</sup> edição, Atlas, pág. 128/129)

Adotando-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, colocou-se “a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico” (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Celso Bastos Editora, 2002, pág. 249).

A lição supra coaduna-se perfeitamente com o caso aqui tratado, onde o direito econômico relacionado ao patrimônio está sendo colocado num patamar acima daquele inerente à privacidade do cidadão.

Não se quer aqui, que fique bem claro, afirmar que o direito à privacidade se reveste de caráter absoluto e não cede sob nenhuma perspectiva. Pelo contrário, uma vez que apesar de se tratar de um direito fundamental, a privacidade não goza do atributo da indisponibilidade. Mas, sabem-se, os direitos fundamentais só podem ser renunciados temporariamente e, ainda assim, desde que não afete a dignidade humana.

Ora, já vimos que a imposição de instalação de sistema de localização, rastreamento ou similar importa violação ao direito à privacidade, este como corolário da dignidade da pessoa humana. Com isso, tem-se que eventual renúncia do direito à privacidade deveria partir de seu titular, no caso o proprietário do veículo automotor, e não por parte do Estado que não titulariza aludido direito.

Ou seja, cabe ao proprietário do veículo decidir se quer ou não instalar mecanismo de proteção patrimonial, ciente das vantagens e desvantagens de sua decisão. Não pode o Estado intrometer-se na esfera particular e decidir pelo proprietário.

A autodeterminação individual decorre do Estado Democrático de Direito. Por ela, garante-se ao indivíduo o direito de perseguir os fins e objetivos que entende melhores para sua vida, inclusive renunciando àqueles que entendem convenientes e que impedem ou embaraçam o seu projeto.

A proteção patrimonial deve ficar a cargo do dono. Compete a ele, e tão somente a ele, decidir como, quando e quais bens quer proteger. Descabe a pretensão estatal de impor a um bem disponível a forma como será efetuada a sua proteção pelo particular, tampouco arvorar o bem privado em instrumento de segurança pública.

Por fim, anoto que o fato de o localizador somente ser habilitado por expressa vontade do consumidor não retira o caráter de impositividade e de ingerência indevida do Estado sobre a vida do cidadão. Afinal, como bem pontuou o I. Representante do *Parquet*, o Estado pode exigir equipamentos ou acessórios obrigatórios em um veículo quando estes se referirem à saúde e à segurança corporal dos usuários do bem, mas, por ser um bem consumível disponível, não se pode impor aparelhamento cuja funcionalidade seja exatamente impedir a sua disposição.

Sob todos os aspectos acima mencionados, entendo que a adoção da medida excepcional

de monitoramento indiscriminado de todos os cidadãos proprietários de veículos automotores configura-se medida exacerbada, viola o direito fundamental de privacidade e intimidade, além de afrontar sobremaneira o princípio da razoabilidade ao transpassar para o particular o ônus de zelar pela segurança pública.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

**CAUTELAR INOMINADA  
0027948-77.2009.4.03.0000  
(2009.03.00.027948-2)**

Requerente: JÔNI VIEIRA COUTINHO

Requerida: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: CauInom 6732

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2014

**EMENTA**

**ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR COMPELIDO A SE EXONERAR. ARTIGO 2º, XI, LEI 10.559/02. ANISTIA. READMISSÃO. AÇÃO CAUTELAR PROCEDENTE.**

I - Do conjunto de provas apresentadas, documentais e testemunhais, resta incontrovertido que o autor efetivamente foi designado para atuar como infiltrado junto ao movimento estudantil da UFMT, com a finalidade precípua de acompanhar as atividades do Partido dos Trabalhadores. Para cumprir o intento, as testemunhas confirmam que o autor, que não possuía círculo social na cidade, passou a ter uma vida dupla de pouco convívio com os colegas policiais, e com a incumbência de imiscuir-se ao máximo nas atividades daquele partido com o intuito de repassar informações estratégicas aos seus superiores.

II - Inquestionável que a própria natureza de suas designações exigia um estreitamento das relações com as pessoas que acompanhava. Inconteste que tais atividades podem provocar elevado desgaste emocional, apresentando riscos de ordem psicológica, moral e ética para aqueles que as exercem. Os relatos de que outro agente, que exercia funções semelhantes, chegou a ter uma crise de nervos, sendo conduzido ao Hospital Santa Casa, de onde pulou da janela do 2º andar, são significativas nesse sentido. A prova testemunhal confirma, e não pareceria dubitável, a constatação de que a designação para as atividades citadas acontecia por decisão superior, e de que não seria razoável afirmar categoricamente que os designados que não concordassem com tal ordem devessem oferecer resistência aos seus superiores.

III - Há que se considerar o contexto de exceção no qual a situação em testilha se desenvolveu. Depreende-se dos autos que o autor já era casado, apesar de muito jovem, quando tornou-se Agente da Polícia Federal. Quiçá exatamente por ser jovem, por um lado, tinha o perfil ideal para atuar infiltrado no movimento estudantil, mas por outro, é possível dizer que suas opiniões e convicções ainda estavam em formação em decorrência de sua pouca experiência. Ainda que o mesmo tivesse opiniões políticas claras e distintas daquelas predominantes em seu ambiente de trabalho, seria compreensível que não apresentasse escusas de consciência naquele contexto, tanto mais por ser jovem, estar em estágio probatório, ser casado e estar vivendo em local no qual não tinha raízes.

IV - Não é despiciendo considerar que a sociedade brasileira passava por profundas transformações na década de oitenta, e que se vários dos partidos e atores políticos

daquele contexto seriam de grande importância para a redemocratização e para a dinâmica política brasileira ainda hoje, à época suas atividades, não raro, eram estigmatizadas como “subversivas” ou até mesmo “terroristas”.

V - Por todo exposto, não há porque indagar da veracidade quando o autor afirma, e as testemunhas confirmam, que, imerso no ambiente político e no convívio único e constante com as pessoas que deveria vigiar, o autor tenha acabado por se tornar simpático às ideias e práticas daquelas. As testemunhas, que eram colegas de trabalho do autor à época, alguns dos quais exercendo atividades semelhantes às suas pelo DOPS e permanecendo na instituição por longa data, afirmam não ter presenciado cenas nas quais o autor tenha sido ridicularizado por colegas ou ex-companheiros políticos após cessarem suas atividades de infiltração. Por outro lado, apontam que o retorno de Joni lhe causou situação constrangedora, que havia uma certa discriminação com os colegas que trabalhavam infiltrados, que havia uma certa rejeição, como se fossem estranhos no ninho, que houve certa discriminação pelo fato de o autor ter se filiado ao PT. As mesmas testemunhas não entendem que o alto escalão da administração pública tenha levado o autor a se exonerar, não estabelecem relação do pedido de exoneração do autor com o regime político da época, desconhecem qualquer fato que implique em perseguição que o autor tenha sofrido por seus superiores à época dos fatos, e relacionam o pedido de exoneração do autor à inércia ou negativa da Administração pública no tocante ao atendimento do seu pedido de remoção. Ao mesmo tempo, apontam que na volta de Joni ficou decidido que trabalharia em funções administrativas para resguardo de sua situação, mas que, na visão de um dos depoentes, deveria ser lotado em outra localidade, o que não ocorreu. Referem que Joni pediu remoção para Campo Grande, mas o pedido teve tramitação demorada, atribuindo a essa demora e à situação vivida por Joni o seu pedido de exoneração.

VI - Em que pese o fato de as testemunhas não concluírem pela perseguição política do autor, há que se considerar que os mesmos eram seus colegas de instituição, que não comungam necessariamente de sua percepção dos fatos, nem vivenciaram experiência semelhante àquela que aqui se discute, além de reconhecerem o convívio reduzido com o mesmo. A testemunha que também atuava como infiltrado relata ter sido removido *ex officio* em determinada oportunidade, o que constitui um indício a sustentar a afirmação do autor de que essa era a praxe para a proteção dos agentes após o encerramento das práticas de infiltração. A testemunha que também atuava como infiltrado relata ter sido removido *ex officio* em determinada oportunidade, o que constitui um indício a sustentar a afirmação do autor de que essa era a praxe para a proteção dos agentes após o encerramento das práticas de infiltração. Ao negar ou protelar a análise de um pedido de remoção formulado dentro do que já era a praxe oficial da instituição para os agentes infiltrados, é possível concluir, no contexto exposto, que o autor foi compelido a se exonerar. Importa salientar que apontam elementos suficientes para confirmar a natureza e as condições da infiltração, as circunstâncias do término das mesmas e do início das atividades administrativas, a discriminação sofrida em razão de suas atividades e opiniões, bem como as negativas ou a inércia da administração para atender os sucessivos pedidos de licença e remoção, culminando com a exoneração a pedido do autor.

VII - Entendo estarem comprovados os requisitos do artigo 2º, XI da Lei 10.559/02. Deste modo é de se determinar a readmissão do autor no cargo de Agente de Polícia Federal, classe especial da carreira, nos termos do paradigma conforme documentos

de fls. 38/42.

VIII - Honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

IX - Ação cautelar procedente.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, julgar procedente a ação cautelar, determinando a readmissão do autor, nos termos do voto do Relator, sendo que o Juiz Federal Convocado Carlos Francisco ressalvou seu entendimento sobre a inadequação da medida cautelar pela sua natureza satisfativa.

São Paulo, 13 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Vistos.

Trata-se de medida cautelar originária, com pedido de liminar, interposta por Jônio Vieira Coutinho contra a União Federal, objetivando o reconhecimento de anistia política para que seja reintegrado no cargo de Agente de Polícia Federal, com posicionamento funcional nos termos do artigo 6º, § 4º da Lei 10.559/02.

A parte Autora sustenta, em síntese, que a matéria tratada, anistia política, não pode obter o rigor que a Lei Processual impõe aos demais processos, devendo ser adotada a mesma interpretação dada no âmbito do Ministério da Justiça, segunda a qual “o processo de requerimento de anistia será orientado pelos critérios de simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Quando não for exigida prova concreta das alegações do requerente, suas declarações poderão ser consideradas”. Afirma que o artigo 8º, *caput* e § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências, veio em socorro às pretensões do requerente no sentido de que reconhece a todo aquele que tenha sofrido perseguições políticas (patrulhamento ideológico) após 1979, o direito à readmissão no serviço público. Argúi que pelo artigo 2º, XI da Lei 10.559/02, pode se verificar com nitidez o direito do recorrente. Refere que o DPF ao não remover, conforme combinado, o recorrente após a *atividade de infiltração* nos meios políticos de esquerda que durou cinco anos, não atender o seu pedido de remoção da cidade de Cuiabá, não atender seu pedido de licenciamento por dois anos para que pudesse aliviar-se da pressão psicológica negativa adquirida pela atividade, ter rebaixado o requerente para uma atividade não condizente com sua formação policial e universitária e tê-lo submetido ao trabalho em sua sede sem nenhuma preocupação com os antigos alvos, tudo isso demonstra que o recorrente foi vítima de um patrulhamento político ideológico (perseguição política), ficando estampado (público e notório) que ele foi compelido ao afastamento de suas atividades remuneradas. Argumenta que o magistrado, ao julgar a ação principal, demonstra que não estava no serviço público na época da ditadura militar, desconhecendo que as pressões políticas sofridas pelo recorrente se confundem com as pressões psicológicas. Aponta que o DPF, ao não conceder sua legítima remoção, forçou sua exoneração a pedido, sem evidenciar a torpeza dos reais motivos para afastá-los do serviço público.

**Pedido liminar indeferido às fls. 28/28v.**

A União apresentou contestação às fls. 34/38v, apontando, preliminarmente, a falta de interesse de agir, uma vez que o requerente ajuizou ação ordinária na primeira instância requerendo o mesmo pedido dessa cautelar, e o juiz julgou improcedente o pedido. Dessa decisão o requerente apelou, amparado no sistema recursal do processo civil brasileiro. O recurso é o meio de impugnação da decisão judicial dentro do mesmo processo em que proferida aquela. Portanto, não possui interesse em ingressar com uma cautelar para requerer o mesmo pleito apresentado em primeira instância, que em sede de cognição exauriente, já decidiu pelo não provimento. Aponta a falta dos requisitos para a ação cautelar, uma vez que não logrou demonstrar porque a Lei 10.559/02 incidiu no seu caso, sendo que seu afastamento se deu porque ele mesmo quis, motivações particulares, não por perseguição política. Outrossim, faz-se necessária a declaração de anistiado para que o requerente usufrua dos benefícios concedidos pela lei. Afirma que o autor carece do direito judicialmente argüido, já que a fundamentação do pleito alicerça-se em linha de raciocínio sofismática, a qual busca evidenciar uma situação concreta diversa da realidade dos fatos que deram ensejo à presente ação.

O autor apresentou “impugnação à contestação” às fls. 43/44, e juntou documentos às fls. 45/47.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

**VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): O autor fundamenta seu pedido no artigo 8º, *caput* e § 5º do ADCT, bem como no artigo 2º, XI da Lei 10.559/02:

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.

Art. 2º - São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram:

XI - desligados, licenciados, expulsos ou de qualquer forma compelidos ao afastamento de suas atividades remuneradas, ainda que com fundamento na legislação comum, ou decorrentes de expedientes oficiais sigilosos.

No caso dos autos, o apelante apontou que era servidor público federal, integrado por concurso público aos quadros do Departamento de Polícia Federal como Agente de Polícia Federal, tendo realizado curso de informação e contra-informação da Academia Nacional de Polícia. Sustentou que foi designado para prestar serviços de infiltrado junto ao Partido dos Trabalhadores e em outras organizações políticas e sociais, ficando privado das amizades de colegas do DPF e obrigado a criar uma história de cobertura. Referiu que após cinco anos de infiltrado, após concluir o curso de Direito e não aguentar sua vida dupla, requereu sua transferência, mas seu superior determinou que deveria prestar serviços internos na própria Superintendência do DPF, o que interpreta como rebaixamento funcional e patrulhamento político velado. Afirmou que em razão de ter assimilado parte da ideologia do PT passou por um vendaval de ideias e dúvidas a respeito da legitimidade da atuação do órgão em que prestava serviço, sentindo que havia traído a confiança dos “companheiros petistas”, que passaram a ridicularizá-lo e ofendê-lo, e que estava em vias de trair o DPF em razão daquele patrulhamento. Arguiu que foi compelido pelas circunstâncias desfavoráveis a pedir exoneração do cargo.

A situação descrita pelo autor pretende apontar a incidência do artigo 2º, XI da Lei 10.559/02, o que o tornaria anistiado político pela hipótese de ter sido compelido ao afastamento de suas atividades remuneradas por motivação exclusivamente política.

O MM. Juiz entendeu que a controvérsia no caso estaria restrita a verificar a efetiva ocorrência do alegado patrulhamento ideológico, concluindo que o autor não comprovou suas alegações.

O autor logrou demonstrar às fls. 22/24 que requereu sucessivamente licença para trato de interesses particulares, pedido de remoção sem ônus para a administração, em razão do período em que trabalhou infiltrado, e, finalmente, pedido de exoneração em decorrência do indeferimento dos requerimentos anteriores.

Diógenes Gomes Curado Filho, Delegado de Polícia Federal, ao ser inquirido como testemunha nos presentes autos (fls. 15/16), informou, entre outros fatos, que:

(...) o autor Joni Vieira Coutinho era APF e estava infiltrado no movimento estudantil e em partidos políticos (...)  
 que logo depois Joni retornou as suas atividades normais na PF e em seguida pediu sua exoneração, (...)  
 que na volta de Joni ficou decidido que trabalharia em funções administrativas para resguardo de sua situação, (...)  
 que o retorno de Joni lhe causou situação constrangedora, (...)  
 que Joni pediu remoção para Campo Grande, mas o pedido teve tramitação demorada (...)  
 que atribui a essa demora à situação vivida por Joni o seu pedido de exoneração (...)  
 que Joni, quando infiltrado se filiou ao PT (...)  
 que, ao que se recorda, Joni tomou gosto pela militância política e inclusive usava camisa com a estrela do PT (...)  
 que, no retorno de Joni, na visão do depoente, deveria ser lotado em outra localidade, o que não ocorreu.

Respondeu negativamente quando perguntado se houve perseguição ao autor por ocasião de volta à PF,

(...) mas que houve certa discriminação pelo fato de ter se filiado ao PT (...)  
 que não tem conhecimento de que o autor era ridicularizado ou ofendido pelos colegas de trabalho ou pelos companheiros petistas (...)

que não entende que o alto escalão da administração pública tenha levado o autor a se exonerar (...)

que atribui tal fato à situação acima relatada, destacando a inércia da Administração pública no tocante ao atendimento do seu pedido de remoção.

**Pedro Balata Filho, Agente de Polícia Federal, ao ser inquirido como testemunha nos presentes autos (fls. 17/18), informou, entre outros fatos, que:**

(..) que Joni e mais alguns colegas foram infiltrados em movimentos, sendo que a Joni coube o movimento estudantil da UFMT (...)

que os partidos estavam infiltrados no movimento estudantil (...)

que não presenciou o autor ser ridicularizado ou ofendido por seus companheiros de trabalho, bem como pelos antigos companheiros de partido

que não sabe se o autor chegou a se filiar ao PT e se usava camisa daquele partido (...)

que havia uma certa discriminação com os dois colegas que trabalhavam infiltrados (...)

que havia uma certa rejeição, como se ambos fossem estranhos no ninho

que não sabe se pediu exoneração ou se foi desligado da PF independentemente de sua vontade (...)

que a polícia naquele tempo sem ouvir o interessado colocava-os em situação como a do autor (...)

que Joni já era casado e muito moço e que a sua situação de infiltrado não permitia contato com os colegas e familiares (...)

que outro infiltrado (...) seria o APF Uchoa (...)

que Uchoa, no tempo em que esteve infiltrado teve uma crise de nervos e foi conduzido ao Hospital Santa Casa, que, em momento de desespero, pulou da janela do 2º andar, sofrendo fraturas.

**Carlos Georges de Carvalho Davin, Agente de Polícia Federal, ao ser inquirido como testemunha nos presentes autos (fls. 20/21), informou, entre outros fatos, que:**

(..) que as atribuições do autor na PF era de serviço externo em razão da situação política da época e consistia no acompanhamento do PT (...)

que o acompanhamento do PT tem o mesmo sentido de serviços de infiltração (...)

que o movimento estudantil não era só acompanhado pelo autor, mas ele fazia parte dele (...)

que se recorda bem que Joni ao retornar à PF ficou trabalhando no setor de telecomunicações (...)

que tinha pouca conversa com Joni (...)

que nunca presenciou qualquer fato de colegas da PF discriminarem Joni depois do seu retorno às atividades da PF, bem como nunca presenciou ou teve conhecimento de que o autor tenha sido ridicularizado ou ofendido por antigos companheiros petistas (...)

que não estabelece relação do pedido de exoneração do autor com o regime político da época, também conhecido por ditadura militar (...)

que desconhece qualquer fato que implique em perseguição que o autor tenha sofrido por seus superiores à época dos fatos (...)

que perguntado se tinha conhecimento de que o autor tenha se filiado ao PT, respondeu desconhecer, bem como nada sabendo se Joni havia aderido à ideologia petista (...)

que o ingressar na PF foi designado para o DOPS, onde permaneceu até o ano de 1983, quando foi removido *ex officio* para Foz do Iguaçu.

Perguntado o que fazia no DOPS, respondeu “eu prefiro não dizer”, à pergunta se a

testemunha participou, também, do procedimento de infiltração, respondeu que preferia não responder. Afirmando, por fim:

(...) que não tem conhecimento se o autor participou de cargo de direção do PT depois de sua exoneração.

Do conjunto de provas apresentadas, documentais e testemunhais, resta incontroverso que o autor efetivamente foi designado para atuar como infiltrado junto ao movimento estudantil da UFMT, com a finalidade precípua de acompanhar as atividades do Partido dos Trabalhadores.

Para cumprir o intento, as testemunhas confirmam que o autor, que não possuía círculo social na cidade, passou a ter uma vida dupla de pouco convívio com os colegas policiais, e com a incumbência de imiscuir-se ao máximo nas atividades daquele partido com o intuito de repassar informações estratégicas aos seus superiores.

Inquestionável que a própria natureza de suas designações exigia um estreitamento das relações com as pessoas que acompanhava. Inconteste que tais atividades podem provocar elevado desgaste emocional, apresentando riscos de ordem psicológica, moral e ética para aqueles que as exercem. Os relatos de que outro agente, que exercia funções semelhantes, chegou a ter uma crise de nervos, sendo conduzido ao Hospital Santa Casa, de onde pulou da janela do 2º andar, são significativas nesse sentido.

A prova testemunhal confirma, e não pareceria dubitável, a constatação de que a designação para as atividades citadas acontecia por decisão superior, e que não seria razoável afirmar categoricamente que os designados que não concordassem com tal ordem devessem oferecer resistência aos seus superiores.

Há que se considerar o contexto de exceção no qual a situação em testilha se desenvolveu. Depreende-se dos autos que o autor já era casado, apesar de muito jovem quando tornou-se Agente da Polícia Federal. Quiçá exatamente por ser jovem, por um lado, tinha o perfil ideal para atuar infiltrado no movimento estudantil, mas por outro, é possível dizer que suas opiniões e convicções ainda estavam em formação em decorrência de sua pouca experiência. Ainda que o mesmo tivesse opiniões políticas claras e distintas daquelas predominantes em seu ambiente de trabalho, seria comprensível que não apresentasse escusas de consciência naquele contexto, tanto mais por ser jovem, estar em estágio probatório, ser casado e estar vivendo em local no qual não tinha raízes.

Não é despiciendo considerar que a sociedade brasileira passava por profundas transformações na década de oitenta, e que se vários dos partidos e atores políticos daquele contexto seriam de grande importância para a redemocratização e para a dinâmica política brasileira ainda hoje, à época suas atividades, não raro, eram estigmatizadas como “subversivas” ou até mesmo “terroristas”.

Por todo exposto, não há porque se indagar da veracidade quando o autor afirma, e as testemunhas confirmam, que, imerso no ambiente político e no convívio único e constante com as pessoas que deveria vigiar, o autor tenha acabado por se tornar simpático às ideias e práticas daquelas.

As testemunhas, que eram colegas de trabalho do autor à época, alguns dos quais exercendo atividades semelhantes às suas pelo DOPS e permanecendo na instituição por longa data, afirmam não ter presenciado cenas nas quais o autor tenha sido ridicularizado por colegas ou ex-companheiros políticos após cessarem suas atividades de infiltração.

Por outro lado, apontam que o retorno de Joni lhe causou situação constrangedora, que havia uma certa discriminação com os colegas que trabalhavam infiltrados, que havia uma certa rejeição, como se fossem estranhos no ninho, que houve certa discriminação pelo fato de o autor ter se filiado ao PT.

As mesmas testemunhas não entendem que o alto escalão da administração pública tenha levado o autor a se exonerar, não estabelecem relação do pedido de exoneração do autor com o regime político da época, desconhecem qualquer fato que implique em perseguição que o autor tenha sofrido por seus superiores à época dos fatos, e relacionam o pedido de exoneração do autor à inércia ou negativa da Administração pública no tocante ao atendimento do seu pedido de remoção.

Ao mesmo tempo, apontam que na volta de Joni ficou decidido que trabalharia em funções administrativas para resguardo de sua situação, mas que, na visão de um dos depoentes, deveria ser lotado em outra localidade, o que não ocorreu. Referem que Joni pediu remoção para Campo Grande, mas o pedido teve tramitação demorada, atribuindo a essa demora e à situação vivida por Joni o seu pedido de exoneração.

Em que pese o fato de as testemunhas não concluírem pela perseguição política do autor, há que se considerar que os mesmos eram seus colegas de instituição, que não comungam necessariamente de sua percepção dos fatos, nem vivenciaram experiência semelhante àquela que aqui se discute, além de reconhecerem o convívio reduzido com o mesmo. A testemunha que também atuava como infiltrado relata ter sido removido *ex officio* em determinada oportunidade, o que constitui um indício a sustentar a afirmação do autor de que essa era a praxe para a proteção dos agentes após o encerramento das práticas de infiltração. Ao negar ou protelar a análise de um pedido de remoção formulado dentro do que já era a praxe oficial da instituição para os agentes infiltrados, é possível concluir, no contexto exposto, que o autor foi compelido a se exonerar.

Importa salientar que as testemunhas apontam elementos suficientes para confirmar a natureza e as condições da infiltração, as circunstâncias do término das mesmas e do início das atividades administrativas, a discriminação sofrida em razão de suas atividades e opiniões, bem como as negativas ou a inércia da administração para atender os sucessivos pedidos de licença e remoção, culminando com a exoneração a pedido do autor.

Por todo exposto, entendo estarem comprovados os requisitos do artigo 2º, XI da Lei 10.559/02.

Fixo os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação cautelar, determinando a readmissão do autor, na forma da fundamentação acima.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator



# Direito Ambiental





**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0007841-72.2010.4.03.6112**  
**(2010.61.12.007841-2)**

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, JOÃO DA SILVA MESQUITA E SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA

Apelados: OS MESMOS, JOSE CARLOS GUARINOS E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: AC 1751528

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2014

**EMENTA**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. RANCHO DE LAZER CONSTRUÍDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MARGEM ESQUERDA DO RIO PARANÁ, A 1,50 METROS DO CURSO D'ÁGUA), EM GLEBA LOTEADA CLANDESTINAMENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DOS RÉUS. RESPEITO A POSTURAS PROTETIVAS DO MÉDIO AMBIENTE EDITADAS PELAS AUTORIDADES COMPETENTES: OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. O CONAMA É O ÓRGÃO COMPETENTE PARA DELIBERAR SOBRE O TEMA (APPs). MANTIDA A CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: DEMOLIÇÃO NECESSÁRIA PARA A RECOMPOSIÇÃO FLORESTAL (MATA ATLÂNTICA). A CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E INDENIZAR, EMBORA POSSÍVEL, NÃO É OBRIGATÓRIA (CASO EM QUE PODE SER DISPENSADA). REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA DESPROVIDA E RECURSOS VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS.

1. Apelações interpostas pelos réus, pelo Ministério Público Federal e pela União Federal contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ambiental, com pedido de tutela antecipada ratificada.

2. Os réus são possuidores de um rancho de lazer construído em perímetro rural irregularmente loteado como área urbana, na margem esquerda do Rio Paraná, no município de Rosana/SP, considerado Área de Preservação Permanente/APP nos termos dos artigos 2º, V, a, da Lei nº 4.771/65 e 3º, I, e, da Resolução CONAMA nº 303/2002.

3. De acordo com a perícia realizada pela Secretaria do Meio Ambiente/Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais e com Relatório Técnico Ambiental do IBAMA, a edificação existente, situada a 1,50 metros da margem esquerda do Rio Paraná, impede a formação florestal da Mata Atlântica, cuja recomposição depende da total desocupação do local.

4. A jurisprudência do STJ já sedimentou o entendimento de que "... os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa

ou conexão causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente ..." (AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

5. O Conselho Nacional do Meio Ambiente/CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente/SISNAMA, foi instituído pela Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90. Indiscutível, portanto, sua competência para editar resoluções acerca dos parâmetros, definições e limites de APP. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1183018/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 7/5/2013; REsp 994881/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 16/12/2008).

6. Afastada a alegação dos réus de que o Poder Público nunca se manifestou sobre as irregularidades apontadas. A leniência das autoridades locais que permitiram a instalação de um bairro às margens do rio - sugestivamente batizado de "Beira Rio" - não se presta para convalidar uma situação de degradação ambiental.

7. Correta a condenação dos réus à reparação do dano ao meio ambiente, nos termos da sentença, o que inclui - em apertada síntese - a demolição da construção, com remoção do entulho para local apropriado; a recomposição da cobertura florestal, mediante plantio de vinte e cinco mudas de espécies nativas da região; a incidência de multa diária de R\$ 500,00, em caso de descumprimento.

8. A ordem de demolição não é desproporcional e sem razoabilidade, mas necessária à reparação do dano ambiental causado pela construção desautorizada e ilegal em APP, decorrente do loteamento clandestino dessa faixa de terra. As fotografias juntadas aos autos retratam um barracão de alvenaria sem reboco, mal cuidado, na beirada desbarrancada do rio - o que foi corroborado nas perícias realizadas. Ademais, constante o relatório do IBAMA, tudo indica que o rancho não possui fossa séptica e lança seus dejetos diretamente no rio, sem qualquer tipo de tratamento, por meio de uma tubulação fora dos padrões técnicos recomendados.

9. No que tange ao dever de indenizar, o STJ firmou entendimento, muito bem explicitado no julgamento do REsp 1198727/MG, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, de que a condenação - cumulativa e simultânea - em obrigações de fazer, não fazer e indenizar, calcada nos princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e do usuário-pagador, não configura *bis in idem*.

10. De outro lado, o STJ também sedimentou que a cumulação de obrigações de fazer, não fazer e indenizar embora possível, não é obrigatória, dependendo das especificidades de cada caso (STJ - REsp 1319039/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 16/4/2013; TRF3 - AC 02035494619944036104, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, 7/12/2011)

11. Na hipótese dos autos, a perícia técnica quantificou a recuperação da área em R\$ 3.622,00 e o dano ambiental em R\$ 52,16, tendo em vista o tamanho do terreno - 170,4 metros quadrados. Diante desse contexto, o Juízo sentenciante privilegiou o dever de reparar, sintetizado na demolição da construção e no reflorestamento da área, com imposição de multa diária em caso de descumprimento, em detrimento do dever de indenizar, não pela impossibilidade de cumulação, mas por considerá-lo descabido, desnecessário, ante a situação fática.

12. Remessa oficial tida por interposta, nos termos do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública c/c artigo 475, I, do Código de Processo Civil, desprovida, assim como as apelações.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, *negar provimento às APELAÇÕES e à REMESSA OFICIAL tida por interposta*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Tratam-se de APELAÇÕES interpostas por JOÃO DA SILVA MESQUITA e SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela UNIÃO FEDERAL contra a sentença que julgou *parcialmente procedente* a AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL, com pedido de tutela antecipada.

Narra a inicial, em apertada síntese, que o *rancho de lazer* pertencente a JOSÉ CARLOS GUARINOS e ao casal JOÃO DA SILVA MESQUITA e SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA, situado no município paulista de Rosana, foi edificado de forma clandestina em Área de Preservação Permanente/APP, *a menos de 500 metros da margem esquerda do Rio Paraná, causando grave dano ambiental*.

Em razão desse fato, a PROCURADORIA DA REPÚBLICA em Presidente Prudente/SP, ingressou com a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA objetivando, liminarmente, obrigar a parte ré a (1) não iniciar, continuar ou concluir qualquer obra ou edificação, paralisando todas as atividades antrópicas; (2) não promover ou permitir a supressão de cobertura vegetal; (3) não conceder o uso do imóvel a qualquer interessado; (4) pagar multa diária de R\$ 500,00, em caso de descumprimento. No mérito, requereu que os réus fossem condenados a (5) não explorar o imóvel e a não promover ou permitir a supressão de cobertura vegetal; (6) *demolir todas as construções existentes*, retirando o entulho no prazo de trinta dias; (7) *recompor a cobertura florestal*, na forma especificada, apresentando projeto técnico no prazo de trinta dias; (8) *recolher em conta judicial a quantia necessária às restaurações*; (9) indenizar os danos ambientais causados; (10) pagar multa diária equivalente a um salário mínimo, no caso de descumprimento total ou parcial de qualquer das obrigações; (11) pagar custas e honorários periciais. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00, para efeitos meramente fiscais (fls. 2/32).

Em 3/12/2010, o feito foi distribuído a 2<sup>a</sup> Vara Federal de Presidente Prudente/SP, (fls. 234).

Em 6/12/2010, foi deferida a tutela liminar (fls. 238/239):

Parte dispositiva da decisão:

(..) Do exposto, defiro a medida liminar nos termos em que requerida, conforme discriminado a seguir:

- a). Imponho aos réus a obrigação de não-fazer consistente em abster-se de realizar novas construções em área de várzea e preservação permanente, devendo paralisar todas as atividades antrópicas ali empreendidas, mormente no que concerne a iniciar, dar continuidade ou concluir qualquer obra, ou edificação - incluindo-se a instalação de banheiros, fossas sépticas e aparelhos de lazer - bem como o despejo - no solo ou nas águas do Rio Paraná - de lixo

doméstico ou demais materiais e substâncias poluidoras;

b). Imponho à parte ré a obrigação de não-fazer consistente em abster-se de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, bem como a introdução e plantio de espécies vegetais exóticas no local;

c). Imponho aos réus a obrigação de se absterem de conceder o uso daquela área a qualquer interessado;

Comino, ainda, a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento desta ordem liminar judicial.

Citem-se e intimem-se, inclusive a União Federal e o IBAMA.

P. R. I.  
([www.jfsp.jus.br](http://www.jfsp.jus.br))

Em 25/1/2011, foi deferida a inclusão do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis/IBAMA e da UNIÃO FEDERAL no pólo ativo, na qualidade de assistentes litisconsorciais (fls. 245/246, 248/250, 264).

JOÃO DA SILVA MESQUITA e SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA apresentaram contestação, replicada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela UNIÃO FEDERAL (fls. 270/278, 283/297, 301/306).

JOSÉ CARLOS GUARINOS, devidamente intimado, não contestou a ação (fls. 262/263 e 281).

Em 3/11/2011 adveio a sentença que ratificou a liminar e julgou o pedido parcialmente procedente (fls. 311/316) da seguinte maneira:

**Parte dispositiva da sentença:**

(...) Ante o exposto, ratifico a liminar deferida às fls. 238/239 e acolho parcialmente o pedido inicial, para o fim de julgar parcialmente procedente a presente ação civil pública, condenando os requeridos:

Ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente do imóvel localizado na Avenida Erivelton Francisco de Oliveira, antiga Estrada da Balsa, nº 22-31, no Bairro Beira-Rio, município de Rosana, SP, bem como em abster-se de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente - CBRN ou IBAMA.

Ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em demolir todas as construções existentes nas áreas de várzea e preservação permanente inseridas no referido lote, e não previamente autorizadas pelos órgãos ambientais, providenciando, ainda, a retirada de todo o entulho para local aprovado pelo órgão ambiental, no prazo de 30 dias.

Ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote, no prazo de 06 meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratos culturais, pelo período mínimo de 02 anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela CBRN - Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais ou pelo IBAMA, marcando-se prazo para apresentação do projeto junto àqueles órgãos não superior a 30 dias.

Ao pagamento de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), multa essa a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, em caráter exclusivo comunitário, em caso de descumprimento total ou parcial da ordem judicial.

Indevida condenação em verba honorária. Se na ação civil pública o Ministério Público não paga honorários advocatícios, quando vencido, salvo se agir de má-fé, dentro de absoluta sim-

tria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o “parquet” beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes do STJ. Custas na forma da lei.

P. R. I.  
([www.jfsp.jus.br](http://www.jfsp.jus.br))

JOÃO DA SILVA MESQUITA e SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA, nas razões de APELAÇÃO, requerem a reforma da decisão, alegando que (1) a legislação ambiental é posterior a edificação do imóvel, *ocorrida há mais de vinte anos e longe do Rio Paraná*, cujo leito foi *alterado* para a construção de uma clausa; (2) o Poder Público nunca se manifestou acerca das supostas irregularidades apontadas; (3) o artigo 3º da Resolução nº 303, de 20/3/2002, do CONAMA, que estabelece a APP, é ilegal, pois cria direitos, obrigações e limitações não previstas em lei; (4) a obrigação de *demolir o imóvel é desproporcional e sem razoabilidade* (fls. 317/326).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas razões de APELAÇÃO, pleiteia a condenação dos réus a indenizar o dano ambiental causado (fls. 341/354).

A UNIÃO FEDERAL, nas razões de APELAÇÃO, também pleiteia a condenação dos réus a indenizar o dano ambiental causado, além de prequestionar a legislação mencionada (fls. 354/372).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a UNIÃO FEDERAL apresentaram contrarrazões, pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 329/339, 357/364).

O IBAMA não apelou e nem apresentou contrarrazões (fls. 374/v).

Decorreu *in albis* o prazo para as defesas apresentarem contrarrazões aos recursos do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da UNIÃO FEDERAL (fls. 374/v).

O feito foi distribuído nessa Corte em 5/6/2012, à relatoria do Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (fls. 378/v).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opinou pelo desprovimento do recurso dos réus e pelo provimento dos recursos do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da UNIÃO FEDERAL (fls. 381/387).

O feito foi redistribuído a essa relatoria por sucessão, em 22/10/2012.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHOMSOM DI SALVO (Relator): Inicialmente, dou por interposta a REMESSA OFICIAL, nos termos do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública c/c artigo 475, I, do Código de Processo Civil.

O caso dos autos diz respeito a um *rancho de lazer* pertencente a JOÃO DA SILVA MESQUITA, casado com SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA, e a JOSÉ CARLOS GUARINOS, construído sobre o que modernamente tornou-se *Área de Preservação Permanente/APP* na margem esquerda do Rio Paraná, na Avenida Erivelton Francisco de Oliveira, 22-31, bairro Beira Rio, município de Rosana/SP, alvo de auto de infração ambiental lavrado pela

Polícia Militar do Estado de São Paulo em 3/11/2006 (fls. 38/41).

De acordo com a perícia técnica realizada em 16/3/2007 pela Secretaria do Meio Ambiente/Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais, o rancho situa-se em perímetro rural irregularmente loteado, atualmente considerado APP nos termos dos artigos 2º, V, a, da Lei nº 4.771/65 e 3º, I, e, da Resolução CONAMA nº 303/2002. Concluiu-se que a edificação existente impede a formação florestal da Mata Atlântica e, portanto, deve ser demolida, para replantio de vinte e cinco mudas de espécies nativas da região (fls. 115/124).

JOÃO DA SILVA MESQUITA, em sede administrativa, afirmou que a construção de alvenaria, com dois cômodos, já existia à época da aquisição do rancho, em 14/1/2000, e teria sido edificada há mais de vinte anos. Aduziu, ainda, que ele e seu sócio nunca promoveram qualquer alteração no local, utilizado para lazer (fls. 40, 140/142).

Esses fatos deram origem a inquéritos civil e criminal.

A investigação sobre a prática do crime do artigo 48 da Lei nº 9.605/98 por JOÃO DA SILVA MESQUITA não redundou em denúncia e foi arquivada em 18/11/2008, pelo Juízo de Direito da Comarca de Rosana/SP (fls. 184/185).

O inquérito civil para apuração de eventual dano ambiental, instaurado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, foi encaminhado para a PROCURADORIA DA REPÚBLICA em Presidente Prudente/SP, dando origem ao procedimento preparatório nº 1.34.009.000466/2010-71, em 7/5/2010 (fls. 34/35).

Juntou-se o Auto de Constatação elaborado pelo *parquet* estadual em 16/12/2009, noticiando que o bairro Beira Rio em Rosana/SP, onde se situa o rancho, estava inundado (fls. 207/212).

Juntou-se, também, o relatório da 3ª Base de Bombeiros de Rosana/SP, acerca da Operação Enchente 2009, explicando que o bairro Beira Rio *foi inundado em razão da abertura das comportas* da Usina Hidroelétrica de Porto Primavera no Rio Paraná (fls. 213/225).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpôs a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, distribuída a 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP.

Em sede judicial, após o deferimento da tutela liminar, foi juntado o Relatório Técnico Ambiental do IBAMA, que vistoriou o rancho em 14/12/2010 (fls. 253/259).

Segundo a autarquia, a recomposição da APP, a partir do reflorestamento da Mata Ciliar, depende da total desocupação do local, inclusive da edificação, considerando que:

(1) se trata de um terreno em faixa dominial de APP do Rio Paraná, medindo 16 metros de largura por 10,65 metros de cumprimento (170,4 metros quadrados), onde existe uma construção de alvenaria com telha de amianto e piso de cimento, de 9,90 metros de largura por 7,15 metros de cumprimento (70,78 metros quadrados), o que corresponde a impermeabilização de 41,53% da área total;

(2) a edificação foi construída a 1,50 metros da margem esquerda do Rio Paraná, em relação ao nível da água, sem proteção da borda e seu entorno está totalmente desprovido de vegetação, o que propicia o desencadeamento de processo de erosão;

(3) o rancho serve-se de água distribuída por caminhões da prefeitura e lança seus dejetos diretamente no Rio Paraná, através de uma tubulação de PVC;

(4) não há sinal de instalação de fossa séptica.

Finda a instrução processual, adveio a sentença contra a qual se recorre.

É absolutamente insubstancial a alegação dos réus de que legislação ambiental é posterior

a edificação do imóvel, que teria ocorrido há mais de vinte anos e longe do Rio Paraná, cujo leito foi alterado para a construção de uma eclusa e, portanto, *o rancho e as construções já existiam quando as margens do rio, cujo curso foi alterado, se aproximaram do local.*

A perícia técnica comprovou que o rancho foi construído dentro de APP, especificamente a 1,50 metros da margem esquerda do Rio Paraná, de forma desautorizada e ilegal, eis que decorrente do *loteamento clandestino* dessa faixa de terra, hoje desprovida de vegetação nativa (fls. 115/124 e 253/259).

Está comprovado nos autos, apenas, que o casal JOÃO DA SILVA MESQUITA e SANDRA BALDINI CARDOSO MESQUITA e seu sócio JOSÉ CARLOS GUARINOS adquiriram o “imóvel e o terreno”, sem registro de propriedade, em 14/1/2000. É o que consta na cópia simples do “contrato de compra e venda de imóvel residencial”, que sequer discrimina a edificação existente à época da transação imobiliária (fls. 141/142).

Em outras palavras, não se sabe com segurança quando a construção de alvenaria, que ocupa 41,53% do terreno, foi erguida (fls. 253/259), de modo que as afirmações dos requeridos no sentido de que as edificações já existiam no local quando a margem do rio dele se aproximou, não pode ser tida como extreme de dúvidas; e tratando-se de fato que em tese poderia impedir ou modificar o pedido formulado na inicial, a prova haveria de ser feita pelos réus (art. 333, II, CPC).

De toda forma, essa situação seria é irrelevante, pois a jurisprudência do STJ já sedimentou o entendimento de que “... os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente ...” (AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

Nesse mesmo sentido:

**AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.**

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.

2. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ.

3. “A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem” (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O “novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes” (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode “ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio” (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

4. “O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispôs que, ‘se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário’, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas” (REsp 1237071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.5.2011).

5. Recurso Especial não provido.

(STJ - REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012)

**RECURSO ESPECIAL. FAIXA CILIAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.**

As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido.

Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens.

Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito.

*A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental.*

Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp 343.741/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 07/10/2002, p. 225)

É igualmente desprovida de razão a alegação de que o artigo 3º da Resolução CONAMA nº 303/2002 cria direitos, obrigações e limitações não previstos em lei.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente/CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente/SISNAMA, foi instituído pela Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90.

Dentre as competências do CONAMA estão o estabelecimento de normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao

uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos; o estabelecimento de sistêmática de monitoramento, avaliação e cumprimento das normas ambientais; a deliberação, sob a forma de resoluções, proposições, recomendações e moções, visando o cumprimento dos objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente ([www.mma.gov.br/conama](http://www.mma.gov.br/conama)).

Nesse contexto, foi publicada a Resolução CONAMA nº 303, de 20/3/2002, acerca dos parâmetros, definições e limites de APP. Confira-se seu artigo 3º, I, que limita a APP em faixa marginal:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

I - em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:

- a) trinta metros, para o curso d'água com menos de dez metros de largura;
- b) cinqüenta metros, para o curso d'água com dez a cinqüenta metros de largura;
- c) cem metros, para o curso d'água com cinqüenta a duzentos metros de largura;
- d) duzentos metros, para o curso d'água com duzentos a seiscentos metros de largura;
- e) quinhentos metros, para o curso d'água com mais de seiscentos metros de largura;

...

Indiscutível, portanto, que o rancho pertencente aos réus, situado a irrigários *1,50 metros da margem esquerda do Rio Paraná*, encontra-se em APP, e que o CONAMA é o órgão legalmente constituído para deliberar sobre o tema, em conformidade com a Política Nacional de Meio Ambiente.

Confira-se a jurisprudência do C. STJ a respeito desse assunto:

AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LAGOA ARTIFICIAL. USINA HIDROELÉTRICA DE MIRANDA. OBRA NECESSÁRIA AO USO DA ÁGUA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DETERMINAÇÃO PARA REMOÇÃO DE EDIFICAÇÕES ERGUIDAS NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSIBILIDADE.

1. A questão do proprietário ribeirinho ter direito à realização de obras para uso da água, constida no art. 80 do Código de Águas, quanto tenha sido objeto dos embargos de declaração opostos ao acórdão, não foi enfrentada pela Corte de origem. Ausente alegação de maltrato ao art. 535 do Estatuto Processual, incide na espécie a súmula 211/STJ.

2. A Corte Estadual, ao decidir pela remoção das edificações levantadas na área de preservação permanente ao redor do reservatório de água artificial da Represa de Miranda (Usina Hidrelétrica de Miranda), não discrepa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que “A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente” (REsp 194.617/PR), bem como que “possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente” (REsp 994.881/SC).

3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1183018/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 15/5/2013)

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OBRA EMBARGADA PELO IBAMA, COM FUNDAMENTO NA RESOLUÇÃO DO CONAMA N. 303/2002. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EXCESSO REGULAMENTAR. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 2º, ALÍNEA “F”, DO CÓDIGO FLORESTAL

NÃO-VIOLADO. LOCAL DA ÁREA EMBARGADA. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO.

1. O fundamento jurídico da impetração repousa na ilegalidade da Resolução do Conama nº 303/2002, a qual não teria legitimidade jurídica para prever restrição ao direito de propriedade, como aquele que delimita como área de preservação permanente a faixa de 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima.

*2. Pelo exame da legislação que regula a matéria (Leis 6.938/81 e 4.771/65), verifica-se que possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, não havendo o que se falar em excesso regulamentar.*

3. Assim, dentro do contexto fático delineado no acórdão recorrido, e, ainda, com fundamento no que dispõe a Lei nº 6.938/81 e o artigo 2º, “f”, da Lei nº 4.771/65, devidamente regulamentada pela Resolução Conama nº 303/2002, é inafastável a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que os limites traçados pela norma regulamentadora para a construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos.

4. É incontroverso nos autos que as construções sub judice foram implementadas em área de restinga, bem como que a distância das edificações está em desacordo com a regulamentação da Resolução Conama nº 303/2002. Para se aferir se o embargo à área em comento se deu apenas em razão de sua vegetação restinga ou se, além disso, visou à proteção da fixação de dunas e mangues, revela-se indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula nº 7, desta Corte.

5. Recurso especial não-conhecido.

(STJ - REsp 994881/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 9/9/2009)

Quanto à alegação de que o Poder Público nunca se manifestou acerca das supostas irregularidades apontadas, observo que a leniência das autoridades locais que permitiram a instalação de um bairro às margens do rio - sugestivamente batizado de “Beira Rio” - não se presta para convalidar uma situação de degradação ambiental.

*Correta, portanto, a condenação dos réus à reparação do dano ao meio ambiente*, nos termos da sentença, o que inclui - em apertada síntese - a demolição da construção ilegalmente erguida na Avenida Erivelton Francisco de Oliveira, 22-31, bairro Beira Rio, em Rosana/SP, com remoção do entulho para local apropriado; a recomposição da cobertura florestal, mediante plantio de vinte e cinco mudas de espécies nativas da região; a incidência de multa diária de R\$ 500,00, em caso de descumprimento. A saber:

Parte dispositiva da sentença:

(...) Ante o exposto, ratifico a liminar deferida às fls. 238/239 e acolho parcialmente o pedido inicial, para o fim de julgar parcialmente procedente a presente ação civil pública, condenando os requeridos:

Ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente do imóvel localizado na Avenida Erivelton Francisco de Oliveira, antiga Estrada da Balsa, nº 22-31, no Bairro Beira-Rio, município de Rosana, SP, bem como em abster-se de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente - CBRN ou IBAMA.

Ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em demolir todas as construções existentes nas áreas de várzea e preservação permanente inseridas no referido lote, e não previamente

autorizadas pelos órgãos ambientais, providenciando, ainda, a retirada de todo o entulho para local aprovado pelo órgão ambiental, no prazo de 30 dias.

Ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote, no prazo de 06 meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratos culturais, pelo período mínimo de 02 anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela CBRN - Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais ou pelo IBAMA, marcando-se prazo para apresentação do projeto junto àqueles órgãos não superior a 30 dias.

Ao pagamento de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), multa essa a ser recolhida ao Fundo Federal de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, em caráter exclusivo comunitário, em caso de descumprimento total ou parcial da ordem judicial.

Indevida condenação em verba honorária. Se na ação civil pública o Ministério Público não paga honorários advocatícios, quando vencido, salvo se agir de má-fé, dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o “parquet” beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes do STJ. Custas na forma da lei.

P. R. I.

([www.jfsp.jus.br](http://www.jfsp.jus.br))

Saliente-se que, ao contrário do que afirmam os requeridos, a ordem de demolição não é desproporcional e sem razoabilidade, mas necessária à reparação do dano ambiental causado pela *construção desautorizada e ilegal em APP*, decorrente do loteamento clandestino dessa faixa de terra.

As fotografias juntadas aos autos retratam um barracão de alvenaria sem reboco, mal cuidado, na beirada desbarrancada do rio - o que foi corroborado nas perícias realizadas. Ademais, consoante o relatório do IBAMA, tudo indica que o rancho - utilizado para o lazer de seus donos, residentes em outro município - não possui fossa séptica e lança seus dejetos diretamente no rio, sem qualquer tipo de tratamento, por meio de uma tubulação em PVC fora dos padrões técnicos recomendados (fls. 15/124, 120, 232, 253/259).

Por fim, no que tange ao *dever de indenizar* afastado na sentença e pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela UNIÃO FEDERAL em sede de apelação, observo que o STJ firmou entendimento de que, no âmbito da responsabilidade civil ambiental, não configura *bis in idem* a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, muito bem explicitado no julgado abaixo colacionado, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). *REDUCTION AD PRISTINUM STATUM*. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo

dano ecológico pretérito e residual.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação in natura do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de reprimir ação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer).

4. De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. Logo, eventual absolvição no processo criminal ou perante a Administração Pública não influí, como regra, na responsabilização civil, tirantes as exceções em *numerus clausus* do sistema legal, como a inequívoca negativa do fato ilícito (não ocorrência de degradação ambiental, p. ex.) ou da autoria (direta ou indireta), nos termos do art. 935 do Código Civil.

5. Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Assim, na interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), e do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Essa posição jurisprudencial leva em conta que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados).

6. Se o bem ambiental lesado for imediatamente restaurado ao *status quo ante* (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração in natura nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo do negócio”, acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo.

9. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível.

10. Essa degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadiço de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino ou intermediário), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (=

dano residual ou permanente), e c) o dano moral coletivo. Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica ilícita que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

11. No âmbito específico da responsabilidade civil do agente por desmatamento ilegal, irrelevante se a vegetação nativa lesada integra, ou não, Área de Preservação Permanente, Reserva Legal ou Unidade de Conservação, por quanto, com o dever de reparar o dano causado, o que se salvaguarda não é a localização ou topografia do bem ambiental, mas a flora brasileira em si mesma, decorrência dos excepcionais e insubstituíveis serviços ecológicos que presta à vida planetária, em todos os seus matizes.

12. De acordo com o Código Florestal brasileiro (tanto o de 1965, como o atual, a Lei 12.651, de 25.5.2012) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a flora nativa, no caso de supressão, encontra-se uniformemente protegida pela exigência de prévia e válida autorização do órgão ambiental competente, qualquer que seja o seu bioma, localização, tipologia ou estado de conservação (primária ou secundária).

13. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).

14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur*.

(STJ - REsp 1198727/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 09/05/2013)

Por outro lado, extrai-se desse mesmo julgado que a condenação - *cumulativa e simultânea* - em obrigações de fazer, não fazer e indenizar, calcada nos princípios da *reparação integral*, do *poluidor-pagador* e do *usuário-pagador*, embora possível, *não é obrigatória*, dependendo das especificidades de cada caso. Nesse sentido são os seguintes arrestos, um do STJ, também da relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, e outro desta Sexta Turma:

#### **AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO. DANO CAUSADO POR ATERRAMENTO. IMPACTO AMBIENTAL. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.**

1. Hipótese em que, com base em perícia bem fundamentada da lavra do próprio órgão ambiental do Estado, cujas conclusões estão técnica e ecologicamente motivadas, o Tribunal de origem consignou, de maneira razoável, que o dano ambiental é facilmente recuperável e de mínima extensão, tendo ocorrido em área já desmatada ou totalmente atropizada. Esbarra na Súmula 7/STJ pretender chegar a conclusão diversa.

2. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1319039/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 08/05/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR. QUANTIDADE DE 5 A 8 LITROS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DANO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

I - A Constituição da República consagra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como interesse difuso das presentes e futuras gerações, prevendo a responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas.

II - Quantidade mínima de óleo derramado no mar - de 5 a 8 litros - fato que impõe a aplicação do princípio da insignificância. Não cabimento de indenização. Precedente desta Corte.

III - Custas e honorários advocatícios indevidos, a teor do art. 18 da Lei nº 7.345/85. Precedentes do STJ.

IV - Apelação provida.

(TRF3 - AC 02035494619944036104, Desembargadora Federal REGINA COSTA, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/12/2011)

Voltando à hipótese dos autos, de acordo com perícia técnica realizada pela Secretaria do Meio Ambiente/Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais em 16/3/2007, a recuperação da área foi quantificada em *R\$ 3.622,00* e o dano ambiental em apenas *R\$ 52,16*, tendo em vista a pequenez do terreno - *170,4 metros quadrados*, consoante o Relatório Técnico Ambiental do IBAMA, que vistoriou o rancho em 14/12/2010 (fls. 115/124, 253/259).

Diante desse contexto, o Juízo sentenciante privilegiou o *dever de reparar*, sintetizado na demolição da construção e no reflorestamento da área, com imposição de multa diária em caso de descumprimento, em detrimento do *dever de indenizar, não pela impossibilidade de cumulação*, mas por considerá-lo descabido, desnecessário, ante a situação fática.

Assim, não obstante toda a argumentação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e da UNIÃO FEDERAL, nenhum reparo merece a sentença nesse ponto.

Por todo o exposto, *nego provimento às APELAÇÕES e à REMESSA OFICIAL tida por interposta.*

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

# **Direito Civil**





**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0027517-23.2002.4.03.6100**  
**(2002.61.00.027517-5)**

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC  
Apelados: BANCO CENTRAL DO BRASIL, COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM E BANCO SANTANDER BRASIL S/A

Sucedido: BANCO ABN AMRO REAL S/A

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: AC 1658954

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/12/2013

**EMENTA**

DIREITO CONSTITUCIONAL E CONSUMERISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ÓRGÃOS REGULADORES DO MERCADO FINANCEIRO. PERDAS EM APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA. ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO.

Administrar um investimento não comporta responsabilizar qualquer administrador pela variação do mercado, situação essa exógena e imponderável, à exemplo do que ocorreu recentemente na crise americana que derrubou mercados do mundo todo.

Não houve qualquer descaso da instituição financeira ao cumprir os regramentos administrativos de caráter francamente normativo, e ditados pelo BACEN e CVM.

No regulamento dos FIFs (Fundos de Investimentos Financeiros) e FACs (Fundos de Aplicação em Cotas), administrados pela apelada, havia dispositivo alertando que os investimentos se sujeitariam a flutuações típicas de mercados e a riscos, ou seja, havia a possibilidade de redução do valor dos ativos que compunham as carteiras dos fundos e, consequentemente, das cotas.

O investidor foi informado no regulamento do fundo dessas situações, não podendo ser de outro modo, invocado o desconhecimento. Vários alertas no regulamento devem ser citados, além da flutuação de preços do mercado, havia ainda o alerta de força maior por motivos alheios ou exógenos à instituição financeira (moratória, inadimplemento de pagamento, alteração de política monetária, mudanças nas regras aplicáveis aos fundos; fechamento parcial ou total dos mercados, etc.) e ainda a utilização da metodologia de marcação a mercado.

Impor responsabilidades à CVM e ao BACEN não encontra fundamento no sistema jurídico pátrio. Isto porque a responsabilidade decorre sempre de culpa (ainda que levíssima) comissiva ou omissiva ou dolo, estes manifestados em todas as suas vertentes de ilicitude ou abuso de direito, o que não se apresenta na hipótese dos autos.

Agravio retido não conhecido.

Apelação a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

**RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR em autos de ação Coletiva promovida em face de BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN; COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM; ABN AMRO BANK *este sucedido pelo BANCO SANTANDER*, objetivando a condenação dos réus ao ressarcimento das perdas ocorridas no período de maio a junho de 2002, em relação aos fundos de investimentos de Renda Fixa e DI administrados pela instituição financeira a todos os associados do IDEC que aplicaram dinheiro nestes fundos de investimento, acrescidas da rentabilidade média dos respectivos fundos nos quatro meses que precederam o evento danoso, mais juros de mora, tudo desde o evento até o efetivo pagamento. A rentabilidade dos meses posteriores ao evento danoso deverá se dar com base na rentabilidade dos respectivos fundos nos meses subsequentes, mais juros de mora, tudo desde o evento danoso até a data do efetivo pagamento.

A r. sentença julgou a ação improcedente.

Em razões de apelação juntadas às fls. 1502, o IDEC pede a reversão do julgado com fundamento na responsabilidade objetiva da CVM e do BACEN, posto ter havido determinação na Circular BACEN 2654/96 para a mudança de metodologia de contabilização dos fundos de investimento, configurando clara omissão dos apelados na fiscalização dos fundos de investimentos mantidos pelas instituições financeiras; que os investidores tinham o direito de serem informados dos riscos dos investimentos quando da contratação dos serviços; que essa falta de informação sobre detalhes dos fundos, e sua contabilização estão a indicar a responsabilidade da instituição financeira.

Contrarrazões do BANCO SANTANDER BRASIL S/A, atual denominação do Banco ABN-Amro Real S/A, às fls. 1525, pedindo a manutenção da sentença por ter a instituição recorrida informado efetivamente aos cotistas das possibilidades de oscilações e perdas dos investimentos, conforme comprova o laudo pericial às fls. 1168/1173.

Contrarrazões do BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN, às fls. 1571, pedindo a manutenção do julgado e afirmando que não há nos autos qualquer conduta que possa ser imputada ao recorrido que pudesse apresentar nexo de causalidade com o suposto dano e que por emitir normas reguladoras do sistema financeiro, não pode ser erigida á condição de seguradora universal de todos os males que acaso venham a ocorrer nesse segmento.

Contrarrazões da COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM, às fls. 1577, reque-rendo o desprovimento do recurso, afirmando que ao aplicar em um fundo de investimento, os recursos do investidor são transformados em cotas cujo valor é estabelecido em consol-nância com a valorização ou desvalorização dos títulos componentes da carteira, competindo

ao investidor confiar na recuperação do investimento a médio ou longo prazo, para só então proceder ao resgate da aplicação.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação, entendendo haver responsabilidade das partes apeladas.

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à revisão.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

## VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Prende-se a discussão vertida nestes autos à configuração de responsabilidade das entidades réis, ora apeladas, em decorrência de perdas financeiras ocorridas entre maio e junho de 2012 em fundos de investimentos de Renda Fixa e DI, administrados pela instituição financeira recorrida.

Inicialmente, não conheço do agravo retido interposto pelo Banco ABN AMRO Real S/A às fls. 1020/1027, *ex vi* do disposto no art. 523, § 1º do CPC.

Segundo a alegação da apelante, o prejuízo dos investidores deu-se em decorrência de determinação do BACEN para que os administradores de fundos utilizassem a prática denominada “marcação de mercado”, que significa utilizar um modelo de contabilização na qual os bancos registram diariamente o valor dos títulos das carteiras de fundos pela real cotação de mercado, em substituição à prática denominada “curva de papel”, que significa a contabilização de ativos de renda fixa pelo preço de aquisição atualizado pela curva de rentabilidade nominal do papel, não refletindo a real posição das cotas no mercado.

O que é um fundo de investimento?

Segundo lição de Eduardo Fortuna esta “forma de aplicação se caracteriza pela aquisição de cotas de aplicações abertas e solidárias, representativas do patrimônio do Fundo, que tem o benefício de valorização diária” (*Mercado Financeiro, Produtos e Serviços* - 11ª Ed. pg. 245).

Aduzem os autores terem experimentado prejuízos nas aplicações que realizaram junto à instituição financeira recorrida, administradora do fundo.

Mas efetivamente não procede tal irresignação.

Primeiramente porque administrar um investimento não comporta responsabilizar qualquer administrador pela variação do mercado, situação essa exógena e imponderável, à exemplo do que ocorreu recentemente na crise americana que derrubou mercados do mundo todo.

E a afirmação encontra amparo no art. 10 e incisos da Circular BACEN 2616/95, *in verbis*:

Art. 10 - É vedado à instituição financeira administradora, no exercício específico de suas funções e/ou utilizando-se dos recursos do fundo:

VIII - prometer rendimento predeterminado aos condôminos;

IX - fazer, em sua propaganda ou em outros documentos apresentados aos investidores, promessas de retiradas ou de rendimentos, com base em seu próprio desempenho, no desempenho alheio ou no de ativos financeiros e/ou modalidades operacionais disponíveis no âmbito do mercado financeiro.

Poder-se-ia argumentar que na relação investidor-instituição financeira aplica-se o CDC, e por tal razão deveria ter sido aquele informado das mudanças na forma de investimento.

Realmente, há relação de consumo, mas o fato é que essa prestação de serviço, diversamente de outros serviços, envolve situações que refogem ao regramento comum. Isto porque é evidente que não houve qualquer descaso da instituição financeira ao cumprir os regamentos administrativos de caráter francamente normativo, e ditados pelo BACEN e CVM.

A edição de resoluções é efetivamente impositiva, e na verdade a denominada “marcação de mercado” determinada é uma forma eficiente e real de registrar os ativos integrantes de carteira de investimento.

Tanto a questão é técnica e não simplesmente jurídica que veio aos autos a prova pericial que se encontra juntada às fls. 1158.

Reporto-me a algumas considerações daquele minudente trabalho técnico.

À questão nº 2 sobre “o que ocorre quando o consumidor aplica seu dinheiro nos aludidos fundos: queria o Sr. Perito explicar toda a cadeia o investimento”, a resposta após esclarecer que os valores investidos são somados ao patrimônio líquido do fundo, gerando direito a cotas, verifica-se que depende a rentabilidade da composição dessa carteira, que podem ao longo de um dia valorizar-se ou desvalorizar-se, gerando em decorrência um novo valor do PL.

O mais importante é notar, diversamente do defendido pelo recorrente - IDEC, que a curva do valor nominal do papel, ou marcação na curva, significa o registro do título pelo preço de aquisição, corrigido pela taxa contratada, *não refletindo o valor real de mercado do papel, que pode ser superior ou inferior àquele.* (quesito 3, fls. 1161)

Não se justifica, pois, invocar um valor artifício da cesta componente do fundo, em detrimento ao real valor da oscilação dos títulos dessa mesma cesta, em relação ao preço praticado pelo mercado, diariamente.

É questão de sanidade e higidez do mercado financeiro, e ocorre com todos os tipos de fundo de investimento, da mesma forma como ocorre no mercado de ações, ou mercado de moedas.

Há oscilações diárias, basta abrir qualquer site de notícias que se há de ter informações de grandes ou pequenas variações, pela sensibilidade mesma do mercado financeiro, onde qualquer notícia, mesmo estranha aos domínios econômicos tem forte influência nessa oscilação.

Tanto assim que no regulamento dos FIFs (Fundos de Investimentos Financeiros) e FACs (Fundos de Aplicação em Cotas), administrados pela apelada, havia dispositivo alertando que os investimentos se sujeitariam a flutuações típicas de mercados e a riscos, ou seja, havia a possibilidade de redução do valor dos ativos que compunham as carteiras dos fundos e, consequentemente, das cotas ( fls. 1172).

O investidor *foi informado no regulamento do fundo dessas situações*, não podendo ser de outro modo, invocado o desconhecimento. Portanto, vários alertas no regulamento devem ser citados, além da flutuação de preços do mercado, havia ainda o alerta de força maior por motivos alheios ou exógenos à instituição financeira (moratória, inadimplemento de pagamento, alteração de política monetária, mudanças nas regras aplicáveis aos fundos; fechamento parcial ou total dos mercados, etc.) e ainda a utilização da metodologia de marcação a mercado.

Impor responsabilidades à CVM e ao BACEN não encontra fundamento no sistema jurídico pátrio.

Isto porque a responsabilidade decorre sempre de culpa (ainda que levíssima) comissiva ou omissiva ou dolo, estes manifestados em todas as suas vertentes de ilicitude ou abuso de direito, o que não se apresenta na hipótese dos autos.

Manietar-se às oscilações de mercado, emprestando-lhe efeitos irreais não é uma posição

que deve ser defendida, haja vista os problemas ocorridos recentemente no mercado europeu e americano.

Não houve graves danos aos investidores, mesmo porque investimento em mercado financeiro traz ínsito o risco, o que de resto até mesmo em investimentos mais tradicionais pode ocorrer, assumindo o investidor parte do risco das empresas responsáveis pelos papéis oferecidos em bolsa de valores ou mercado de balcão. Há evidente e notória imprevisibilidade nessa atividade econômica.

A regulação, pois, desse mercado, a par de cumprir marcantemente o papel de resguardar o interesse nacional, traz para a sociedade uma transparência necessária a limitar a propensão ao risco da atividade e proteger, nesse passo, não apenas os investidores, mas também as instituições financeiras, que devem ter atuação pautada por critérios técnicosobjetivos, até mesmo para assegurar a sanidade do sistema financeiro nacional.

Como asseverado corretamente em contrarrazões de apelação do BACEN, não podem os encarregados legalmente da fiscalização e da regulação do sistema financeiro ser erigidos a seguradora universal das perdas ocasionadas pelas oscilações do mercado.

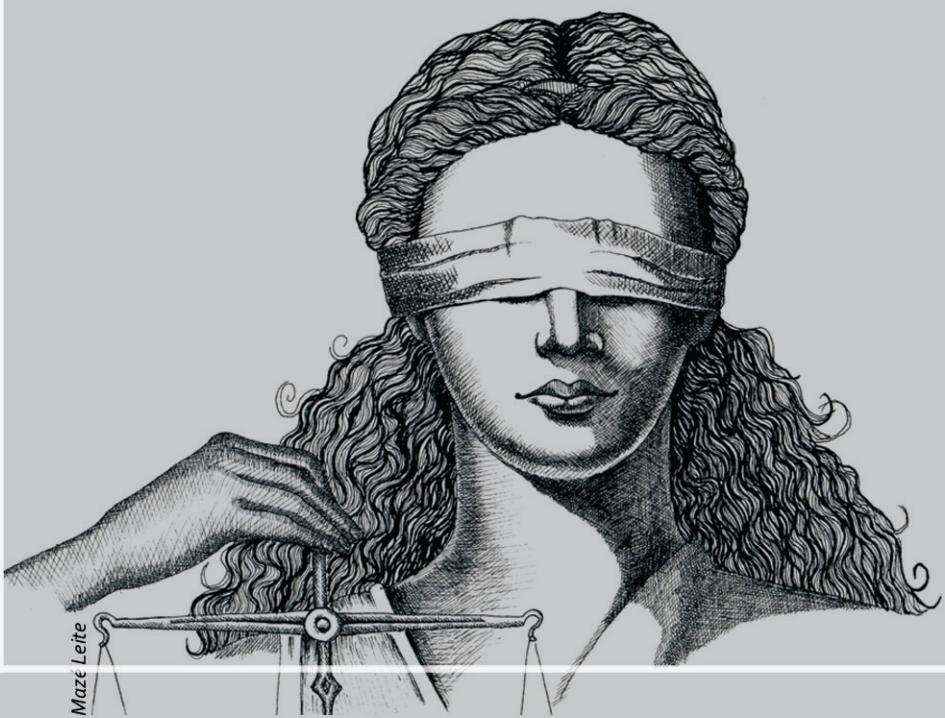
Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço do agravo retido e nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora



# **Direito Penal**





**APELAÇÃO CRIMINAL  
0006837-07.1999.4.03.6105  
(1999.61.05.006837-1)**

Apelantes: WANDERSON CARDOSO, CLÁUDIA APARECIDA FREITAS MERCANTE E SÉRGIO DOS REIS PORCINO

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELI

Classe do Processo: ACr 27033

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/02/2014

**EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS FALSIFICAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. MATERIALIDADE COMPROVADA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA: INOCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL: NÃO CARACTERIZADO. AUTORIAS DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ.

1. Apelações da Defesa contra a sentença que condenou os réus como incursos no artigo 297 c.c. artigo 29 do CP.
2. A arrecadação da Certidão Negativa de Débito, série G, nº 449319, perante o INSS ocorreu em virtude de suspeita de inautenticidade, confirmada pela informação de que a "CND foi expedida para a empresa Banespa S/A Arrendamento Mercantil". O Laudo elaborado atesta a falsidade do documento.
3. Inocorrência de desistência voluntária: o crime imputado aos réus e pelo qual foram condenados é o de falsificação de documento público, tipificado no artigo 297 do Código Penal. O *iter criminis* de referido delito restou integralmente percorrido, com a contrafação do documento. A alegação de que houve desistência do uso da Certidão Negativa de Débito falsa é desconexa com o objeto deste feito.
4. Não caracterizado de crime impossível, pois a capacidade ilusória do documento deve ser aferida de acordo com o conhecimento do homem médio. No caso concreto, o funcionário do Tabelionato de Notas é pessoa especializada no exame de documentos, a fim de confirmar a autenticidade destes, tanto que lhe é tarefa rotineira a autenticação de cópias tendo por base o original. E foi durante esta tarefa que percebeu a falsidade do documento apresentado.
5. Da análise da Certidão Negativa de Débitos não se verificam rasuras, borrões ou qualquer elemento indicativo de contrafação, aos olhos do homem médio. O formulário ostenta formato próprio de um verdadeiro, ostenta carimbos identificadores do órgão expedidor e há timbres no documento compatíveis com certidões autênticas da época.
6. O documento era capaz de enganar o homem médio, não se vislumbrando qualquer elemento indicativo de contrafação, porquanto somente pessoa experiente na verificação da assinatura da Chefe da Arrecadação estaria habilitada a questionar e identificar tal firma, como ocorreu na hipótese em tela.
7. Embora a narrativa apresentada pelos corréus Cláudia e Wanderson na fase inquisitorial e em juízo sejam no mesmo sentido, de que o responsável pela obtenção

da certidão negativa de débito foi o corréu Sérgio, entende-se insuficientes para a condenação judicial somente as declarações de corréus, imputando a outro o delito. Precedentes.

8. O depoimento em que um corréu, sem confessar a sua participação no crime, atribui a outrem a responsabilidade tem muito pouco ou quase nenhuma força de convencimento, posto que, por óbvio, o corréu, que não presta compromisso de dizer a verdade, quer certamente livrar-se da imputação. Em outras palavras, a delação de um corréu contra outro, sem que esse réu tenha confessado o crime, não pode, isoladamente, embasar uma condenação.

9. A autoria imputada à ré Cláudia encontra amparo no conjunto probatório. Não se revela crível que o pagamento da quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em março de 1997, seja apenas para a obtenção mais célere, de forma lícita, da certidão negativa de débito perante o INSS. A ré tinha plena ciência do débito da empresa à época do requerimento da certidão negativa de débito e a alegação de que entendeu possível a expedição da certidão porque o débito estava parcelado choca-se frontalmente com o pedido de parcelamento da dívida perante o INSS, formulado em 18/12/1997, após a contrafação da certidão.

10. A autoria imputada ao réu Wanderson encontra amparo no conjunto probatório. Houve o pagamento de alta quantia para a emissão da CND e a alegação do réu de que os débitos estavam parcelados revelam-se inverídicas quando constatado que o parcelamento somente ocorreu após a contrafação do documento.

11. Quanto à ré Cláudia, o registro criminal apontado não serve para majorar a pena-base, pois inexistente informação acerca da data da consumação do delito imputado e principalmente porque o feito não está concluído, inexistindo condenação definitiva da ré. Intelecção da Súmula 444 do STJ. Quanto ao réu Wanderson, os registros criminais apontados sem condenação definitiva não servem para majorar a pena-base, pois não trazem a informação acerca da data da consumação dos delitos imputados e, principalmente, qualquer informação acerca de eventual condenação do réu. Intelecção da Súmula 444 do STJ.

21. Apelação do réu Sérgio provida. Apelações dos réus Cláudia e Wanderson parcialmente providas.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, *ACORDAM* os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, *dar provimento à apelação* do réu Sérgio dos Reis Porcino para absolvê-lo da imputação da denúncia, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP; *dar parcial provimento* à apelação da ré Cláudia Aparecida Freitas Marcante para reduzir a pena-base, fixando a pena definitiva de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e; e *dar parcial provimento* à apelação do réu Wanderson Cardoso para reduzir a pena-base, fixando a pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte do presente julgado.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESAQUITA (Relator): O Ministério Público Federal, em 08/10/2002, denunciou CLÁUDIA APARECIDA FREITAS MERCANTE, qualificada nos autos, nascida aos 09/03/1963, WANDERSON CARDOSO, qualificado nos autos, nascido aos 17/03/1958, e SÉRGIO DOS REIS PORCINO, qualificado nos autos, nascido aos 07/04/1956, como incursos no artigo 297 combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal. Consta da denúncia:

... Os denunciados falsificaram, no todo, uma Certidão Negativa de Débito do Instituto Nacional do Seguro Social, com data de 31 de março de 1997 (fl. 02 - Apenso), em nome da empresa SOCS - SERVIÇO OSTENSIVO DE CORPO E SEGURANÇA S/C LTDA., sediada em Campinas/SP, Bairro Taquaral, Rua Vital Brasil, nº 780.

Os denunciados CLÁUDIA APARECIDA FREITAS MERCANTE e WANDERSON CARDOSO eram sócios-proprietários da empresa acima mencionada (fls. 35/42 - Inquérito e 13/28 - Vol. Apenso) e, objetivando participar de processo licitatório promovido pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, encomendaram ao contador da empresa, o denunciado SÉRGIO DOS REIS PORCINO, uma Certidão Negativa de Débitos, documento este imprescindível para a habilitação na licitação.

Para tanto, pagaram o valor de R\$ 1500,00 (fl. 33) ao contador, o qual dizia conhecer "um esquema em São Paulo, que mediante gratificação de R\$ 1.500,00, poderia agilizar a liberação do documento" (fl. 11 - Apenso).

A CND é, de fato, totalmente falsa: A empresa tinha débitos, como confessa o denunciado WANDERSON CARDOSO (fl. 62) e que, segundo informações da Previdência Social (fl. 136) representam uma dívida no valor de R\$ 173.493,83 (atualizada até 02/2002); a assinatura constante da CND não é de ELZA APARECIDA GAZABIN; e o impresso utilizado para a produção do documento falso também é inautêntico, segundo o Laudo Pericial de fls. 50/51. Além disso, no verso da CND consta uma autenticação também falsa, conforme informação de fl. 15 ...

**A denúncia foi recebida em 11/11/2002 (fls. 161).**

Processado o feito, sobreveio sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Fábio Stief Marmud (fls. 551/576) e publicada em 18/05/2006 (fls. 577), que condenou os réus como incursos no artigo 297 combinado com o artigo 29 do Código Penal, e fixou as penas: a) do corrêu WANDERSON em 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, 20 dias-multa, no valor unitário mínimo; b) do corrêu SÉRGIO em 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 15 dias-multa, no valor unitário mínimo; c) da corrê CLÁUDIA em 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 15 dias-multa, no valor unitário mínimo.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária em favor da Associação Beneficente dos 13 Pais - Lar da Criança Feliz em Campinas, equivalente a 20 salários-mínimos, no caso do réu WANDERSON, e 15 salários-mínimos, para os corrêus SÉRGIO E CLÁUDIA, bem como à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução.

Apela o réu SÉRGIO (fls. 585/593), pugnando pela sua absolvição por falta de provas, com observância dos princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*. Argumenta que existem nos autos apenas alegações dos outros dois réus, em depoimentos contraditórios.

Apela também a ré CLAUDIA (fls. 616/623), e pleiteia sua absolvição, dada a ausência de dolo na conduta. Argumenta que no primeiro momento em que soube da suspeita de ini-

doneidade do documento que lhe foi apresentado pelo contador, espontânea e imediatamente procurou o Instituto a apresentou a certidão para ser averiguada. Subsidiariamente, afastada a hipótese de ausência de dolo, aduz que incidiria *in casu* o disposto nos artigos 15 e 17 do Código Penal. Caso mantida a condenação, requer a redução da pena.

Apela outrossim o réu WANDERSON, representado pela DPU - Defensoria Pública da União (fls. 625/634), pugnando igualmente pela absolvição, sob o argumento de que “acreditava apenas que se a certidão negativa de débitos da Previdência Social fosse emitida por localidade diversa daquela onde a empresa onde trabalhava estivesse instalada os débitos não apareceriam, quer por tratar-se de localidade diversa, quer por ter requerido o parcelamento da dívida, mas em momento algum teve a intenção de falsificar documento público ou mesmo sabia que o documento seria obtido mediante falsificação”. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal (privativa de liberdade e a de multa), bem como para que seja aplicada a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

O Ministério Públco Federal ofereceu contrarrazões, pugnando pelo improvimento das apelações dos réus (fls. 597/601 e 636/645).

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Ana Lúcia Amaral, opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 647/656).

É o relatório.

Ao MM. Revisor.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator): Analiso os três recursos conjuntamente.

A *materialidade* está comprovada pelas provas coligidas aos autos. A Certidão Negativa de Débito, série G, nº 449319, onde consta carimbo em nome de “Elza Aparecida Gonzaga, Chefe do Posto de Arrecadação e Fiscalização Matrícula 0572904”, tida como falsa, está acostada às fls. 02 do apenso.

Depreende-se da análise do Termo de Apreensão de Documentos TAD (fls. 01-E/03 do apenso) - lavrado pela Chefe do Posto Especial de Arrecadação e Fiscalização do INSS em Campinas/SP, Sra. Elza Aparecida Gazabin, que a arrecadação da Certidão Negativa de Débito, série G, nº 449319 ocorreu em virtude de suspeita de inautenticidade, confirmada pela informação de fls. 04 do apenso, no sentido de que a “CND foi expedida para a empresa Banespa S/A Arrendamento Mercantil”.

O Laudo elaborado (fls. 54/55) atesta a falsidade do documento:

V - RESPOSTAS AOS QUESITOS  
(...)

Ao segundo - Em confronto com os padrões encaminhados para confronto a assinatura questionada INAUTENTICA, ou seja, não partiu do punho de ELZA APARECIDA GAZABIN.  
Ao terceiro - O impresso da CND em questão é INAUTENTICO.

Ouvida em Juízo (fls. 221/223), a Sra. Elza Aparecida Gazabin afirmou que a assinatura na Certidão Negativa de Débito não lhe pertence, havendo erro quanto ao número de matrícula

constante do carimbo apostado no documento e quanto ao seu sobrenome, que é Gazabin e não Gonzaga:

(...)

Ao ser mostrada à depoente a certidão negativa de débitos constante do apenso fez as seguintes observações: a assinatura não é dela, ela não possui o sobrenome Gonzaga, o carimbo utilizado não era o seu e o número de matrícula constante do carimbo também não era o seu. Esclarece por fim que nos carimbos não constava à época a matrícula do servidor.

Portanto, resta indene de dúvidas a falsidade documental da Certidão Negativa de Débito apreendida pelo INSS.

*Da alegação de ocorrência de desistência voluntária (artigo 15 do CP)* formulada pela apelante Cláudia.

O crime imputado aos réus e pelo qual foram condenados é o de falsificação de documento público, tipificado no artigo 297 do Código Penal. Verifica-se que o *iter criminis* de referido delito restou integralmente percorrido, com a contrafação do documento.

Desse modo, a alegação de que houve *desistência do uso* da Certidão Negativa de Débito falsa é desconexa com o objeto deste feito.

Embora não seja objeto dos autos o crime de uso de documento falso, pois, como se disse, a denúncia e a sentença referem-se ao crime de falsificação documental apenas, do exame do contexto fático-probatório não se pode afirmar, inequivocamente, que o documento falso não seria utilizado pelos réus, porquanto houve a reprodução do documento e a intenção de autenticação da cópia perante o 4º Cartório de Notas de Campinas/SP.

Frise-se que a própria empresa SOCS - Serviço Ostensivo de Corpo de Segurança S/C Ltda. declarou perante o INSS que o objetivo da extração de cópia da CND era “instruir Habilidade da Concorrência” (petição de fls. 09/12 do apenso).

*Da alegação de caracterização de crime impossível (artigo 17 do CP)*, ao argumento de que a falsificação é grosseira e foi constatada pelo funcionário do Tabelionato de Notas, onde apresentado o documento para autenticação de cópia.

A alegação não prospera, pois a capacidade ilusória do documento deve ser aferida de acordo com o conhecimento do homem médio.

No caso concreto, o funcionário do Tabelionato de Notas é pessoa especializada no exame de documentos, a fim de confirmar a autenticidade destes, tanto que lhe é tarefa rotineira a autenticação de cópias tendo por base o original. E foi durante esta tarefa que percebeu a falsidade do documento apresentado.

Além disso, da análise da Certidão Negativa de Débitos não se verificam rasuras, borrões ou qualquer elemento indicativo de contrafação, aos olhos do homem médio.

Acrescente-se que o formulário ostenta formato próprio de um verdadeiro, ostenta carimbos identificadores do órgão expedidor e há timbres no documento compatíveis com certidões autênticas da época.

Observe-se, por outro lado, que a justificativa apresentada pela empresa SOCS - Serviço Ostensivo de Corpo de Segurança S/C Ltda. perante o INSS, a respeito do ocorrido no tabelionato de notas (fls. 09/12 do apenso), revela que a única diferença constatada no documento pelo servidor do tabelionato era de que a “assinatura da Chefe da Arrecadação não conferia com a existente em seus anais”.

Em outras palavras, o documento era capaz de enganar o homem médio, não se vislumbrando qualquer elemento indicativo de contrafação, porquanto somente pessoa experiente na verificação da assinatura da Chefe da Arrecadação estaria habilitada a questionar e identificar tal firma, como ocorreu na hipótese em tela.

Portanto, rejeito a alegação de crime impossível.

### *Das autorias*

A autoria imputada a Sérgio dos Reis Porcino é sustentada em juízo pelas declarações dos corréus Cláudia e Wanderson, conforme se depreende também da fundamentação da sentença condenatória.

Embora a narrativa apresentada pelos corréus Cláudia e Wanderson na fase inquisitorial e em juízo sejam no mesmo sentido, de que o responsável pela obtenção da certidão negativa de débito foi o corréu Sérgio, entendo serem insuficientes para a condenação judicial somente as declarações de corréus, imputando a outro o delito.

O depoimento em que um corréu, sem confessar a sua participação no crime, atribui a outrem a responsabilidade tem muito pouco ou quase nenhuma força de convencimento, posto que, por óbvio, o corréu, que não presta compromisso de dizer a verdade, quer certamente livrar-se da imputação. Em outras palavras, a delação de um corréu contra outro, sem que esse réu tenha confessado o crime, não pode, isoladamente, embasar uma condenação.

Anoto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de que até mesmo a “chamada de corréu” ou “confissão delatória”, na qual o corréu confessa sua participação no crime e o imputa também a outrem é, de forma isolada, insuficiente para embasar uma condenação:

EMENTA: I. (*omissis*) II. Chamada de co-réu: inidoneidade para lastrear condenação. A chamada de co-réu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear a condenação: precedentes (v.g., HHCC 74.368, Pleno, j. 1.7.97, Pertence, DJ 28.11.97; 81.172, 1<sup>a</sup> T., j. 11.6.02, Pertence, DJ 7.3.03). Ausência de elementos de prova válidos para fundamentar a condenação. (RHC 81740-RS, 1<sup>a</sup> Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.04.2005, p. 134)

I. (*omissis*). II. Reconhecimento fotográfico e chamada de co-réu, retratada: inidoneidade para lastrear condenação. O reconhecimento fotográfico à base da exibição da testemunha da foto do suspeito é meio extremamente precário de informação, ao qual a jurisprudência só confere valor ancilar de um conjunto de provas juridicamente idôneas no mesmo sentido; não basta para tanto a chamada de co-réu colhida em investigações policiais e retratada em juízo. (HC 74368-MG, Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.11.1997 p. 6221)

Reafirmando a necessidade de a condenação judicial pautar-se em outros elementos de prova, além das declarações de corréu em juízo, colaciono o seguinte precedente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL. OCORRÊNCIA DA *EMENDATIO LIBELI*. ERRO DE PROIBIÇÃO: INOCORRÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO (ART. 386, VI, DO CPP). PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (...) 3. CONDENAÇÃO BASEADA UNICAMENTE NAS DECLARAÇÕES DE CO-RÉ, SEM RESPALDO EM OUTRAS PROVAS DOS AUTOS, NÃO DEVE PREVALEcer.

(TRF 5<sup>a</sup> Região, PRIMEIRA TURMA, ACR 9505225776, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAIDE CAVALCANTE, DJ DATA: 06/08/1999)

Portanto, a apelação de Sérgio merece acolhimento para reformar a sentença e absolvê-lo da imputação da denúncia, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP.

*A autoria imputada a Cláudia Aparecida Freitas Marcante encontra amparo no conjunto probatório.*

É incontroverso nos autos que a ré Cláudia efetuou tratativas para a obtenção da certidão negativa de débito, tendo afirmado que solicitou ao contador - corrêu Sérgio - da empresa de que era sócia à época dos fatos que providenciasse a obtenção do documento.

Além disso, afirmou que o valor pago ao contador, corrêu Sérgio, para providenciar a certidão foi de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), no qual estava inclusa uma “taxa de urgência”, para a celeridade do procedimento de entrega da certidão. Confira-se das declarações prestadas pela ré na fase inquisitorial e em juízo:

Que na época dos fatos era sócia, juntamente com VANDERSON CARDOSO, da empresa SOCS - SERVIÇO OSTENSIVO DE CORPO E SEGURANÇA S/C LTDA. (...). Que no mês de março de 1997, a empresa recebeu convite para participar de uma concorrência, cujo órgão público não se recorda; Que entre as documentações necessárias, habilitação na concorrência, apresentação da Certidão Negativa de Débito era essencial; (...) Que em comum acordo, entre os sócios da empresa, foram consultar SÉRGIO DOS REIS PORCINO, contador da empresa SOCS - Serviço ostensivo de corpo de Segurança S/C Ltda., a fim de verificar a possibilidade da obtenção da CND, cujo contato fora mantido pelo sócio VANDERSON CARDOSO pessoalmente; Que VANDERSON CARDOSO, em nome da empresa contratou os serviços de SÉRGIO DOS REIS PORCINO, o qual providenciou a Certidão Negativa de Débito, recebendo como pagamento pelos serviços prestados o valor de R\$ 1.500,00, cujo valor incluía uma taxa de urgência. (fls. 37/38)

que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que pediu para o contador da empresa que providenciasse uma certidão negativa de débitos; (...) que de posse da mesma Cláudia e Wanderson foram ao cartório para tirar uma cópia autenticada da certidão; que no cartório um cartorário disse à ré que aquela certidão provavelmente era falsa; que foram até o INSS para confirmar o anteriormente dito; que ao chegarem à autarquia foram informados que aquela certidão era efetivamente falsa; que diante deste fato deixaram a certidão no INSS; (...) que sabia que havia dívida junto ao INSS contudo como a dívida ainda não estava inscrita foi informada que era possível a obtenção da certidão; (...) que o valor cobrado pelo contador abrangia uma taxa de urgência, visto a necessidade de obtenção rápida da certidão. (fls. 197/199)

Não se revela crível que o pagamento da quantia de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), em março de 1997, seja apenas para a obtenção mais célere, de forma lícita, da certidão negativa de débito perante o INSS.

Frise-se que em março de 1997 o valor do salário-mínimo era de R\$ 112,00 (cento e doze reais), consoante Lei nº 9971/2000. Assim, o montante despendido pela ré, incluída a chamada “taxa de urgência”, de mil e quinhentos reais representava, à época, mais de treze salários-mínimos, quantia bastante expressiva para ser considerada simplesmente como maneira de acelerar o procedimento de feitura do documento perante o INSS.

Considere-se também que a ré Cláudia tinha plena ciência do débito da empresa à época do requerimento da certidão negativa de débito e a alegação de que entendeu possível a expedição da certidão porque o débito estava parcelado choca-se frontalmente com o documento de fls. 141/152, consistente no *pedido de parcelamento da dívida perante o INSS*, formulado em 18/12/1997, *após a contrafação da certidão*, que conta com a data de 31.03.1997 e fora recolhida administrativamente no INSS em 25.04.1997 (fls. 01-E do apenso).

O dolo da falsificação é demonstrado pelo empenho da ré em obter o documento, mediante pagamento de alta quantia à época dos fatos para tanto e ciente de que a empresa possuía débito perante o INSS - não parcelado na data da feitura da certidão - que impedia a expedição do documento, nos moldes como emitido.

Portanto, o conjunto fático probatório produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa revela o envolvimento da ré Cláudia na falsificação da certidão negativa de débito, sendo de rigor a manutenção doédito condenatório.

*A autoria imputada a Wanderson Cardoso encontra amparo no conjunto probatório.*

Extrai-se das declarações prestadas por Wanderson na fase inquisitorial e em juízo que ele, de comum acordo com a ré Cláudia, contatou o réu Sérgio para que este providenciasse a emissão da certidão negativa de débito, referente à empresa que era sócio à época dos fatos.

Afirmou Wanderson que tinha ciência de que a empresa ostentava débito perante o INSS e que seria necessário “dar uma caixinha” ao funcionário do INSS para que o documento fosse emitido. Confira-se os trechos das declarações:

Que na época dos fatos, era sócio, juntamente com CLAUDIA APARECIDA FREITAS MERCANTE, da empresa SOCS - Serviço Ostensivo do Corpo e Segurança S/C Ltda. (...). Que no ano de 1997 a empresa iria participar de uma concorrência perante órgão público, cujo nome não se recorda; Que entre a documentação exigida, fazia necessário apresentar a Certidão Negativa de Débito, visando provar a regularidade junto ao fisco; Que tinha pleno conhecimento de que a empresa se encontrava inadimplente com o INSS; Que por decisão do interrogando e de sua sócia CLAUDIA APARECIDA FREITAS MERCANTE, consultaram o SERGIO DOS REIS PORCINIO, contador da empresa SOCS, a fim de verificar a possibilidade da obtenção da Certidão Negativa de Débito; Que o contador informou-lhe havia necessidade da apresentação de talonários de notas fiscais emitidas, visando a obtenção da Certidão Negativa de Débito; Que passado algum tempo SÉRGIO DOS REIS PORCINIO providenciou a CND, contudo não sabe informar quais são os meios utilizados por ele para obtenção do referido documento. (fls. 66/67)

que a informação que até ele chegou foi que se o pedido de CND fosse feito via São Paulo os débitos existentes aqui em Campinas não apareceriam; que para isto deveriam dar uma “caixinha” para um funcionário de dentro do INSS; que esta informação foi passada a ele pelo co-réu Sérgio; que a co-ré Cláudia sabia da existência dessa “caixinha”; que tinham consciência da existência de débitos da empresa; que nunca foi falado a ele que a certidão seria falsa. (fls. 194/196)

Depreende-se das provas coligidas que houve o pagamento de alta quantia para a emissão da CND e a alegação do réu de que os débitos estavam parcelados revelam-se inverídicas quando constatado que o parcelamento somente ocorreu após a contrafação do documento (fls. 141/152).

Portanto, o conjunto fático probatório produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa revela o envolvimento do réu Wanderson na falsificação da certidão negativa de débito, sendo de rigor a manutenção doédito condenatório.

#### *Das penas*

*Da pena da ré Cláudia:* assiste razão à ré Cláudia ao requerer a redução de sua pena. A sentença considerou a existência de conduta social desfavorável da acusada, em virtude da

existência de outro processo criminal contra si (certidão de fls. 361).

Compulsando os autos, verifico que o registro criminal apontado não serve para majorar a pena-base, pois inexistente informação acerca da data da consumação do delito imputado e principalmente porque o feito não está concluído, inexistindo condenação definitiva da ré.

Destarte, com fundamento na Súmula 444 do STJ, incabível a majoração da pena-base, a qual fica estabelecida em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Não concorrem agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição da pena, conforme fundamentação da sentença, pelo que torno definitiva a pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O valor do dia-multa fica mantido no mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade permanece o aberto. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito também permanece como lançada na sentença.

*Da pena do réu Wanderson:* assiste razão ao réu Wanderson ao requerer a redução de sua pena. A sentença considerou a existência de maus antecedentes, em virtude de sentença condenatória definitiva (certidão de fls. 377), e conduta social desfavorável, em virtude da existência de outros dois processos criminais (certidão de fls. 343 verso/344).

Compulsando os autos, verifico que os registros criminais apontados sem condenação definitiva não servem para majorar a pena-base. Os registros criminais de fls. 343 verso/344 não trazem a informação acerca da data da consumação dos delitos imputados e, principalmente, qualquer informação acerca de eventual condenação do réu.

Destarte, com fundamento na Súmula 444 do STJ, somente é possível considerar a existência de maus antecedentes, sendo inviável o cômputo de conduta social desfavorável.

Assim, a pena-base resta estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Não concorrem agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição da pena, conforme fundamentação da sentença, pelo que torno definitiva a pena de 2 (dois) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. O valor do dia-multa fica mantido no mínimo legal.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade permanece o aberto. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito também permanece como lançada na sentença.

Pelo exposto, *dou provimento à apelação* do réu Sérgio dos Reis Porcino para absolvê-lo da imputação da denúncia, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP; *dou parcial provimento à apelação* da ré Cláudia Aparecida Freitas Marcante para reduzir a pena-base, fixando a pena definitiva de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e; e *dou parcial provimento à apelação* do réu Wanderson Cardoso para reduzir a pena-base, fixando a pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, mantida no mais a sentença apelada.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

**APELAÇÃO CRIMINAL  
0001800-74.2010.4.03.6117  
(2010.61.17.001800-9)**

Apelante: PEDRO ERINALDO FERREIRA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAU - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Classe do Processo: ACr 52146

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2014

**EMENTA**

APELAÇÃO CRIMINAL. APREENSÃO DE MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL (BAR). CONDUTA EQUIPARADA A CONTRABANDO. MATERIALIDADE INEQUÍVOCA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUTORIA MANIFESTA. CONFESSÃO. CIÊNCIA DA PROIBIÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL COESA. DOSIMETRIA MANTIDA.

1. *Materialidade* inequívoca da conduta punida na espécie (art. 334, § 1º, “c”, do Código Penal), haja vista que no estabelecimento comercial (bar) do réu foram apreendidas duas máquinas caça-níqueis, cujo laudo pericial acostado aos autos constatou tratar-se de equipamentos sorteadores aleatórios de resultados, utilizados para a prática de jogo de azar, do tipo maleta, montadas em gabinete preto e dotadas de monitor de vídeo, botões diversos e leitora de notas, sem identificação do fabricante, *operantes e constituídas de componentes de origem estrangeira*.

2. Não há falar-se em absorção do crime previsto no art. 334 do Código Penal pela contravenção descrita no art. 50 da Lei das Contravenções Penais, em atenção ao princípio da consunção, porque não se está a punir, na hipótese, a introdução em território nacional de componentes de máquinas caça-níqueis, mas sim a utilização destas máquinas em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, ciente o agente de sua proibição no País, conduta esta correspondente à figura típica do art. 334, § 1º, “c”, do Código Penal.

3. Conduta equiparada a contrabando (haja vista tratar-se de máquinas caça-níqueis, *mercadorias cuja internação é proibida no território nacional*), que não comporta aplicação do princípio da insignificância porquanto, independentemente dos tributos eventualmente incidentes no caso de importação regular das máquinas, sua utilização em território nacional é proibida, de modo que não pode ser tida como de mínima ofensividade ao sistema normativo vigente ou de reduzida periculosidade social. Nesse sentido: STJ, RHC - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 30.026, Reg. nº 2011/00737581, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 20.08.2013, v.u., DJe 27.08.2013; TRF3, ACR - Apelação Criminal 52.855, Proc. nº 0000592-46.2010.403.6120, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 28.05.2013, v.u., DJe 10.06.2013; TRF3, ACR - Apelação Criminal 52.625, Proc. nº 0001803-63.2009.403.6120, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 05.08.2013, v.u., DJe 14.08.2013.

4. *Autoria* também manifesta, uma vez que o réu em seu interrogatório, gravado em

mídia eletrônica, confessa, sem titubear, que ficava com 30% (trinta por cento) do lucro ofertado pelas máquinas apreendidas em seu estabelecimento, tendo ciência da proibição de sua utilização no País, e as testemunhas de acusação, a seu turno, prestaram depoimentos idênticos sobre as circunstâncias a envolver a materialidade do delito e a autoria do apelante, que, ademais, está sendo processado pelo mesmo crime em outra ação penal, conforme certidão que instrui o feito, e, como tal, nem mesmo poderia se beneficiar de eventual alegação de desconhecimento da proibição.

5. Condenação mantida, inclusive no que tange à dosimetria da pena, fixada no mínimo legal e em regime compatível com a lei, substituída adequadamente por pena restritiva de direitos.

6. Apelação improvida.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de janeiro de 2014.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto por PEDRO ERINALDO FERREIRA em face da sentença acostada a fls. 171/174verso, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia oferecida pelo Ministério Pùblico Federal, em que é a ele imputado o cometimento do crime previsto no art. 334, § 1º, alínea “c”, do Código Penal.

Narra a denúncia:

Consta do presente feito que, no dia 02 de março de 2010, o denunciado *Pedro Erinaldo Ferreira* foi surpreendido utilizando e mantendo em depósito em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência 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.

Segundo consta, na data dos fatos, após denúncia anônima, Policiais Militares compareceram no estabelecimento comercial, situado na rua Leonor Tavares Conti, nº 245, em Igaraçu do Tietê/SP, de propriedade do ora denunciado, onde lograram apreender 02 (duas) máquinas caça-níqueis, conforme boletim de ocorrência de fl. 10 e auto de exibição e apreensão de fl. 11. O Laudo Pericial de fls. 50/52, bem como o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de fl. 62, atestam que trata-se de mercadoria composta de componentes de procedência estrangeira.

A prática de contrabando perpetrada pelo denunciado está intimamente ligada à proibição das máquinas “caça-níqueis”, trazida pelo Decreto nº 3.214/99, o qual, por sua vez, revogou o § 2º do art. 74 do Decreto nº 2.574/98.

Vale lembrar que o § 2º do artigo 334 do Código Penal amplia o conceito de comércio empregado no parágrafo anterior, referindo-se também ao comércio clandestino (fls. 77/78; destaque no original).

A denúncia foi recebida em 18 de novembro de 2010 (fls. 79) e, após a regular instrução do feito, sobreveio a sentença condenatória de fls. 171/174verso, publicada em 25 de julho de 2012 (fls. 175), que fixou definitivamente a pena no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão, para cumprimento em regime aberto, substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões de apelação (fls. 177/194), sustenta o réu, em síntese, que:

a) deve ser aplicado ao caso o princípio da consunção, uma vez que o contrabando de componentes de máquinas caça níqueis é absorvido pela sua exploração, que, por sua vez, constitui mera contravenção penal, motivo pelo qual a Justiça Federal é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito;

b) não há indicação do valor das mercadorias que, mesmo assim, é irrisório, rendendo ensejo à incidência do princípio da insignificância; e

c) deve ser absolvido, ante a inexistência de provas para sua condenação, pois “não vendeu, não expôs à venda, não manteve em depósito e muito menos utilizou em proveito próprio ou alheio o objeto material do delito”, além do fato de que “não sabia que o produto era decorrente de importação fraudulenta ou introdução clandestina” (fls. 193), inclusive porque, também aduz, não era o responsável pela máquina apreendida.

Contrações a fls. 206/214.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 216/222).

*É o relatório.*

*À revisão.*

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Não procede a pretensão recursal do réu.

Como relatado, a condenação pelo crime previsto no art. 334, § 1º, alínea “c”, do Código Penal, se deu porque, nos termos da denúncia (fls. 77/78), “no dia 02 de março de 2010, o denunciado *Pedro Erinaldo Ferreira* foi surpreendido utilizando e mantendo em depósito em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência 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” (fls. 77; destaque no original).

Ainda segundo o Ministério Público Federal, “após denúncia anônima, Policiais Militares compareceram no estabelecimento comercial, situado na rua Leonor Tavares Conti, nº 245, em Igaraçu do Tietê/SP, de propriedade do ora denunciado, onde lograram apreender 02 (duas) máquinas caça-níqueis, conforme boletim de ocorrência de fl. 10 e auto de exibição e apreensão de fl. 11” (fls. 78).

Dispõe o art. 334, § 1º, alínea “c”, do Código Penal, sob a rubrica *Contrabando ou des-caminho*:

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o paga-

mento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, *de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;* (destaquei).

Observa-se, portanto, que o comando normativo em questão equipara a contrabando, dentre outras, a conduta de utilizar, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional.

Além disso, é cediço que a exploração de jogos de azar, assim entendidos aqueles em que, dentre outros, o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte, é proibido em território nacional (Decreto-lei nº 3.688/41, art. 50).

Pois bem. No estabelecimento comercial (bar) do réu foram apreendidas duas máquinas caça-níqueis que foram descritas da seguinte maneira no laudo pericial de fls. 17/21:

Conforme ilustra o Anexo Fotográfico 01, nas dependências da Delegacia de Polícia de Igaraçu do Tietê, SP, foram inspecionadas 02 (duas) máquinas caça-níqueis do tipo maleta, montadas em gabinete preto e dotadas de monitor de vídeo, botões diversos e leitora de notas.

As máquinas não apresentavam identificação do fabricante, e *encontravam-se operantes quando dos exames.*

O exame das máquinas revelou que tratava-se de *equipamentos sorteadores aleatórios de resultados e, por conseguinte, o ganho ou perda independem da habilidade física ou intelectual do apostador, tratando-se, pois de equipamentos utilizados para a prática de jogo de azar. Analisando-se o interior das máquinas, constatou-se que as mesmas apresentavam componentes de origem estrangeira* (destaquei).

Logo, tratando-se das chamadas *máquinas caça-níqueis*, sem prejuízo de eventual cometimento pelo réu da contravenção penal prevista no art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), afeta à competência da Justiça Estadual, o fato é que a *materialidade* necessária à configuração da conduta equiparada ao crime de contrabando - *mercadoria proibida em território nacional* - resta inequívoca na espécie.

Digo isso porque não se está a punir, na hipótese, a introdução em território nacional de componentes de máquinas caça-níqueis, mas sim a utilização destas máquinas em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, ciente o agente de sua proibição no País, conduta esta correspondente à figura típica do art. 334, § 1º, “c”, do Código Penal.

Assim, não há que se falar em absorção do crime previsto no art. 334 do Código Penal pela contravenção descrita no art. 50 da Lei das Contravenções Penais, em atenção ao princípio da consunção, como bem alertou o Ministério Público Federal em seu parecer de fls. 216/222:

Para aplicação do princípio da consunção é necessário que uma conduta menos grave, funcione como meio para concretização de uma conduta mais grave, exaurindo assim o potencial lesivo da conduta anterior nos limites do resultado mais danoso posterior; a conduta fim absorve a conduta meio.

(...)

Temos, portanto, de plano que no vertente caso isso não seria possível, pois a contravenção

prevista no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3688/41 possui pena mínima mais branda que o crime de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal, que, logo, pode ser considerado mais grave e, portanto, impossível de ser absorvido por mera contravenção:

(...)

Ainda, vale salientar que os delitos citados, além de tutelarem bem jurídicos distintos, apresentam momentos consumativos diversos. No crime de contrabando, o que se protege é a ordem pública e o comércio exterior, enquanto a contravenção de jogo de azar tem o objetivo de proteger a economia popular.

Tratam-se, portanto, de delitos autônomos, que atingiram bens jurídicos tutelados diferentes, de forma independente, sem nexo de dependência ou subordinação, situação em que não se permite a aplicação do princípio da consunção (fls. 217/218; *sic*).

Outrossim, tratando-se de conduta equiparada a contrabando (haja vista tratar-se de máquinas caça-níqueis, *mercadorias cuja internação é proibida no território nacional*), não comporta acolhida a pretensão de aplicação do princípio da insignificância porquanto, independentemente dos tributos eventualmente incidentes no caso de importação regular das máquinas, sua utilização em território nacional é proibida, de modo que não pode ser tida como de mínima ofensividade ao sistema normativo vigente ou de reduzida periculosidade social.

A propósito, trago os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, respectivamente:

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Na hipótese, não há qualquer utilidade em se realizar perícia para determinar o valor das máquinas caça-níqueis apreendidas, pois o princípio da insignificância não se aplica ao delito de contrabando, por não se tratar de infração puramente fiscal.
2. Ao contrário do que ocorre com o delito de descaminho, o bem juridicamente tutelado no crime de contrabando não se limita ao mero valor pecuniário do imposto elidido, pois também visa à proteção do interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. Recurso desprovido.

(STJ, RHC - Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 30.026, Reg. nº 2011/00737581, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 20.08.2013, v.u., DJe 27.08.2013)

**PENAL. CONTRABANDO. ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. PEÇAS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. DOSIMETRIA.**

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista que o apelante teve oportunidade, durante a instrução processual, de produzir provas e se defender. Preliminar afastada.
2. Impossível a aplicação do princípio da consunção, vez que uma conduta menos gravosa (contravenção de jogo de azar) não pode absorver conduta mais grave (crime de contrabando).
3. A autoria e a materialidade foram satisfatoriamente provadas pelos elementos de convicção existentes nos autos, restando controversos.
4. O conjunto probatório demonstrou que o réu FRANCIS THIAGO FERREIRA mantinha máquinas “caça-níqueis” de sua propriedade na residência de Selma Corrêa, constituídas por peças de origem estrangeira, conforme atestou o laudo pericial de fls. 64/66, o que caracteriza o crime de contrabando, na modalidade prevista no artigo 334, § 1º, “c” do Código Penal.

5. O fato de as peças periciadas serem de procedência estrangeira é suficiente para configurar a conduta típica, pois tais mercadorias são de uso e exploração proibidos no País, o que torna o fato relevante penalmente.
6. Configurado crime de contrabando perpetrado contra serviços e interesses da União, inaplicável o princípio da insignificância, restrito aos crimes de descaminho, quando a exação resulte inferior a R\$ 20.000,00, valor mínimo para cobrança do crédito tributário.
7. No caso, trata-se de crime de contrabando, no qual as mercadorias são de internação proibida, sendo irrelevante o valor do crédito tributário e, consequentemente, inaplicável o princípio da insignificância.
8. A pena-base foi mantida acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias do crime (apreensão de 09 máquinas caça-níqueis) e a culpabilidade (art. 59 do CP).
9. Ausentes atenuantes e agravantes bem como causas de diminuição ou de aumento de pena, a pena foi mantida em 01 (um) ano e 05 (cinco) meses de reclusão.
10. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.
11. Mantido o regime inicial aberto, nos termos do art. 33 do CP.
12. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

(TRF3, ACR - Apelação Criminal 52.855, Proc. nº 0000592-46.2010.403.6120, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 28.05.2013, v.u., DJe 10.06.2013)

**PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MERCADORIA PROIBIDA. INAPLICABILIDADE.**

1. O agente que mantém máquinas caça-níqueis que contenham peças de origem estrangeira, em seu estabelecimento comercial, comete a contravenção de jogo 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.
2. É inaplicável o princípio da consunção porquanto o crime de contrabando é mais grave que a contravenção de jogo de azar, de maneira que aquele não poderia ser absorvido por esta, ainda que se insira no contexto finalístico da ação.
3. Configurado crime de contrabando perpetrado contra serviços e interesses da União, patente a competência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito, nos termos do inciso IV do artigo 109 da Constituição da República.
4. A manutenção de máquinas caça-níqueis constituídas por peças de origem estrangeira, cuja importação é proibida, caracteriza o delito de contrabando.
5. O princípio da insignificância é aplicável ao delito de descaminho, na medida em que a exação resulte inferior a R\$ 10.000,00, em consonância com a jurisprudência dominante, segundo a qual esse seria o valor mínimo para cobrar o crédito tributário correspondente. Mas no caso do contrabando, no qual as mercadorias são de internação proibida, não há falar em crédito tributário e, em consequência, aplicabilidade do princípio da insignificância.
6. Materialidade e autoria demonstradas.
7. Apelação desprovida.

(TRF3, ACR - Apelação Criminal 52.625, Proc. nº 0001803-63.2009.403.6120, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 05.08.2013, v.u., DJe 14.08.2013)

No mesmo sentido: TRF3, ACr - Apelação Criminal 52.143, Proc. nº 0001589-38.2010.4.03.6117, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 21.05.2013, v.u., DJe 29.05.2013; e TRF3, ACr - Apelação Criminal 52.877, Proc. nº 0004724-15.2011.4.03.6120, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 05.08.2013, v.u., DJe 14.08.2013.

Quanto à *autoria*, tem-se o interrogatório do apelante, gravado em mídia eletrônica (fls.

136), no qual confessa, sem titubear, que ficava com 30% (trinta por cento) do lucro ofertado pelas máquinas apreendidas em seu estabelecimento, tendo ciência da proibição de sua utilização no País.

As testemunhas da acusação, a seu turno, prestaram depoimentos idênticos sobre as circunstâncias a envolver a materialidade do delito e a autoria do apelante (fls. 136).

Além disso, o réu está sendo processado pelo mesmo crime em outra ação penal, conforme certidão acostada a fls. 82, e, como tal, nem mesmo poderia se beneficiar de eventual alegação de desconhecimento da proibição.

Condenação mantida, inclusive no que tange à dosimetria da pena, fixada no mínimo legal e em regime compatível com a lei, substituída adequadamente por pena restritiva de direitos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação.

*É como voto.*

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

**APELAÇÃO CRIMINAL**  
**0003612-75.2010.4.03.6110**  
**(2010.61.10.003612-6)**

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E ANDRÉ TONIAL

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE SOROCABA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: ACr 43849

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2014

**EMENTA**

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 334, §1º, ALÍNEA “D”, 333, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL, E 183, “CAPUT”, DA LEI 9.472/97. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PROVA. PENA.

- Caso dos autos que é de recursos interpostos pelo Ministério Público Federal e pela defesa em face de sentença que absolveu o acusado quanto a delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e o condenou por delitos dos artigos 334, §1º, alínea “d” e 333, “caput”, ambos do Código Penal.

- Tendo o delito cigarros como objeto material, ainda que de venda proibida no país, situação alcunhada pela jurisprudência de contrabando por assimilação, a objetividade jurídica se confunde com a do delito de descaminho, de modo a natureza do delito não encerrar óbice à aplicação do princípio da insignificância, cabendo apurar do requisito referente ao valor dos tributos iludidos.

- PIS e COFINS que são classificados como contribuições, não podendo ser incluídos no valor que serve de referência, porquanto dispõe a norma penal sobre o não-pagamento de “imposto” devido. Incidência da proibição de interpretação extensiva ou analógica “in malam partem” no âmbito penal.

- Caso em que o valor do imposto elidido ultrapassa o limite estabelecido para a dispensa da cobrança do débito fiscal, não permitindo a solução da demanda com a aplicação do princípio da insignificância.

- Materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual quanto aos delitos dos artigos 334, §1º, alínea “d”, e 333, “caput”, ambos do Código Penal.

- Imputação de delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97 que se refere a atividade consistente na utilização de aparelho transceptor de radiofrequênci - acionado por meio de um botão no painel do veículo que o acusado conduzia -, sem a devida autorização legal. Caso em que a conduta foi praticada na presença de policiais militares rodoviários, sendo verossímil que o réu desconhecesse o injusto em sua conduta, configurando-se o erro de proibição. Erro que se revela inevitável em vista das circunstâncias em que praticada a conduta imputada.

- Penas-base reduzidas ao mínimo legal. Aplicação da súmula 444 do E. STJ.

- Recursos desprovidos. De ofício reduzida a pena-base de cada delito ao mínimo legal.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento aos recursos e, de ofício, reduzir a pena-base de cada delito ao mínimo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): André Tonial foi denunciado como incursão nos artigos 334, §1º, alínea “d”, 333, “caput”, ambos do Código Penal, e 183, “caput”, da Lei 9.472/97, c.c. 29 e 69, do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia que como apresentada se transcreve:

Consta dos autos que ANDRÉ TONIAL, mediante mais de uma ação, em concurso com outra pessoa até o momento não identificada, adquiriu, no exercício de atividade comercial, mercadorias estrangeiras desacompanhadas da respectiva documentação fiscal e cuja importação é proibida, ofereceu vantagem indevida a funcionários públicos, para determiná-los a omitir ato de ofício e manteve em utilização aparelho transceptor de radiofrequência, que funcionava sem a devida autorização legal, desenvolvendo, clandestinamente, atividade de telecomunicação. No dia 5 de abril de 2010, por volta das 20:00h, policiais militares que estavam em fiscalização na praça de pedágio no município de Quadra/SP, na altura do km 158 da Rodovia Castello Branco, avistaram dois automóveis trafegando próximos um do outro, sendo um Meriva, cor branca, e uma Zafira, cor preta. Cada um dos veículos entrou numa cabine diferente do pedágio, oportunidade em que os policiais determinaram que ambos os automóveis estacionassem ao lado, próximo da viatura policial, para serem fiscalizados.

O condutor do veículo Zafira fugiu em alta velocidade pela Rodovia Castello Branco, no sentido capital, não sendo possível aos policiais, sequer, anotar as placas daquele automóvel. Contudo, um dos policiais verificou que, no interior do veículo, havia grande quantidade de cigarros e era ocupado por apenas uma pessoa.

O automóvel Meriva, cor branca, placas DJF-7329 São Paulo/SP, era conduzido por ANDRE TONIAL, que acatou a ordem de parar para ser fiscalizado.

No momento em que ANDRE TONIAL desceu do veículo que conduzia, ofereceu vantagem indevida aos policiais militares, correspondente aos valores que possuía consigo, aproximadamente, R\$ 1.000,00 em dinheiro, para escapar da fiscalização. ANDRE TONIAL pediu aos policiais que lhe deixassem, apenas, R\$ 100,00 para poder seguir viagem.

Um dos policiais, no intuito de localizar e identificar o condutor do veículo Zafira, deu seguimento à conversa em que ANDRE TONIAL lhe ofereceu vantagem indevida, ocasião em que a oferta aumentou para para R\$ 5.000,00, dizendo ANDRÉ TONIAL que conseguiria tal valor com o condutor do automóvel Zafira.

Indagado pelos policiais a maneira pela qual contataria o condutor da Zafira, ANDRE TONIAL dirigiu-se até o automóvel Meriva e acionou um botão no painel do carro, iniciando comunicação, via rádio, com uma pessoa de apelido “Negrinho”, que, por sua vez, não atendeu à chamada.

Vistoriado o veículo Meriva, que não possuía o banco traseiro, os policiais verificaram que, em seu interior, havia grande quantidade de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da respectiva documentação fiscal, cuja importação é proibida. Ouvido em sede policial

(fls. 125/127), ANDRE TONIAL confirmou que os cigarros apreendidos nos presentes autos são oriundos do Paraguai e que fora contratado para transportar a carga de cigarros de Foz do Iguaçu/PR até o km 69 da Rodovia Castello Branco, local em que a entregaria a pessoa indeterminada, que faria contato com o denunciado pelo telefone. Acrescentou que tinha conhecimento acerca do rádio transceptor instalado no veículo que conduzia e que tal equipamento servia para contatar o condutor do veículo Zafira, pessoa com quem realizava viagem. A autoria de todos os delitos imputados a ANDRE TONIAL ficaram demonstradas pelos depoimentos dos policiais que abordaram ANDRE TONIAL (fls. 02/05) e pelas declarações do próprio denunciado em sede policial (fls. 125/127).

A materialidade delitiva do crime tipificado no artigo 334 do Código Penal está comprovada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 11, pelo Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias de fls. 100/101 e pelo Laudo de Exame Merceológico de fls. 104/106, atestando que o valor total dos cigarros apreendidos corresponde a R\$ 17.346,10, equivalentes a US\$ 9.870,88. A Receita Federal do Brasil estimou, às fls. 99, em R\$ 18.082,12 os tributos federais iludidos. A quantidade de cigarros apreendidos e a sua finalidade não deixam dúvidas de que se destinavam ao comércio.

Por sua vez, os valores em dinheiro apreendidos com o acusado, R\$ 1.342,70 equivale àquele oferecido aos policiais para que não se realizasse a autuação (fls. 32).

Já a materialidade delitiva referente ao crime previsto no artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97, está caracterizada pelo Laudo de Exame de Veículo Terrestre de fls. 84/90, que constatou a instalação, de forma dissimulada, no painel e console do veículo Meriva, cor branca, placas DJF-7329 São Paulo/SP, de um rádio transceptor FM, bem como pelo Laudo de Exame de Equipamento Eletroeletrônico de fls. 91/94 realizado no aparelho transceptor instalado no Meriva, cor branca, placas DJF-7329 São Paulo/SP, que atestou que o equipamento estava apto à comunicação, que não detém registro junto ao Sistema de Gestão de Certificação e Homologação da ANATEL e que se encontrava programado para operar na freqüência de 140,625 MHz e na potência de saída RF HIGH de 50 W. Ademais, ressalta o laudo pericial de fls. 91/94, especialmente às fls. 94, que o aparelho apreendido “pode sintonizar e interferir nas freqüências atribuídas aos órgãos oficiais”.

Portanto, conclui-se que o denunciado, com vontade livre e consciente, em concurso material de delitos e de pessoas, adquiriu, no exercício de atividade comercial, mercadorias estrangeiras (cigarros) desacompanhadas da respectiva documentação fiscal e cuja importação é proibida, ofereceu vantagem indevida a funcionários públicos (policiais), para determiná-los a omitir ato de ofício (fiscalização) e utilizou aparelho transceptor de radiofreqüência, que funcionava sem a devida autorização legal, desenvolvendo, clandestinamente, atividade de telecomunicação.

A sentença proferida é de absolvição do acusado quanto ao delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e de condenação por delitos dos artigos 334, §1º, alínea “d” e 333, “caput”, ambos do Código Penal a, respectivamente, um ano e nove meses de reclusão e dois anos e quatro meses de reclusão e vinte e três dias-multa, totalizando quatro anos e um mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de vinte e três dias-multa no valor unitário mínimo.

Recorre o Ministério Público Federal, postulando a condenação do acusado também quanto ao delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97 alegando, em síntese, que o réu detinha consciência da ilicitude do fato.

Também recorre a defesa, no arrazoado que apresenta pretendendo a absolvição do acusado quanto ao delito do artigo 333 do Código Penal com alegações de que a sentença possui “alto grau de subjetivismo” e de ausência de provas.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da acusação.

*É o relatório.*

*À revisão.*

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Insurgem-se o Ministério Público Federal e a defesa contra a sentença que absolveu o acusado quanto a delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e o condenou por delitos dos artigos 334, §1º, alínea “d” e 333, “caput”, ambos do Código Penal.

Em relação ao delito do artigo 334, §1º, alínea “d”, do Código Penal, o caso é de apreensão de cigarros de origem estrangeira desacompanhados da documentação fiscal.

Ao início, cabe avaliar da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, segundo o qual não há adequação típica se a conduta não é capaz de causar lesão significativa ao bem jurídico que se visa resguardar.

Cuida-se de tema há muito discutido, objeto de debates e controvérsias mas o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, consoante julgados de ambas as colendas Turmas:

**EMENTA: 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.

(HC 96309, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-03 PP-00606)

**HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA**

**LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI N° 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL. AUSSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.**

1. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade.

2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva.

3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.

(HC 92438, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00925)

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça adotava orientação majoritária em contrário mas por força dos precedentes citados deliberou encampar o posicionamento da Suprema Corte:

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.**

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009)

Destarte, na atualidade, orientam-se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação do princípio da insignificância quando o valor do tributo elidido não ultrapasse o limite estabelecido para a dispensa da cobrança do débito fiscal, cabendo asseverar que o critério baseia-se com exclusividade na expressão econômica e não sofre derrogações decorrentes de antecedentes criminais.

Com efeito, alegada reiteração de condutas delitivas não tem o condão de afastar a aplicação do princípio da insignificância que guarda relação com critério objetivo da lesão ao bem jurídico tutelado e não com características pessoais do agente, neste sentido destacando-se os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL. DESCAMINHO. CONTRABANDO. CIGARROS IMPORTADOS. FALTA DE PROVAS DE QUE SE TRATA DE MERCADORIA DE IMPORTAÇÃO PROIBIDA. CRIME DE DESCAMINHO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA insignificância . APPLICABILIDADE. VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO NÃO ULTRAPASSA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). CONDUTA REITERADA NÃO OBSTA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO EM COMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A importação de cigarros , no campo da irregularidade, pode configurar tanto o delito de contrabando como o de descaminho, a depender do atendimento aos requisitos exigidos pela legislação aduaneira vigente, especialmente, o artigo 50 da Lei n.º 9.532/1997, consolidado no artigo 540 do Decreto n.º 4.543/2002; II - Não havendo provas de que se trata de mercadoria proibida, presume-se tratar do delito de descaminho, ao qual é aplicável o princípio da insignificância;

III - O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram entendimento no sentido de empregar o Princípio da Insignificância aos débitos tributários que não transponham o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) nos casos de descaminho, a teor do disposto o artigo 20 da Lei nº. 10.522/02;

IV - A reiteração de condutas não é óbice para aplicação do princípio da insignificância, quanto o postulado trabalha no campo da tipicidade material, cuja configuração se afere com base no desvalor da conduta ou do resultado, critérios objetivos. Precedentes;

V - Mantida a decisão que rejeitou a denúncia. Recurso em sentido estrito improvido.

(TRF3, RSE 2009.60.02.000101-2, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. em 05/10/2010)

PROCESSO PENAL. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESCAMINHO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA RECONHECENDO A insignificância DA CONDUTA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DO RÉU. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Decisão que monocraticamente julgou apelo ministerial, negando-lhe provimento, para manter a absolvição sumária do réu por crime de descaminho, ante a aplicação do princípio da insignificância, agravada pela Procuradoria Regional da República.

2. A absolvição do réu foi mantida com a constatação de que o fato narrado na inicial é materialmente atípico, o que vai ao encontro da recente jurisprudência das Cortes superiores e com o entendimento deste Relator.

3. A insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado interfere na tipicidade material, motivo pelo qual, considerações acerca da conduta social do agente, da reincidência e da habitualidade delitiva devem ser desprezadas em favor da exclusividade na valoração da lesividade do evento. Não sendo assim, o saudável princípio da insignificância - preso que se acha ao princípio da intervenção mínima do Direito penal - restaria contaminado pelo “Direito penal do autor”.

4. Recurso desprovido.

(TRF3, ACR 2008.60.05.001068-0, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. em 30/11/2010)

Observo também que a se pretender o preenchimento do requisito objetivo do limite de valor somando tributos sonegados haverá a exigência de produção de prova pertinente esclarecedora da situação no âmbito do contraditório.

No que concerne à aplicação do princípio da insignificância ao delito tendo cigarros como objeto material, anoto que, ainda que o caso seja de cigarros de venda proibida no Brasil, situação alcunhada pela jurisprudência de contrabando por assimilação, a objetividade jurídica se confunde com a do delito de descaminho, de modo à natureza do delito não encerrar óbice à aplicação do princípio da insignificância , assim entendendo o E. Superior Tribunal de Justiça em julgado com a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. CRIME DE CONTRABANDO POR ASSIMILAÇÃO. CIGARROS. REINSERÇÃO DE MERCADORIA BRASILEIRA DESTINADA À EXPORTAÇÃO NO TERRITÓRIO NACIONAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA . INCIDÊNCIA. VALOR INFERIOR A R\$ 2.500,00, NOS TERMOS DA LEI N.º 10.522/02. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Se a própria União, na esfera cível, a teor do art. 20 da Lei n.º 10.533/2002, entendeu por perdoar as dívidas inferiores a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), não faz sentido apena o recorrente pelo crime de contrabando por assimilação , pelo fato de ter introduzido no país mercadoria nacional sem o recolhimento de tributo inferior ao mencionado valor.
  2. Aplicação do princípio da insignificância como causa suprallegal de exclusão da tipicidade. Precedentes do STJ.
  3. Recurso provido.
- (REsp 308.307/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 12/04/2004 p. 232)

Passa no caso concreto à prova sob todos estes aspectos o princípio, todavia faltando ainda apurar do requisito referente ao valor dos tributos iludidos.

No caso em exame, verifica-se na planilha de fl. 99 que no valor apurado pela Receita Federal foram computados os seguintes tributos: Imposto de Importação, no valor de R\$ 3.469,22; Imposto sobre Produtos Industrializados, no valor de R\$ 12.376,15; PIS/COFINS, no valor de R\$ 2.236,75; totalizando R\$ 18.082,12.

O artigo 334, “caput”, do Código Penal dispõe:

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (...).

Do exame literal da redação do dispositivo citado observa-se que a previsão é de não pagamento de imposto devido, destarte não podendo ser incluídos neste valor o PIS e a COFINS (R\$ 2.236,75), classificados como contribuições, em razão da proibição de interpretação extensiva ou analógica “in malam partem” no âmbito penal.

Nesse sentido tem sido o entendimento desta Corte, de que é exemplo o seguinte julgado:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MPF. DESCAMINHO. INSIGNIFICÂNCIA PENAL. CARGA TRIBUTÁRIA SONEGADA. LEI Nº 10.865/2004. LEI Nº 10.833/2003. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS , CONFINS E ICMS . IMPOSTOS DE IMPORTAÇÃO E SOBRE PRODUTO INDUSTRIALIZADO. VALOR INFERIOR AO PASSÍVEL DE EXIGÊNCIA JUDICIAL. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Recurso da acusação contra sentença que desconsiderou o valor do ICMS, tomando por base o valor dos tributos federais sonegados, II, IPI, PIS e COFINS , para absolver sumariamente o réu do crime de descaminho, pela aplicação do princípio da insignificância.
2. O artigo 334 do Código Penal - que não admite interpretação extensiva nem analógica, senão in bonam partem - estabelece que seja punida a sonegação de imposto devido pela entrada clandestina de mercadoria de procedência estrangeira. Tratando-se de introdução de mercadoria alienígena não proibida, a carga tributária devida à União é composta pelo Imposto de Importação (II), cujo fato gerador é a entrada do produto estrangeiro no território nacional (artigo 19 do CTN); e pelo Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), derivado do desembarço aduaneiro do artigo de origem estrangeira (artigo 46, I, do CTN).
3. O COFINS /importação e o PIS /importação, instituídos pela Lei nº 10.865/2004, além de pertencerem à classe das contribuições, são indiferentes no âmbito criminal para se estimar o valor dos tributos evadidos no descaminho, considerando que o discurso do artigo 334 do

Código Penal criminaliza somente a sonegação de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo da mercadoria. Acrescente-se que consoante a Lei nº 10.865/2004 - que rege as estruturas tributárias do COFINS /importação e do PIS /importação - tais contribuições não incidem sobre bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento. (artigo 2º, III). Sucede que no crime de descaminho a regra é o decreto de perdimento, de modo que a estimativa fiscal da carga tributária para fins de representação criminal não pode levar em conta aquelas contribuições, sob pena de infração ao princípio da estrita legalidade.

4. Ainda, no caso de perdimento, o artigo 65 da Lei nº 10.833/2003 estabelece que a Receita Federal pode aplicar alíquota de 50% sobre o valor arbitrado das mercadorias apreendidas, para o cálculo do valor estimado dos impostos de importação (II) e sobre produtos industrializados (IPI), que seriam devidos na internação regular, para efeitos de controle patrimonial, elaboração de estatísticas, formalização de processo administrativo fiscal e representação fiscal para fins penais.

5. O ICMS não incide no cálculo porque o fato gerador desse imposto estadual é o desembarço aduaneiro (STF, Súmula nº 661), inexistente quando a introdução é irregular e a mercadoria é apreendida e submissa a perdimento.

6. A tese defendida pela acusação, acerca do cálculo do tributo sonegado pelo réu, não possui validação jurídica. Saliente-se que nem mesmo a sentença de primeiro grau tomou por base a estimativa adequada, uma vez que incorporou ao quantum os valores do PIS e do COFINS.

7. Levando-se em conta - apenas - o valor do II (R\$ 2.692,80) e do IPI (R\$ 3.516,40), verifica-se que a carga tributária sonegada pelo réu equivale a R\$ 6.209,20 e, portanto, é inferior à expressão monetária que as autoridades tributárias entendem como passível de exigência pela via judicial, R\$ 10.000,00.

8. Conduta do réu materialmente atípica pela insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado.

9. Recurso a que se nega provimento.

(ACR nº 2010.61.81.008369-9, relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, 1ª Turma, julgado em 27/09/2011, publicado em 05/10/2011)

Todavia, ainda que excluídos os valores do que não se apresenta como impostos mas como contribuições, não se possibilita no caso a aplicação do princípio da insignificância, porquanto o valor resultante é de R\$ 15.845,37 (quinze mil oitocentos e quarenta e cinco reais e trinta e sete centavos), montante que é superior ao limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais) previsto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, vigente na data dos fatos, sendo que o referido valor atualizado até janeiro de 2014 corresponde ao montante de R\$ 21.362,72 (vinte e um mil trezentos e sessenta e dois reais e setenta e dois centavos), que por sua vez é superior ao limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) previsto na Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, atualmente em vigor.

Solucionada esta questão com a conclusão de inaplicabilidade do princípio da insignificância, agora adentrando ao exame das provas, anoto que a materialidade restou amplamente demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 11, bem como pelo auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal de mercadorias de fls. 100/101 e laudo de exame merceológico de fls. 104/106.

A autoria dolosa é outra verdade devidamente estabelecida nos autos pelas evidências do flagrante do acusado quando conduzia o veículo no qual foram apreendidos os cigarros de origem estrangeira desacompanhados da documentação fiscal, sendo corroboradas pelas declarações em juízo das testemunhas de acusação - policiais militares rodoviários - (mídia de fl. 224).

No tocante ao delito de corrupção ativa, a imputação é de conduta do acusado oferecendo vantagem indevida a policiais militares rodoviários, consistente em cerca de mil reais, e aumen-

tando a oferta para cinco mil reais a fim de determiná-los a omitir ato de ofício (fiscalização).

Compulsados os autos, verifica-se da análise do conteúdo da mídia acostada à fl. 224 que em juízo a testemunha Márcio Francisco Magalhães afirmou que no momento da abordagem o acusado indagou se poderia haver uma conversa alegando que poderia pagar a importância de mil reais, também aduzindo a testemunha que continuou a conversa com o objetivo de localizar o motorista do veículo que havia empreendido fuga e que o réu afirmou que poderia aumentar a vantagem para cinco mil reais a ser obtida com o condutor da Zafira. Marcos Roberto Rosa, a seu turno, declarou que o acusado ofereceu uma quantia em dinheiro e posteriormente informou que poderia haver mais dinheiro com seu parceiro.

O acusado, por sua vez, alegou em seu interrogatório judicial que um dos policiais perguntou “*o que a gente pode fazer?*” e que respondeu que tinha mil trezentos e poucos reais, também afirmando que o policial estava muito alterado porque um dos colegas tinha ido atrás da Zafira e declarando que disse ao policial que não tinha o telefone do outro condutor e que seu apelido era “Negrinho”, ainda aduzindo que a pessoa que lhe entregou o carro explicou que apertando um botão no painel era possível obter freqüência para falar com outras pessoas num circuito fechado e declarando que o policial queria que ele o ajudasse a localizar o “Negrinho” que estava na Zafira, alegando outrossim que o policial perguntou quanto valia a carga e que respondeu que valia aproximadamente cinco mil reais, sendo que o policial se alterou perguntando “*você está oferecendo dinheiro pra mim?*” e dizendo que argumentou que não estava oferecendo dinheiro mas apenas respondendo à pergunta.

A sentença concluiu pela configuração do delito nestes termos (fl. 274):

Em relação ao delito previsto no artigo 33, do Código Penal, o denunciado narrou que os policiais o abordaram, ao verificarem o transporte de cigarros perguntaram “*o que a gente pode fazer?*”, tendo o réu entendido que os policiais pediam-lhe dinheiro, razão pela qual informou os policiais que tinha em torno de mil reais e que precisava de uns cem reais para continuar a viagem. Negou ter oferecido cinco mil reais aos policiais e que somente disse que a carga estava avaliada nesse montante.

Todavia, os policiais ouvidos na qualidade de testemunhas de acusação afirmaram que o denunciado tomou a iniciativa de oferecer quantia em dinheiro para uma conversa e que poderia haver mais dinheiro com o motorista da Zafira.

Destarte, considerando-se as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante do denunciado, o fato de já ter sido preso anteriormente pela mesma prática delitiva, a apreensão de pouco mais de mil reais em seu poder e a confirmada tentativa de localização com o condutor do veículo Zafira, concluo que o denunciado efetivamente ofereceu vantagem pecuniária aos policiais a fim de evitar a apreensão da mercadoria e a prisão do denunciado.

A defesa alega em seu arrazoado que a sentença possui “alto grau de subjetivismo” e que “sobretudo por conta da riqueza de detalhes fornecida pelo Apelante em seu testemunho, na pior das hipóteses deveria ficar a dúvida sobre de quem partiu a oferta e não a certeza infundada manifestada pela julgadora”, também aduzindo que “exatamente por tratar-se de policiais militares, deles não se podia esperar outra conduta, senão a de imputar ao réu a oferta de valor para persuadi-los”.

Uma primeira consideração a ser feita é que a mera condição da testemunha como policial participante das diligências não opera qualquer desfalque na credibilidade do depoimento, que deve ser aferida pelos critérios próprios de lógica judiciária.

Outro não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal

de Justiça e desta Corte, destacando-se os seguintes julgados:

- *Habeas corpus*. 2. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, a 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 50 dias-multa. 3. Alegação de o réu ter sido condenado com base exclusiva em depoimento policial. 4. Nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais, invocados na sentença, confirmada no acórdão. Além da comprovação da materialidade do delito, a prova testemunhal decorrente de declarações dos policiais foi colhida, em juízo, assegurado o contraditório, inexistindo qualquer elemento a indicar pretendessem os policiais incriminar inocentes. 5. *Habeas Corpus* indeferido. (STF, HC 77565, Segunda Turma, Relator: Ministro Neri da Silveira, DJ 02/02/2001)

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA.**

.....  
2. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.

.....  
5. Ordem denegada.

(STJ, HC 98766, Sexta Turma, Relator: Ministro Og Fernandes, DJe 23/11/2009)

**CRIMINAL. HC. CONDENAÇÃO EM PORTE ILEGAL DE ARMAS E USO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MOTIVADA TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.**

.....  
II. O depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.

.....  
IV. Ordem denegada.

(STJ, HC 40162, Quinta Turma, Relator: Ministro Gilson Dipp, DJ 28/03/2005)

**PENAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL . AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO IMPROVIDO.**

.....  
3. Os depoimentos dos agentes policiais que efetuaram o flagrante são válidos e merecem credibilidade , uma vez que não se vislumbra nos autos motivos concretos a justificar incriminação do apelante, por parte dos policiais. A condição de policial não torna as testemunhas impedidas ou suspeitas.

.....  
7. Apelação a que se nega provimento.

(TRF3, ACR 1001039-56.1997.4.03.6125, Primeira Turma, Relatora: Desembargadora Federal Vesna Kolmar, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/10/2011)

É de se ressaltar, ainda, que os depoimentos das testemunhas são convergentes e que, considerando que o comparsa do acusado logrou êxito em empreender fuga, é verossímil a afirmação da testemunha de que foi dado prosseguimento na conversa para que pudesse localizar o agente foragido, anotando-se por oportuno que o próprio acusado confirmou que o policial queria que ele o ajudasse a localizar o “Negrinho”.

Também opera em favor da credibilidade dos depoimentos das testemunhas - no sentido de que foi o acusado quem ofereceu a vantagem indevida - a circunstância de apreensão do montante de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) que estava em poder do réu, conforme se verifica no auto de apresentação de fl. 11.

Digno de nota também que, na eventualidade de partir a iniciativa dos policiais, diante das declarações do réu onde nada se entrevê de peremptória recusa, de maior verossimilhança era a hipótese de os policiais receberem o dinheiro e sem explicação ficando uma suposta reviravolta, passando os policiais a acusar o réu de oferecer a vantagem quando eles a tivessem solicitado, a este inverossímil e inexplicável quadro conduzindo a alegação da defesa.

Depreende-se, destarte, que, ao contrário do que alega a defesa, a sentença não está eivada de “*alto grau de subjetivismo*” porquanto alicerçada em elementos concretos coligidos aos autos, mormente nos depoimentos em juízo das testemunhas, os quais investem-se de valor superior de prova, anotando-se que o simples fato de a versão escusativa ter sido apresentada com detalhes pelo acusado por si só não a sustenta quando nada nos autos se apresenta como elemento de corroboração, como é o caso vertente, não havendo a mais ligeira dúvida da configuração do delito.

Em relação ao delito do artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97, os fatos imputados são de utilização de aparelho transceptor de radiofrequência - acionado por meio de um botão no painel do veículo que o acusado conduzia -, sem a devida autorização legal.

A juíza “a quo” concluiu pela não configuração do delito imputado, destacando-se o pertinente trecho da sentença:

O réu também foi denunciado pela conduta típica do artigo 183, “caput”, da Lei n. 9.472/97 consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação com o fito de coibir interferências prejudiciais aos serviços de telecomunicações regularmente instalados.

A materialidade do delito em questão restou demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão e pelo laudo de exame do rádio transceptor, que concluiu que o equipamento, instalado de forma oculta, sofreu modificação para ampliar a faixa de freqüência para 136-174 MHz, comumente utilizada para radiocomunicação abrangendo diversos serviços de órgãos oficiais, sendo conclusivo o laudo do sentido de que o rádio periciado pode sintonizar e interferir nas freqüências atribuídas a órgãos oficiais.

À autoridade policial, o denunciado afirmou ter conhecimento da existência do rádio transceptor instalado no veículo Meriva e que serviria para contatar o condutor do veículo Zafira durante a viagem que realizavam juntos. Em Juízo, disse que lhe foi informado que no veículo havia um dispositivo que possibilitaria a comunicação com outras pessoas, como se fosse um telefone; que se comunicou uma vez com o condutor do outro veículo; e que o policial determinou que tentasse comunicação com o condutor da Zafira, mas ninguém atendeu à sua tentativa de comunicação.

Apesar do denunciado ter confirmado a utilização do dispositivo para comunicação, o tipo subjetivo não se encontra presente na medida em que não há elementos nos autos que demonstrem, com a certeza necessária, que o acusado tenha se utilizado do aparelho transceptor com

consciência da ilicitude do fato. Nota-se que o aparelho já se encontrava instalado no veículo entregue ao denunciado, tendo o denunciado associado o aparelho a um telefone convencional. Para a ocorrência da condenação penal não basta que esteja demonstrada a materialidade do delito; é indispensável também a prova do elemento subjetivo do tipo penal em apreço, visto que meros indícios ou conjecturas não bastam para se firmar um decreto condenatório, que deve se alicerçar em provas estremes de dúvida.

Alega o Ministério Público Federal que o “aparelho possui grande potencialidade lesiva aos meios de comunicação, visto a sua capacidade de sintonizar e interferir nas freqüências atribuídas a órgãos oficiais (caso das Polícias Civil, Militar e Federal)” e que não é crível a declaração do acusado de que imaginava se tratar de “uma espécie de telefone”, também aduzindo que “tal ingenuidade não condiz com os péssimos antecedentes”.

A meu juízo, não merecem acolhida as alegações do órgão ministerial, devendo ser mantido o decreto absolutório porquanto configurado o erro de proibição, que consiste no erro sobre a ilicitude do fato.

A respeito do instituto do erro de proibição, dispõe o artigo 21, “caput”, do Código Penal:

O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Do teor do referido artigo de lei depreende-se que o mero desconhecimento da lei não se confunde com o erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição), o primeiro correspondendo ao desconhecimento da norma legal em sentido estrito e sendo inescusável, já o segundo referindo-se ao desconhecimento do injusto, vale dizer, do que é proibido na convivência em sociedade, e podendo ser causa de isenção de pena, se inevitável, ou de diminuição de pena, se evitável.

Destaco, a propósito, as lições de Francisco de Assis Toledo (“Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal”, RT 578/291):

Só uma enorme confusão poderia identificar duas coisas diferentes como estas - o desconhecimento do injusto e o desconhecimento da norma legal. Injusto é algo que não nos é permitido fazer, segundo definição Schmidhauser; lei, em sentido jurídico, é a norma editada pelos órgãos competentes do Estado. A ignorância desta última não pode confundir-se, obviamente, com o desconhecimento do primeiro, até porque a ilicitude de um fato não está no fato em si nem nas leis vigentes, mas entre ambos, isto é, na relação entre o fato e o ordenamento jurídico.

Assim, para que reste configurado o erro de proibição é preciso verificar no caso concreto se havia por parte do agente desconhecimento do injusto em sua conduta, não bastando o mero desconhecimento da lei penal.

Na hipótese dos autos, entendo não haver a mais leve dúvida de que o réu desconhecia o injusto em sua conduta só pelo fato de que fez uso do aparelho transceptor perante os policiais militares rodoviários. Ora, soubesse o réu da ilicitude da conduta, não a praticaria justamente à vista dos agentes da polícia, configurando situação de flagrante delito a justificar uma prisão.

O que se verifica, enfim, é que o caso não é de atividade de telecomunicação desenvolvida clandestinamente, por exemplo, em uma estação de rádio, situação em que o caráter injusto da conduta está amplamente difundido na sociedade, mas de atividade consistente no uso - na presença de policiais militares rodoviários - de equipamento instalado em automóvel, ou seja, em contexto em que se desvela verossímil a declaração do acusado de que o aparelho funcionava

como se fosse um telefone, a propósito anotando-se que sequer há prova de quem realizou a instalação, outra não podendo ser a conclusão senão a de que não detinha conhecimento da ilicitude de tal conduta.

Consigno ainda que, no caso, o erro sobre a ilicitude do fato se revela inevitável em vista das características do equipamento (tamanho reduzido, instalado em veículo etc.) e da ausência de prova quanto a quem realizou a instalação, sendo razoável presumir que não tinha o acusado condições de pressupor a proibição da conduta, o que autoriza a isenção de pena.

Nesta ordem de considerações, concluo pela manutenção do veredito condenatório quanto aos delitos dos artigos 334, §1º, alínea “d” e 333, “caput”, ambos do Código Penal, bem como do decreto absolutório quanto ao artigo 183, “caput”, da Lei 9.472/97.

Com relação às penas, observo que a pena-base foi fixada em um ano e seis meses de reclusão quanto ao delito do artigo 334, §1º, alínea “d”, do Código Penal e em dois anos de reclusão e vinte dias-multa quanto ao delito do artigo 333 do Código Penal, com a aplicação da agravante da reincidência em 1/6 definindo-se em um ano e nove meses de reclusão e dois anos e quatro meses de reclusão e vinte e três dias-multa.

A pena-base foi aplicada nos seguintes termos:

a) Circunstâncias judiciais do art. 59, do CP - culpabilidade evidenciada e dolo comprovado. Motivos condizentes com a lucratividade da atividade ilícita. Consequências do crime referem-se à lesão ao erário, à saúde pública e à moralidade da autoridade policial.

Diante dos maus antecedentes do denunciado (fls. 243/244, 248/249 e 251/254), as penas-bases deverão superar o mínimo legal, fixando-as em 1 (um) ano e (6) seis meses de reclusão para o delito do artigo 334, §1º, alínea “d” e 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa para ao delito do artigo 333 do CP.

Quanto à circunstância dos antecedentes avaliada desfavoravelmente na sentença com amparo nas certidões de fls. 243/244, 248/249 e 251/254, verifico que a condenação penal a que se refere a primeira foi considerada para fins de aplicação da agravante da reincidência, não podendo também justificar a exasperação da pena-base, sob pena de “bis in idem”, ainda cabendo anotar que nas demais certidões mencionadas não consta informação de condenação com trânsito em julgado, não havendo portanto antecedentes em conformidade com a Súmula 444 do E. STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Destarte, deve a pena-base recuar ao mínimo legal.

Com relação à agravante da reincidência, anoto que se justifica sua aplicação, nos termos do artigo 63 do Código Penal, ante a prática de novo delito pelo acusado após sentença condenatória transitada em julgado por delito do artigo 330 do Código Penal (fl. 246), não se desvelando o patamar de 1/6 fixado na sentença em desconformidade com os critérios legais.

Assim, fica a pena-base estabelecida em um ano de reclusão quanto ao delito do artigo 334, §1º, alínea “d”, do Código Penal, e em dois anos de reclusão e dez dias-multa, quanto ao delito do artigo 333, “caput”, do Código Penal, com a aplicação da agravante da reincidência em 1/6 definindo-se, respectivamente, em um ano e dois meses de reclusão e em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa as penas aplicadas, totalizando *três anos e seis meses de reclusão e onze dias-multa*.

Sendo o réu reincidente e considerando ainda o não reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fica mantido o regime semiaberto para o início de cumprimento de pena, nos termos da súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça (“É admissível a adoção do

*regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais").*

Em vista do não preenchimento do requisito previsto no artigo 44, inciso II, do Código Penal, uma vez que se trata de acusado reincidente em crime doloso, e não se desvelando ser a medida socialmente recomendável a autorizar a aplicação do §3º do referido artigo de lei, não há se excogitar de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Diante do exposto, nego provimento aos recursos e, de ofício, reduzo a pena-base de cada delito ao mínimo legal, nos termos supra.

*É o voto.*

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

**“HABEAS CORPUS”**  
**0025590-03.2013.4.03.0000**  
**(2013.03.00.025590-0)**

Impetrantes: ISMAR MARCILIO DE FREITAS NETO E PEDRO AUGUSTO DE PADA FLEURY

Paciente: FÁBIO YUSSEI IVANAGA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5<sup>a</sup> VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: HC 55986

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/11/2013

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRADO REGIMENTAL PREJUDICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.*

1. No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas, é necessário distinguir “preparação de drogas” da “produção de drogas”.
2. A semente de maconha presta-se à *produção* da maconha, mas não à *preparação* dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahidrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas.
3. O verbo *preparar* tem o sentido de “aprontar (algo) para que possa ser utilizado”; “cuidar para que (algo) aconteça como planejado”; “compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes”; “criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)”, entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo *produzir* significa “fazer nascer de si”; “fabricar”; “causar”; “provocar”, etc. (*ibidem*).
4. Comparando esses verbos, verifica-se que: a) a semente de maconha não pode ser “composta” com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de “aprontar” a semente de maconha, “cuidar” dela ou “criar um estado de coisas propício” a que ela germe importam a que a semente seja “semeada” ou “cultivada”. Só assim, ela “produzira” a maconha, ao dela “fazer nascer” a planta que dará origem à droga.
5. A semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à *preparação* da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.
6. Para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as *sementes* da planta Cannabis sativa Linneu.
7. A semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à *produção* da maconha. Não há, porém, qualquer referência à *produção* de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a “preparação” à “produção” em face do

princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal. Caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à “produção” e não apenas à “preparação” de drogas, no inciso em questão.

8. Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a consequente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas.

9. A semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à *planta* que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada “maconha”. A importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

10. Só quando o agente inicia a semeadura ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no § 1º, II, do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

11. Importante ressaltar a distinção que a lei faz em relação à *matéria-prima* que sirva para a preparação de drogas e às *plantas que se constituem em matéria-prima* para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em “*matéria-prima*, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, enquanto, no inciso II, “*plantas que se constituam em matéria-prima* para a preparação de drogas”.

12. Razoável interpretar a primeira referência a “*matéria-prima*”, contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a *matéria-prima* não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em *matéria-prima* para a preparação da substância entorpecente conhecida como “maconha”.

13. Assim, não se prepara a “maconha” tendo por base a *semente* dela, mas sim a partir da *planta* que dela se originou.

14. Registre-se que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito.

15. Ainda que equiparasse a *preparação* de drogas à sua *produção*, a quantidade da *semente* apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

16. Cumpre registrar que a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, *caput*, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de ma-

conha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, *crime*, ressalvando-se que não se trata de *crime de tráfico de drogas*, mas sim de *contrabando*.

17. Eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator.

18. Quanto à quantidade da semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela. Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social (“ultima ratio”), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados.

19. Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto, pois o fato, embora formalmente típico, pode não se encaixar sob o ponto de vista da tipicidade material.

20. Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é a de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada.

21. Na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas.

22. Agravo regimental prejudicado. Ordem concedida para trancar a ação penal, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental e conceder a ordem para trancar a ação penal nº 0012284-82.2012.403.6181, que tramita perante a 5<sup>a</sup> Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente Fábio Youssei Ivanaga, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2013.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Ismar Marcilio de Freitas Neto e Pedro Augusto de Padua Fleury em favor de *Fábio Yussei Ivanaga*, por meio do qual objetivam o trancamento da ação penal nº 0012284-82.2012.403.6181, que tramita perante a 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP e apura a prática do delito descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, c.c. artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Os impetrantes alegam, em síntese, que:

- a) o paciente não importou as sementes com o fim de produzir ou traficar drogas, mas por mera curiosidade.
- b) o paciente tem ocupação lícita, residência fixa e bons antecedentes.
- c) o laudo pericial não comprova que as sementes adquiridas pelo paciente podem ser efetivamente utilizadas para a produção da droga.
- d) as circunstâncias dos autos revelam a absoluta ausência de dolo do paciente para o cometimento do crime de tráfico.

Requer, em sede de liminar, o sobrerestamento da ação penal até decisão final a ser proferida neste feito.

Antes da análise do pedido liminar foram requisitadas informações à autoridade impetrada.

Às fls. 108/108 verso foram prestadas as informações.

O pedido de liminar foi deferido para sobrestrar o andamento da ação penal nº 0012284-82.2012.403.6181, até decisão final a ser proferida neste feito (fls. 110/111).

A Procuradoria Regional da República interpôs agravo regimental e requereu a reconsideração da decisão que concedeu a liminar, sucessivamente, opinou pela denegação da ordem (fls. 117/121).

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

**VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Narra a inicial acusatória que, em data incerta entre 25 de fevereiro de 2012 (data da postagem da encomenda) e 23 de março de 2012 (data na qual a encomenda já estava em território nacional), *Fábio Yussei Ivanaga* importou, sem autorização e em desacordo com normas legais e regulamentares, matéria-prima (sementes) destinada à preparação de drogas (maconha).

De acordo com a denúncia, “em fiscalização realizada por funcionários dos Correios e da Receita Federal em São Paulo (SP), foi localizada encomenda destinada ao denunciado Fábio, em cujo interior foram encontradas 28 (vinte e oito) sementes de maconha. A encomenda destinada a Fabio era oriunda do Reino Unido e seria entregue em Santana do Parnaíba (SP), tendo sido apreendida em São Paulo (SP).”

O paciente Fábio, ouvido em sede policial, declarou ter importado as sementes de ma-

conha, por meio de compra realizada pela internet, para remessa por via postal e entrega em domicílio. Afirmou, ainda, que efetuou o pagamento antecipado, com seu próprio cartão de crédito (fls. 47).

Compulsando os autos verifica-se que está configurado o constrangimento ilegal.

De acordo com a denúncia, o paciente importou matéria-prima destinada à preparação de maconha, razão pela qual se encontra inciso no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da citada Lei nº 11.343/2006.

No que tange à tipicidade ou não da importação de sementes de maconha como crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), inicialmente, é necessário distinguir “preparação de drogas” da “produção de drogas”.

Com efeito, a semente de maconha presta-se à *produção* da maconha, mas não à *preparação* dela, pois a semente, em si, não apresenta o princípio ativo tetrahidrocannabinol (THC) em sua composição e não tem qualidades químicas que, mediante adição, mistura, preparação ou transformação química, possam resultar em drogas ilícitas.

Nesse passo, observe-se que o verbo *preparar* tem o sentido de “aprontar (algo) para que possa ser utilizado”; “cuidar para que (algo) aconteça como planejado”; “compor (algo) a partir de elementos ou ingredientes”; “criar um estado de coisas propício a (que algo ocorra)”, entre outras acepções, conforme Minidicionário de Caldas Aulete. Já o verbo *produzir* significa “fazer nascer de si”; “fabricar”; “causar”; “provocar”, etc. (*ibidem*).

Comparando esses verbos, verifica-se o seguinte: a) a semente de maconha não pode ser “composta” com outros elementos, substâncias ou ingredientes para, a partir dela, criar uma substância entorpecente; e b) as condutas de “aprontar” a semente de maconha, “cuidar” dela ou “criar um estado de coisas propício” a que ela germe importam a que a semente seja “semeada” ou “cultivada”. Só assim, ela “produzirá” a maconha, ao dela “fazer nascer” a planta que dará origem à droga.

Por conseguinte, a semente de maconha não poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à *preparação* da maconha, a que se refere o inciso I, do § 1º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, cuja redação é a que segue:

Art. 33. (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à *preparação de drogas*.

É que, para que se configure o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, é preciso que a substância por si só tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possa causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre com as *sementes* da planta Cannabis sativa Linneu.

Por outro lado, a semente de maconha poderá ser considerada matéria-prima ou insumo destinado à *produção* da maconha. Não há, porém, qualquer referência à *produção* de drogas nesse inciso. Logo, não se pode equiparar a “preparação” à “produção” em face do princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação do Direito Penal, pois, caso fosse a intenção do legislador, haveria referência expressa à “produção” e não apenas à “preparação” de drogas, no inciso em questão.

Já à luz do inciso II do § 1º do art. 33 da Lei de Drogas, a importação (e a consequente posse) da semente de maconha é meramente ato preparatório, portanto, impunível, das condutas aí previstas, a saber:

(...)

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a *preparação de drogas*.

De fato, a semente de maconha, quando semeada ou cultivada, dá origem à *planta* que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga denominada “maconha”. Logo, a importação e posse da semente de maconha, até que, ao menos, se inicie a execução dessas condutas, não poderá ser considerada fato típico caracterizador do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 14, II, do CP.

Por conseguinte, só quando o agente inicia a semeadura ou o cultivo da planta de maconha, utilizando-se da semente dessa planta que importou, parece configurar-se, em tese, o crime equiparado ao tráfico previsto no § 1º, II, do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Outro ponto a considerar, refere-se à distinção que a lei faz em relação à *matéria-prima* que sirva para a preparação de drogas e às *plantas que se constituem em matéria-prima* para a preparação de drogas. Nesse passo, é de se observar que, no inciso I do § 1º do art. 33, fala-se em “*matéria-prima*, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, enquanto, no inciso II, “*plantas que se constituam em matéria-prima* para a preparação de drogas”.

Dessa forma, é razoável interpretar a primeira referência a “*matéria-prima*”, contida no inciso I, como a que cuida da hipótese em que a matéria-prima não decorreu de plantas, enquanto a segunda, contida no inciso II, como a que decorreu de plantas. Essa distinção parece excluir a semente de maconha do âmbito de incidência do inciso I e incluí-la no do inciso II, pois ela é que dá origem a planta que se constitui em matéria-prima para a preparação da substância entorpecente conhecida como “maconha”.

Assim, não se prepara a “maconha” tendo por base a *semente* dela, mas sim a partir da *planta* que dela se originou.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

TRF3 - ACR 00029382020064036181 - Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI - PRIMEIRA TURMA - DATA:15/06/2012 - Unanimidade - Ementa: APPELACAO CRIMINAL. TRAFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. SEMENTES DE CANABIS SATIVA (ART; 12, § 1º, INCISO I, DA LEI 6.368/76). AS SEMENTES DE MACONHA NAO CONSTITUEM MATERIA- PRIMA - OBJETO MATERIAL DO DELITO - CONDUTA ATÍPICA. APPELACAO PROVIDA PARA ABSOLVER O RÉU.

I - A importação de semente de maconha não configura o delito do artigo 12 - § 1º - I, da lei nº 6.368/76 que se refere à matéria prima destinada à preparação de substância entorpecente.

II - A semente de maconha não é a matéria-prima, porquanto não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido. Não se obtém a maconha da semente em si, mas só da planta que resultar da semente, se esta sofrer transformação por obra da natureza e produzir as folhas necessárias para tanto.

III - A semente é pressuposto lógico e antecedente para a configuração do tipo penal descrito no inciso II, do mesmo artigo 12, da Lei nºº 6.368/76, em que o legislador tipificou como sendo crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação da droga. No

caso dos autos, o apelante não iniciou os atos executórios consistentes em semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de droga, pois sequer chegou a ter as sementes apreendidas em sua posse.

IV - Recurso provido para absolver o réu.

#### **IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA (MACONHA), POR INTERMÉDIO DE SÍTIO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATO PREPARATÓRIO.**

I - A conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível, a teor do que dispõe o art. 31 do CP. Tampouco há que se falar em tentativa (art. 14, II, do CP), uma vez que não se iniciou a fase executória, pressuposto para sua ocorrência.

II - Na hipótese, não há que se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado. A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância proscrita, que, apesar da confissão, do acusado, em fase policial, apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

III - Presunção desacompanhada de fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia.

IV - Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória.

V - Recurso desprovido.

(TRF - 1 - RCCR 31148 DF 2006.34.00.031148-0 - Rel. Des. Cândido Ribeiro - julgado em 02/09/2008)

É de se registrar, outrossim, que muitos órgãos do Ministério Público Federal, ou seja, os próprios procuradores da República que oficiam perante as varas federais criminais de São Paulo, têm sustentado a atipicidade da conduta de importar sementes de maconha e têm requerido o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação instaurado a respeito.

Nesse sentido, transcrevo o pedido de arquivamento do inquérito policial nº 0926/2013-2, apresentado nos autos nº 3000.2013.004883-0, em 08.10.2013, pelo e. Procurador da República Denis Pigozzi Alabarse:

(...) O presente inquérito policial, instaurado em 11 de junho de 2013, investiga a possível ocorrência do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, combinado com o artigo 40, inciso I, do mesmo diploma (tráfico internacional de entorpecentes).

Consta dos autos que foi apreendida pela Receita Federal/SP uma encomenda, postada da Bélgica, contendo em seu interior sementes da planta Cannabis sativa Linneu (popularmente conhecida como maconha).

Não obstante as sucessivas diligências perpetradas até agora, a análise atenta dos fatos indica que o arquivamento é, *in casu*, a medida pertinente.

Cumpre consignar, a princípio, que a quantidade apreendida é ínfima, cerca de 15 sementes (0,198g - fl. 18), o que denota que a intenção do suposto destinatário, DOUGLAS DA PIEDADE, era o plantio para consumo pessoal.

A conduta se amoldaria, por conseguinte, no tipo penal insculpido no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o qual se consuma com a simples realização de qualquer um das condutas descritas no tipo. Dessarte, estaríamos diante de uma tentativa de aquisição de drogas para consumo pessoal.

Malgrado a tentativa seja, do ponto de vista fático, possível, a Lei nº 11.343/2006 não contemplou nenhuma sanção para tal conduta (tentativa de aquisição de entorpecentes para uso próprio), sendo ela, portanto, impunível (Legislação criminal especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (*Coleção Ciências criminais*; 6/ coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunhas) - p. 233.

Caso assim não entenda Vossa Excelência, pondere-se que é possível analisar os fatos, também, sob a ótica do princípio da insignificância, cuja aplicação no âmbito da Lei nº 11.343/2006 vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

**"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.**

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida."

(STF - HC 110475/SC - Rel. Min. Dias Toffoli - julgado em 14/02/2012)

Ainda, caso não concorde com ambas as teses suso expostas, é mister observar, por derradeiro, que o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, apreciando caso análogo ocorrido sob a égide da lei pretérita, entendeu que a tentativa de importação consubstancial mero ato preparatório: **"PENAL E PROCESSO PENAL. ART.12, CAPUT, (PRIMEIRA FIGURA), C/C 18, INCISO I (PRIMEIRA FIGURA), DA LEI 6.368/76, C/C ART. 14, II, DO CP. ART. 43, I, DO CPP. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA (MACONHA), POR INTERMÉDIO DE SÍTIO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATO PREPARATÓRIO.**

I - A conduta atribuída ao denunciado foi, de fato, mero ato preparatório não punível, a teor do que dispõe o art. 31 do CP. Tampouco há que se falar em tentativa (art. 14, II, do CP), uma vez que não se iniciou a fase executória, pressuposto para sua ocorrência.

II - Na hipótese, não há como se concluir pela traficância internacional atribuída ao denunciado. A rigor, verifica-se a tentativa de importação de sementes de substância proscrita, que, apesar da confissão do acusado, em fase policial, apenas se presume que seriam plantadas para posterior consumo ou revenda do produto do cultivo no mercado interno.

III - Presunção desacompanhada de fato concreto torna duvidosa a tipicidade da conduta e, por conseguinte, incabível o recebimento da denúncia.

IV - Conduta que não se abona; contudo, é atípica, porque meramente preparatória.

V - Recurso desprovido."

(TRF - 1 - RCCR 31148 DF 2006.34.00.031148-0 - Rel. Des. Cândido Ribeiro - julgado em 02/09/2008) (grifos nossos).

Além disso, conforme salientado no laudo acostado às fls. 15/20, para que se configure crime da Lei nº 11.343/2006 é preciso que a substância tenha potencialidade para a produção de efeitos entorpecentes e/ou psicotrópicos e possam causar dependência física ou psíquica, o que não ocorre no presente caso, uma vez que as sementes da planta Cannabis sativa Linneu não apresentam a substância tetrahidrocannabinol.

Conclui-se, portanto, que são abundantes os argumentos que justificam o arquivamento do presente procedimento investigativo, não havendo justa causa para seu prosseguimento.

Ademais, nada a opor ao pedido contido à fl. 23.

Destarte, por todo o exposto, o Ministério Público Federal requer o arquivamento do presente inquérito policial, observadas as formalidades da lei.

São Paulo, 08 de outubro de 2013.

Ainda que, só para argumentar, equiparasse a *preparação* de drogas à sua *produção*, a quantidade da *semente* apreendida, ou seja, 28 (vinte e oito), denota que a intenção do agente era plantio para consumo pessoal e não para o tráfico. Tal conduta, teoricamente subsumível no art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06, na forma tentada (CP, art. 14, II), apresenta-se impunível, já que o preceito secundário, isto é, as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, na prática, não comportam combinação com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

Outrossim, cumpre registrar que, subsidiariamente, a importação de semente de maconha poderá subsumir-se no crime de contrabando, ou seja, no crime de importação de mercadoria proibida (art. 334, *caput*, do Código Penal), já que não se permite a importação de semente de maconha sem prévia autorização do órgão competente, de modo que não houve, nem haverá, liberação geral de tal conduta como fato penalmente atípico, a ponto de incentivar pessoas desavisadas a acharem que a importação de semente de maconha não é crime, portanto, livre. Muito pelo contrário. A importação de semente de maconha sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar é, sim, *crime*, ressalvando-se que não se trata de *crime de tráfico de drogas*, mas sim de *contrabando*.

Sob tal ótica, eventual punição do agente pelo contrabando deverá levar em conta duas ordens de considerações. A primeira diz respeito à quantidade da semente de maconha importada ilegalmente, e a segunda, às condições pessoais do infrator.

Quanto à quantidade da semente, há que se indagar do cabimento ou não do princípio da insignificância ou da bagatela, segundo o qual “*condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos aos bens penalmente protegidos são consideradas (materialmente) atípicas*.” (RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo; ESTEFAM, André. *Direito penal Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123). Tal princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima que informa o Direito Penal contemporâneo (o qual deriva, por sua vez, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), segundo o qual só se justifica a intervenção desse ramo do direito como último instrumento de controle social (“*ultima ratio*”), devendo o Estado, sempre que há instrumentos menos gravosos para assegurar a paz social, prioritariamente recorrer a eles, evitando-se o emprego da pena criminal, que atinge mais intensamente a liberdade individual, que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Daí falar-se em caráter subsidiário do Direito Penal, pelo que o Direito Penal deve atuar tão-somente em face de fatos que causem grave lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos por ele tutelados.

Nesse diapasão, se ínfima a quantidade de semente importada, entendo aplicável, ao menos em tese, o princípio da insignificância, ficando a critério do prudente arbítrio do juiz em cada caso concreto decidir pela aplicação ou não de tal princípio, pois o fato, embora formalmente típico, pode não se-lo sob o ponto de vista da tipicidade material.

Quanto às condições pessoais do infrator, é necessário verificar se ele já importou as sementes de maconha, qual a finalidade por ele visada por essa conduta, qual o seu meio de vida, se a intenção dele é a de semeá-las e plantá-las, com vistas à colheita da planta para consumo pessoal ou para o tráfico, se há indício de habitualidade etc., pois, dependendo da resposta a essas indagações, a solução variará, deixando ser aplicável o princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade da semente ilegalmente importada.

Por todo o exposto, na situação dos autos, a conduta narrada na inicial acusatória não se subsume ao tipo descrito no artigo 33, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a semente importada pelo paciente não constitui matéria-prima destinada à preparação de drogas.

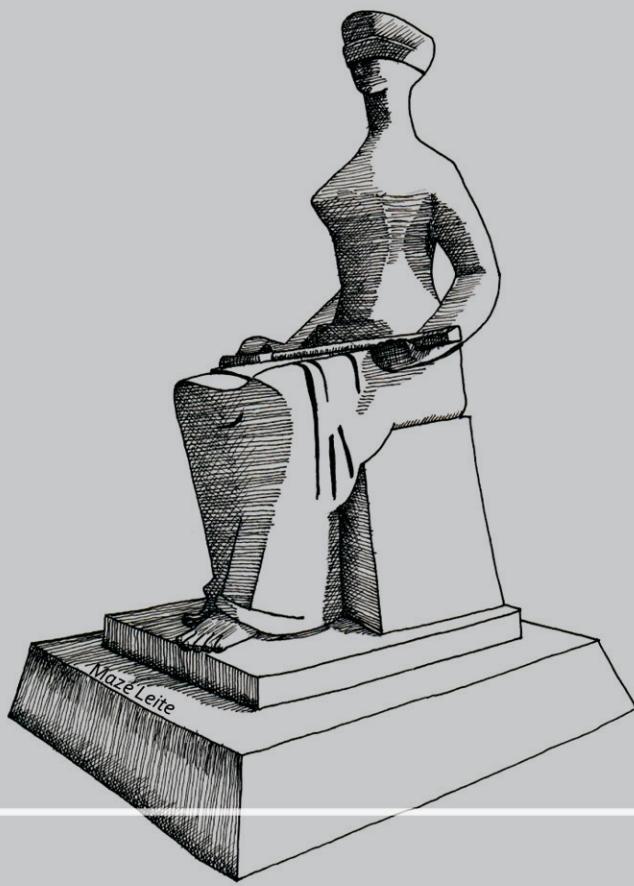
Por esses fundamentos, julgo prejudicado o agravo regimental interposto pelo *parquet*

federal e concedo a ordem para trancar a ação penal nº 0012284-82.2012.403.6181, que tramita perante a 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, em razão da atipicidade da conduta imputada ao paciente *Fábio Youssei Ivanaga*.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

# **Direito Previdenciário**





**AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**0095888-45.1998.4.03.0000**  
**(98.03.095888-7)**

Agravantes: DIVA DE FATIMA FRACARO TUDICAKI E OUTROS  
 Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravados: DIVA DE FATIMA FRACARO TUDICAKI E OUTROS

Sucedida: OLIVIA BARRUSO FRACARO (falecida)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDERNEIRAS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AI 74859

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ERRO MATERIAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

1 - Face ao princípio da moralidade pública e por se tratar de direitos indisponíveis, existindo erro material nos cálculos devem ser efetuadas as devidas correções, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa.

2 - Elaborado novo cálculo em conformidade com o título judicial, bem como com o julgado proferido nos embargos à execução e com o decidido no presente agravo de instrumento e, ainda, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observa-se que o valor correto perfaz o total de R\$ 10.184,89 atualizado até abril de 1997.

3 - Verifica-se no citado cálculo que, na apuração das diferenças, foi devidamente descontado o pagamento realizado através do sequestro no importe de R\$ 28.163,45, cujo numerário já foi levantado pelos exequentes, tendo concluído pela inexistência de valores a favor dos ora agravantes, havendo crédito a favor da Autarquia no valor de R\$ 16.450,83 atualizado até abril de 1997, impondo-se a devolução desses valores devidamente atualizados aos cofres da Autarquia, nos termos do artigo 115, inciso II da Lei nº 8.213/91 e artigo 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.

4 - Diante do vultoso numerário envolvido no presente caso é imperioso que haja a restituição dos valores indevidamente recebidos, impondo-se a prevalência do interesse público, nele incluído o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, em detrimento do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

5 - No julgado proferido nos embargos à execução (AC nº 97.03.053072-9) foi determinado o cancelamento do Precatório nº 97.03.008951-8, no qual houve o depósito do valor de R\$ 110.944,55, cujo pagamento encontra-se bloqueado, impondo-se a expedição de ofício à D. Presidência desta Corte, comunicando-se o teor deste julgamento, em virtude de competir àquela Autoridade determinar a respectiva restituição aos cofres da Autarquia do numerário depositado através do Precatório nº 97.03.008951-8.  
 6. Agravo legal a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo Legal interposto por DIVA DE FÁTIMA FRACARO TUDIÇAKI e outros contra a decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS em face da decisão que deixou de acolher os argumentos do Instituto de ocorrência de erro material nos cálculos, gerando excesso de execução, notadamente por gerar incorporação de índices expurgados da inflação em benefício de valor fixo, de um salário mínimo mensal.

Alegam os agravantes, inicialmente, a impossibilidade de julgamento do Recurso com base no art. 557 do CPC.

Aduzem, também, que a decisão merece reforma, uma vez que não restou demonstrada a existência de erro material nos cálculos, os quais foram elaborados em conformidade com o título judicial.

Sustentam, ainda, a inaplicabilidade do art. 115, II, da Lei nº 8.213/91, sendo que o acórdão prolatado nos embargos à execução (AC nº 97.03.053072-9) não transitou em julgado, estando pendentes de juízo de admissibilidade os Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelos ora agravantes.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): De início, saliento que é plenamente cabível a decisão monocrática no presente caso, pois, segundo o art. 557, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito da matéria. Além do que, a aplicação desse preceito legal possibilita a celeridade e a racionalização do julgamento do recurso, em respeito à garantia fundamental da duração razoável do processo prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Quanto à questão de fundo, em que pesem as alegações dos agravantes, é de ser mantida a fundamentação expendida por ocasião da prolação da decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na decisão agravada:

Com a devida vénia do pretérito e eminente Relator, o agravo de instrumento não perdeu o objeto, porque, mesmo no caso do julgamento da apelação interposta pelo INSS pela egrégia

2<sup>a</sup> Turma, relator o então juiz federal convocado Sérgio Nascimento, ainda persiste a violação da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal) e tolerância ao enriquecimento sem causa dos autores, em detrimento do erário público.

Aliás, por prever a possibilidade de pagamento a maior, o legislador previu a regra do artigo 115, II, da Lei nº 8.213/91, devendo ser aplicada no caso de pagamento a maior, ainda que fruto de erro material.

Sendo assim, deverá medrar o agravo regimental, para que seja apreciado o mérito do agravo de instrumento.

Passo à análise, portanto, o recurso de agravo de instrumento.

Com efeito, consagrou-se na jurisprudência a tendência de se suspender a execução a fim de apurar existência de erro material.

Ao final das contas, melhor que se assegure o respeito aos contribuintes por meio da acurada análise dos cálculos, seja qual for a fase processual.

De fato, o erro material pode ser apurado a qualquer tempo, ainda que posteriormente ao trânsito em julgado.

Nesse diapasão:

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Nenhum dispositivo de lei ou princípio de direito abona a tese daqueles que pretendem ver nos resultados da execução não embargada uma estabilidade equivalente à coisa julgada.” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 30<sup>a</sup> edição, p. 550)

“Ora, se a liquidação adotou fatores que não foram albergados pela sentença objeto da execução, alcançando valores muito além daqueles devidos, isto constitui parcela indevida, gerada por erro material na confecção dos cálculos. Diferente seria a hipótese em que a sentença tenha traçado critérios para a elaboração de cálculos e, em fase posterior à respectiva liquidação, o juiz busque alterar tais critérios, pois no caso haveria ofensa à coisa julgada, conforme tem reiteradamente decidido o Superior Tribunal de Justiça. Todavia, ao que se verifica na hipótese dos autos, de acordo com o cálculo da contadaria judicial, não houve alteração de critérios pelo juiz da execução, pois na realidade os agravantes, em seus cálculos, teriam utilizado fatores não previstos ou estabelecidos na sentença exequente.” (grifo) (TRF 3<sup>a</sup> Região, décima turma, trecho do voto no Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.071079-1, rel. Des. Federal Galvão Miranda, j. 30/03/05).

De fato, “... apurado o erro, o dano ao erário e o enriquecimento sem causa da parte contrária restarão configurados. Hipóteses como esta não comportam alegações de preclusão e de ofensa à coisa julgada, sob pena de se ofender, sim, o princípio da moralidade. O erro material, em razão das graves consequências jurídicas que pode acarretar, comporta alegação e saneamento em qualquer tempo e grau de jurisdição, jamais sendo acobertado pela coisa julgada.” (grifo) (TRF 3<sup>a</sup> Região, segunda turma, trecho do voto no Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.011521-5, rel. Des. Federal Marisa Santos, j. 20/03/03).

Ora, “não se pode, portanto, pelo fato de a sentença não especificar com clareza o direito outorgado à parte, permitir que se faça uma execução à margem da moralidade, sob pena de se compartilhar com uma situação de enriquecimento sem causa, expressamente vedada por lei. Veja-se que a diferença que se apresenta entre o valor devido e o valor em execução, apontado pelo autor ..., não se traduz em mero erro ou em critério de aplicação de índices, mas consubstancia-se em evidente intenção de obter mais do que é devido. E isso é vedado por lei, de modo que, ainda que se estivesse diante da coisa julgada, não poderia prevalecer. A propósito, aliás, a fraude não convive com a exigência de justiça que a consciência humana prestigia. A fraude não passa em julgado porque fere a consciência do homem médio.” (grifo) (TRF 3<sup>a</sup> Região, quinta turma, trecho do voto na Apelação Cível em Embargos à Execução nº 1999.03.99.042545-3, rel. Des. Federal Ramza Tartuce, j. 31/10/2000).

Assim, “havendo erro no cálculo apresentado, é possível a correção mesmo após o trânsito em julgado da sentença que julgou improcedentes os Embargos à Execução da sentença”,

pois “*o interesse público no resguardo dos cofres da Previdência afasta óbice de natureza meramente processual, mesmo que se trate de coisa julgada. Prevalência da matéria sobre a forma.*” (grifo) (TRF 3ª Região, quinta turma, rel. Juiz Federal Convocado Higino Cinacchi, AG 1999.03.00.045796-0/SP, DJU 06/12/2002, p. 616)

Ademais, “embora, em tese, possa sustentar-se o esgotamento do ciclo de debates acerca dos critérios utilizados no cálculo de liquidação apresentados pelos Autores, dada a inércia do INSS no momento oportuno, todavia, *o interesse público, que envolve o sistema previdenciário e os recursos fazendários, não admite que cegamente a Justiça permaneça inerte, diante da possibilidade de novo pagamento de valores já quitados e suficientes à satisfação do débito, com o que ocorreria verdadeiro enriquecimento sem causa dos Agravados (sic), tudo a pretexto da vetusta regra dormientibus non succurrit jus*, inadequada e inaplicável a direitos e recursos financeiros indisponíveis, afetados por sua destinação pública e social.” (grifo) (TRF 3ª Região, nona turma, rel. Desembargador Federal Santos Neves, AG 2003.03.00.070817-2, j. 30/08/2004).

No presente caso, os autores são titulares de benefícios previdenciários no valor de UM SALÁRIO MÍNIMO.

Os autores executam a incorporação de expurgos inflacionários na renda dos benefícios, item concedido no título executivo, mas que não pode ser aceito, pois não encontra supedâneo nos tribunais, por distorcer a natureza dos benefícios que foram e *deverão* ser mantidos no importe de *um salário mínimo*, além de proporcionar uma majoração absurda em benefícios sobre os quais sequer houve o custeio, como no caso dos benefícios de trabalhadores rurais. Sobre o tema, Daniel Machado da Rocha aduz as seguintes palavras:

“Pleito bastante comum em juízo é o que respeita à aplicação, nos benefícios previdenciários, de índices de correção expurgados da inflação oficial, por força dos planos econômicos do Governo Federal, nos meses de janeiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991 (o que não se confunde com o repasse destes índices nos cálculos de liquidação, que compreendem valores em atraso e não reajuste de benefícios).

Como se nota, todos os períodos estão abrangidos no interregno que medeou a promulgação da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, e o advento das Leis 8.212 e 8.213/91, ambas de 24 de julho de 1991.

Improcede, todavia, a irresignação dos segurados. Especificamente em relação a janeiro de 1989, cabe lembrar que estavam os benefícios previdenciários sujeitos à sistemática do Decreto-Lei 2.225/87, compreendendo o repasse da URP do trimestre anterior ao trimestre subsequente. E janeiro de 1989 integrou o trimestre dezembro-88/fevereiro/89. Ainda que a URP fosse obtida pela média mensal da variação do IPC ocorrida no trimestre anterior (art. 3º do Decreto-Lei 2.335/87) o pagamento de janeiro de 1989 não compreendeu o IPC daquele mês, senão aquele concernente ao mês trimestre anterior (setembro-novembro/88). E depois de janeiro de 1989 restou revogado o Decreto-Lei 2.335/89, pela Lei 7.730/89, que instituiu nova forma de reajuste aos benefícios para o mês de fevereiro de 1989 (art. 5º). Mesmo a Lei 7.787/89, cujo art. 15 tratou do reajuste dos benefícios a contar de fevereiro de 1989, não previu o direito ao reajuste pela variação do IPC do mês de janeiro de 1989. Portanto, os pedidos que aportam em juízo referentes ao índice de 70,28% (ou 42,72%) na correção dos benefícios previdenciários nessa competência, são totalmente descabidos.

Os expurgos posteriores estão abarcados no período de vigência do art. 58 do ADCT, que vinculou os benefícios previdenciários à variação do salário mínimo (vide item 3.1). Ocorre que a Lei 7.789/89, de 03 de julho de 1989, atrelou a correção do salário mínimo ao Índice de Preços ao Consumidor do mês anterior (art. 2º). Por outro lado, os benefícios não sujeitos à sistemática do art. 58 do ADCT vinham sendo corrigidos pelo índice oficial de inflação (art. 15, II, da Lei 7.789/89). O exame destas regras, assim, poderia conduzir à conclusão de estarem corretos os segurados quando buscam a reposição de expurgos ocorridos do índice oficial de inflação. Porém, antes de implementado o lapso temporal que daria direito à percepção dos

proventos, em março de 1990, sobreveio alteração legislativa, que modificou a forma de correção dos benefícios. Com efeito, a Lei nº 8.030, de 12 de abril de 1990, precedida da Medida Provisória nº 154, de 15 de março de 1990, revogou o art. 2º da Lei 7.789/89 (art. 14), deixando o salário mínimo de encontrar-se atrelado ao IPC. E como a alteração veio no curso do mês de março (contados seus efeitos desde a MP 154/90), quando ainda não se implementara o lapso temporal que daria direito ao reajuste naquele mês, pelo critério anterior, não podem os segurados cogitar de direito adquirido à majoração de seus benefícios pelo IPC. E nos meses posteriores já se encontrava em pleno vigor a nova sistemática, vigorando o Bônus do Tesouro Nacional como índice oficial de inflação (Leis 7.777/89 e 7.801/89).

Quanto ao expurgo concernente ao Índice Geral de Preços de fevereiro de 1991, inexiste base legal que autorize sua aplicação aos benefícios previdenciários". (*Direito Previdenciário*, coordenador Vladimir Passo Freitas, 2.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999)

Em que pese haver condenação para incorporar os índices inflacionários, há de se levar em conta os princípios encartados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, precípuamente a moralidade.

Cuida-se, assim, de caso em que o magistrado deve decidir sobre dois princípios constitucionais que colidem, devendo, para tanto, usar o bom senso e a razoabilidade.

Transcrevo trechos de voto proferido pela i. Desembargadora Federal Marisa Santos, nos autos do AG nº 2005.03.00.026975-6, perfeitamente aplicável à situação em análise:

"Estamos diante daqueles casos em que o julgador deve decidir, de dois princípios constitucionais, qual deve prevalecer, tendo em vista os fins maiores emanados da Constituição Federal. Ou seja, se determinada a decisão judicial vem a ficar protegida sob o manto da coisa julgada material, pode o julgador, no processo de execução, em nome dos demais princípios constitucionais, negar aplicação ao princípio da coisa julgada, garantida ao particular, em detrimento do princípio geral da moralidade nos atos da administração?

O Superior Tribunal de Justiça tem, repetidas vezes analisando a questão e decidido no sentido de que as decisões judiciais mesmo que transitadas em julgamento, não podem fechar seus olhos à aplicação dos demais princípios constitucionais.

A questão é semelhante às das recentes decisões daquela corte que, diante de precatórios ostensivos de valores superavaliados - em sede de desapropriações - têm determinado a revisão dos valores de precatórios paulistas cujas avaliações de propriedades em zonas de proteção tenham sido superestimadas.

...

Conforme sevê, o pleito ora executado tem por base decisão que está em manifesto confronto com a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça.

Se assim é, como prostrar no tempo a aplicação de índices de reajuste fulminados pela jurisprudência por ilegais e inconstitucionais?

A questão toma contornos mais sombrios se atentarmos para o fato que os demais segurados da previdência social não foram beneficiados com tais índices de reajuste e, portanto, se efetuaram contribuições da mesma maneira, como recebiam benefícios de forma desigual? Nesse aspecto, resultaria violado, não só o princípio da moralidade como o da isonomia.

Ora, a finalidade precípua do processo é dar a cada um o que de direito, escopo que, após a prolação de uma sentença, acaba se materializando com na *res judicata*.

Na oportunidade, vale referir o disposto no artigo 741, § único, do Código de Processo Civil, dentro do contexto do esforço do uniformizar a jurisprudência a fim de evitar a enorme segurança jurídica vigente no país.

De qualquer forma, a inclusão dos expurgos inflacionários nos benefícios dos embargados deve ser considerada erro material, e em tributo à moralidade, à razoabilidade e à isonomia, não devem ser considerados para qualquer fim.

Vale citar precedente desta E. Corte, que considerou a inclusão de expurgos inflacionários na renda de benefício erro material e por isso, corrigível de ofício:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. INCORPORAÇÃO DO IPC DE JAN/89 E MARÇO A ABRIL/90 NO VALOR DA RENDA MENSAL. ERRO MATERIAL CORREÇÃO DA INEXATIDÃO. POSSIBILIDADE. O título judicial em execução apresenta manifesto erro material na parte em que determina a incorporação no valor de benefícios previdenciários de percentuais isolados do IPC e IGP, bem como ao determinar a perpetuação da equivalência salarial.

O trânsito em julgado de sentença de mérito não impede, em face de evidente erro material, que se lhe corrija a inexatidão (precedentes do E. SJT).

Mesmo que não fosse considerado o aludido erro material, a conta de liquidação homologada pela r. sentença recorrida revela-se incorreta pois não se justifica a aplicação alternada de índices de reajuste de salário-mínimo. IPC e IGP, apenas com base na conveniência do maior resultado, uma vez que estes índices são apurados por métodos diversos e em períodos diferentes.

Apelação parcialmente provida". (TRF da 3<sup>a</sup> Região, AC 469116, 2<sup>a</sup> Turma, rel. Sérgio Nascimento, dj 30/10/2001)

De mais a mais, o julgamento do presente recurso deve estar em consonância com o já decidido nos autos do Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.008402-0, que reconheceu a existência de erro material nas contas da execução e determinou o cancelamento do precatório dantes expedido, assim ementado:

**"PROCESSUAL CIVIL: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONHECIMENTO DE ERRO DE CÁLCULO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA.**

I - O art. 463, I, do CPC contempla a possibilidade de alteração superveniente da sentença quando dela exsurge erro do cálculo.

II - Destarte a desproporcionalidade entre o objeto da condenação e o numerário a ser pago, em prejuízo ao erário, consubstancia erro de cálculo, merecendo a despeito do advento da preclusão máxima.

III - Agravo provido."

No particular, veja-se a decisão da Exma. Desembargadora Federal Eva Regina, prolatada no AG nº 2003.03.00.046624-3, nesta 7<sup>a</sup> Turma, de 14/10/2003, em caso semelhante ao presente: "Advirto, ainda, que essa é a única interpretação que se pode extrair da sentença condenatória, tendo em vista que somente a atualização pelos índices ORTN/OTN/BTN possibilita o acréscimo dos expurgos, *pois, durante o período em que a inflação assolava o país, o salário mínimo foi, algumas vezes, reajustado com índices superiores aos oficiais, ficando nele embutidos os referidos expurgos.*" (grifo não constante no original).

À vista dessas considerações, o agravo de instrumento deve ser conhecido e provido.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, para analisar o mérito do agravo de instrumento, E DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO para o fim de determinar a exclusão da incorporação dos índices expurgados do cálculo, na esteira do que foi decidido no acórdão proferido nos autos nº 97.03.053072-9 (folhas 197 a 203 dos presentes autos).

Portanto, face ao princípio da moralidade pública e por se tratar de direitos indisponíveis, existindo erro material nos cálculos devem ser efetuadas as devidas correções, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa.

Por conseguinte, sendo elaborado novo cálculo em conformidade com o título judicial, bem como com o julgado proferido nos embargos à execução e com o decidido no presente agravo de instrumento e, ainda, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, o qual fica fazendo parte integrante da presente decisão, observa-se que o valor correto perfaz o total de R\$ 10.184,89 atualizado até abril de 1997.

Desse modo, o valor correto da execução perfaz o total de R\$ 10.184,89 atualizado até

abril de 1997, consoante cálculo de fls. 209/235vº que ora acolho.

Além disso, verifica-se no citado cálculo que, na apuração das diferenças, foi devidamente descontado o pagamento realizado através do sequestro no importe de R\$ 28.163,45, cujo numerário já foi levantado pelos exequentes (fls. 161, 169, 172, 175, 177, 178 e 214 dos autos principais), tendo concluído pela inexistência de valores a favor dos ora agravantes, havendo crédito a favor da Autarquia no valor de R\$ 16.450,83 atualizado até abril de 1997.

Por conseguinte, impõe-se a devolução desses valores devidamente atualizados aos cofres da Autarquia, nos termos do artigo 115, inciso II da Lei nº 8.213/91 e artigo 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.

Com efeito, diante do vultoso numerário envolvido no presente caso é imperioso que haja a restituição dos valores indevidamente recebidos, impondo-se a prevalência do interesse público, nele incluído o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, em detrimento do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Ademais, verifica-se que no julgado proferido nos embargos à execução (AC nº 97.03.053072-9 - fls. 120/125) foi determinado o cancelamento do Precatório nº 97.03.008951-8, no qual houve o depósito do valor de R\$ 110.944,55, cujo pagamento encontra-se bloqueado (fls. 235/242).

Por consequência, oficie-se à D. Presidência desta Corte, comunicando-se o teor deste julgamento, em virtude de competir àquela Autoridade determinar a respectiva restituição aos cofres da Autarquia do numerário depositado através do Precatório nº 97.03.008951-8.

Com tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0040759-60.2000.4.03.9999**  
**(2000.03.99.040759-5)**

Apelante: JOSÉ RAIMUNDO CARNEVALI FERREIRA (= ou > de 60 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DE CACHOEIRA PAULISTA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 608556

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2014

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REDUÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

1. Afastada a alegação preliminar de incompetência absoluta do r. Juízo Estadual para atuar no presente feito, tendo em vista tratar-se de hipótese abrangida pelo art. 109, § 3º, da CF, por ser opção de acesso do autor, beneficiário e hipossuficiente, à Justiça, em comarca que não é sede de Vara da Justiça Federal.
2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
3. Destarte, a indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, resarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.
4. As provas produzidas evidenciam o dano moral causado ao autor, no período de apreciação de seu recurso administrativo, que se estendeu por quase vinte meses de redução do benefício de caráter alimentar, em prejuízo do sustento seu e de seus familiares.
5. Embora nem todos os males alegados possam ser atribuídos diretamente à redução indevida do benefício, é inegável que a injusta privação dos rendimentos causou diversos transtornos na vida do requerente. A situação de inadimplência à qual teve que se submeter restou comprovada nos autos.
6. O nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta do agente público restou suficientemente demonstrado. Da incontestável falha na prestação do serviço público, decorreu a efetiva lesão na esfera moral do autor.
7. A fixação da indenização por danos morais deve objetivar a justa reparação do prejuízo, observando: a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e a gravidade do dano, não podendo implicar enriquecimento ilícito, nem valor irrisório.
8. Necessário sopesar os dissabores pelos quais passou o autor na situação como um todo, conforme já mencionado, levando-se em conta o período até a apreciação do recurso administrativo e os fatores ocorridos no decurso do tempo.
9. Diante das particularidades apontadas, o valor de R\$ 13.560,00 (treze mil, qui-

nhentos e sessenta reais) mostra-se adequado para a indenização pelos danos morais causados, montante que tem o caráter de reprimir a prática da conduta danosa, não caracterizando valor irrisório nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do autor. Precedente jurisprudencial.

10. O valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente, desde a data deste arbitramento (Súmula 362, do C. STJ), observados os índices previstos na Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, excluída a previsão do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

11. Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, utilizando-se: o percentual de 6% (seis por cento) ao ano até dezembro de 2002, a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, no período de janeiro de 2003 a junho de 2009 e o mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, a partir de 29/06/2009 (STJ, RESP 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 02.02.12).

12. Inversão do ônus da sucumbência, devendo a ré arcar com a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

13. Matéria preliminar, alegada em contrarrazões, rejeitada e apelação provida.

## **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 13 de fevereiro de 2014.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relator

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatadora): Trata-se de apelação em ação pelo rito ordinário, ajuizada por José Raimundo Carnevali Ferreira, em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a indenização por danos morais, no valor de R\$ 30.827,50 (trinta mil, oitocentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos).

Aduz o autor que, após obter a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, a partir de 15/2/1995, por contar com 35 anos e 12 dias de serviço, pleiteou a revisão dos valores percebidos, em 21/8/1995, e solicitou a alteração da espécie do benefício para aposentadoria especial, em 16/10/1995.

Sustenta que, além de indeferir os requerimentos, o INSS constatou, equivocadamente, um erro na contagem anterior do tempo de serviço, que foi alterado para 33 anos, 07 meses e 18 dias, ocasionando um decréscimo indevido, de 12% do valor do benefício mensal do autor, a partir de fevereiro de 1996, daí decorrendo os danos morais, tendo em vista que: teve que se dispor de seu veículo GM/Caravan, ano 1981; seu nome foi levado a protesto, em 14/6/96, e foi incluído no Serviço de Proteção ao Crédito e junto ao Bradesco; ficou inadimplente também junto à Caixa Econômica Federal; deixou de pagar a faculdade que custeava para sua

filha; deixou de receber complementação integral de benefício previdenciário junto à REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, em face da redução proporcional da aposentadoria; foi levado a pedir desligamento de empresa RFFSA, por acreditar no recebimento da aposentadoria em valor integral e sua esposa veio a adoecer diante de tais circunstâncias. A situação do benefício somente foi revista e revertida administrativamente, em 21/10/1997.

A sentença proferida pelo r. Juízo *a quo*, que julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar o recebimento integral da aposentadoria por tempo de serviço, a contar de outubro de 1995, e indeferiu o pedido de condenação por danos materiais e morais foi anulada, de ofício, por acórdão proferido pela Décima Turma deste Tribunal, em 22/8/2006, em face do julgamento *ultra petita*, bem como diante do reconhecimento da ocorrência de cerceamento de defesa.

Retornando os autos à Vara de origem, o r. Juízo *a quo* proferiu decisão que restou irrecorrida, considerando preclusa a prova oral, em face do não arrolamento das testemunhas a serem ouvidas, manifestando-se então as partes, em alegações finais, com a juntada de documentos complementares pelo autor.

Às fls. 302/304, o r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, em 22/4/2008, condenando o autor a arcar com a verba honorária, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se as condições do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Apelou o autor, requerendo a reforma do julgado, diante da caracterização do dano moral por ele experimentado, bem como da comprovação documental da sua ocorrência e do nexo causal.

Com contrarrazões do INSS, sustentando a incompetência absoluta do r. Juízo de Direito da Comarca de Cachoeira Paulista para atuar no presente feito, requerendo a remessa dos autos ao Juízo Federal competente, ou, a manutenção da sentença quanto ao mérito, subiram os autos a este E. Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relator

## VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): Inicialmente, afasto a alegação preliminar de incompetência absoluta do r. Juízo Estadual, para atuar no presente feito, formulada nas contrarrazões do INSS, tendo em vista que, embora não seja, no mérito, causa de Direito Previdenciário, a ação foi ajuizada em face do INSS, sendo certo que o pedido de indenização por danos morais decorre da indevida redução de valor de benefício previdenciário, tratando-se de hipótese abrangida pelo art. 109, § 3º, da CF, por ser opção de acesso do autor, beneficiário e hipossuficiente, à Justiça, em comarca que não é sede de Vara da Justiça Federal.

No mais, observo os preceitos contidos nos art. 5º, V e X, e art. 37, § 6º, da Constituição da República:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,

à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

(...)

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

(...)

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

Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.

Nesse passo, peço vênia para conceituar e delimitar o alcance dos danos morais, que são considerados, segundo ensinamento de Yussef Said Cahali:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no despréstígio, na desconsideração social, no descrédito, à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

(*Dano Moral*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 21)

Acresça-se à conceituação acima as lições de Cleyton Reis:

É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem evento de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais. Todavia, esse estado de espírito não autoriza a compensação dos danos morais, se não ficar demonstrado que os fatos foram consequência da privação de um bem jurídico, em que a vítima tinha um interesse juridicamente tutelado.

(*Avaliação do Dano Moral*, 4ª edição, Editora Forense, pág. 15)

Destarte, a indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, resarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

*In casu*, o cerne da questão está no saber se a redução do benefício previdenciário do autor ensejaria ou não dano moral passível de indenização.

Nesse aspecto, verifica-se da análise dos autos que o autor obteve a concessão da apo-

sentadoria por tempo de serviço, a partir de 15/2/1995, por contar com 35 anos e 12 dias de serviço, tendo pleiteado a revisão dos valores percebidos, em 21/8/1995 (fls. 11/12), e solicitado a alteração da espécie do benefício para aposentadoria especial, em 16/10/1995 (fls. 13/14).

Indeferidos os pedidos, o INSS, de ofício, constatou erro na contagem do tempo de serviço, que restou alterado para 33 anos, 07 meses e 18 dias, determinando o decréscimo de 12% do valor do benefício, a partir do mês de fevereiro de 1996, bem como a restituição dos valores que a autarquia entendeu terem sido indevidamente pagos, no período de 15/02/1995 a 31/12/1995, no valor, à época, de R\$ 980,32 (novecentos e oitenta reais e trinta e dois centavos).

Tal situação somente foi revista em 21/10/1997, reconhecendo-se, na via do recurso administrativo, o equívoco cometido, com a restauração do benefício, na forma da concessão inicial (fls. 73/74), inexistindo dúvida em relação à existência da ação do agente.

As provas produzidas evidenciam o dano moral causado ao autor, no período de apreciação de seu recurso administrativo, que se estendeu por quase vinte meses de redução de benefício de caráter alimentar, em prejuízo do sustento seu e de seus familiares.

Embora nem todos os males alegados possam ser atribuídos diretamente à redução indevida do benefício, é inegável que a injusta privação dos rendimentos causou diversos transtornos na vida do requerente. A situação de inadimplência à qual teve que se submeter restou comprovada nos documentos de fls. 25/30, 281/282.

Em cota lançada aos autos à fl. 214vº, a contadora do Juízo apontou que:

... houve redução do benefício do autor no percentual apurado de 13,63%. Tal percentual, foi resultado da divisão de R\$ 582,86 (Renda Mensal Inicial constante na Carta de Concessão de fls. 10, ref. 02/95) por R\$ 512,91 (Renda Mensal Inicial Revista, cf. fls. 15), no período compreendido entre a data da Concessão do Benefício, ou seja, 15/02/95 (v. fls. 10) até 21/10/97, data do julgamento do Recurso que o autor interpôs contra o INSS, no qual foi julgada procedente a Revisão do Benefício do autor, nos termos da planilhas juntadas pelo INSS às fls. 206-207 dos autos.

A situação de dano efetivo se estendeu por aproximadamente vinte meses (fevereiro de 1996 a 21 de outubro de 1997), ainda que com reflexos indiretos no período desde a concessão do benefício até a data da decisão que determinou a redução (15 de fevereiro de 1995 a fevereiro de 1996). Somente após esse longo período de dificuldades, desnecessariamente padecidas, é que foi restabelecido, no âmbito administrativo, o direito do autor.

O nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta do agente público restou suficientemente demonstrado. Da incontestável falha na prestação do serviço público, decorreu a efetiva lesão na esfera moral do autor.

Configurada, assim, a ocorrência do dano, da ação do agente e o nexo causal, resta a apuração do *quantum* indenizatório.

A fixação da indenização por danos morais deve objetivar a justa reparação do prejuízo, observando: a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e a gravidade do dano, não podendo implicar enriquecimento ilícito, nem valor irrisório.

Necessário sopesar os dissabores pelos quais passou o autor na situação como um todo, conforme já mencionado, levando-se em conta o período até a apreciação do recurso administrativo e os fatores ocorridos no decurso do tempo.

Considero, nessa apreciação, que a redução mensal do benefício correspondeu a R\$ 69,95

(sessenta e nove reais e noventa e cinco centavos), em fevereiro de 1995 (fls. 10, 15 e 17), valor muito próximo do salário mínimo vigente à época, de R\$ 70,00 (setenta reais).

Levando-se em conta o salário mínimo nacional em 2013, no valor de R\$ 678,00, multiplicado pelo período de vinte meses, apuramos, atualmente, o valor de R\$ 13.560,00 (treze mil quinhentos e sessenta reais).

Dessa maneira, diante das particularidades apontadas, entendo que o valor de R\$ 13.560,00 (treze mil quinhentos e sessenta reais) seja adequado para a indenização pelos danos morais causados, montante que tem o caráter de reprimir a prática da conduta danosa, não caracterizando valor irrisório nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do autor.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente deste E. Tribunal, *in verbis*:

**INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO INDEVIDO. RESPONSABILIDADE DO INSS. DEVER DE INDENIZAR. HONORÁRIOS.**

1. Devido à falha no sistema de implantação do benefício, o apelante teve descontado do seu benefício, durante 5 meses, o valor de R\$ 477,24.

2. Ainda que tenha o INSS sanado o erro, com a restituição da quantia indevidamente descontada ao beneficiário, o benefício por ele recebido gira em torno do valor de R\$ 1.500,00 (fls. 12/14).

3. O dano moral se encontra presente na medida em que levarmos em consideração o valor irrisório da maioria dos benefícios previdenciários, sendo certo que qualquer redução em seu valor compromete o próprio sustento do segurado e de sua família.

4. O nexo causal também se verifica, uma vez que, consoante se depreende de tudo o que foi acima exposto, o dano ao apelante decorreu da conduta do INSS, havendo, portanto, o dever de indenizar.

5. Em relação ao *quantum* indenizatório, é da essência do dano moral ser compensado financeiramente a partir de uma estimativa que seja pertinente ao sofrimento causado, não havendo fórmulas ou critérios matemáticos que permitam especificar, com exatidão, o valor da indenização.

6. O arbitramento deve, portanto, obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização cumpra a sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo, sem, contudo, permitir o seu enriquecimento sem causa.

7. Na presente ação, analisadas as peculiaridades que envolveram o caso, com o desconto comprovado de valor indevido (R\$ 477,24) no período que vai de outubro de 2008 a março de 2009 (5 meses), bem como os dissabores daí advindos, que tiveram de ser suportados pelo apelante, entendo que a indenização por danos morais deve ser fixada no valor de R\$ 2.386,20 (cinco vezes o valor descontado), em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao caráter pedagógico/punitivo da indenização e à impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido, evitando-se a perspectiva do lucro fácil.

8. Verificada a total sucumbência do INSS, deve a autarquia arcar com o pagamento dos honorários correspondentes, os quais, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, fixo em 5% sobre o valor da causa, levando em consideração as peculiaridades do caso e o simples desenrolar do processo.

9. Apelação a que se dá provimento para condenar o INSS ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.386,20, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 5% sobre o valor da causa.

(TRF3, AC nº 0041816-64.2010.4.03.9999, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 13/10/2011, e-DJF3 24/10/2011)

O valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente, desde a data deste arbi-

tramento (Súmula 362, do C. STJ), observados os índices previstos na Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, do Conselho da Justiça Federal, excluída a previsão do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, utilizando-se: o percentual de 6% (seis por cento) ao ano até dezembro de 2002, a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, no período de janeiro de 2003 a junho de 2009 e o mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, a partir de 29/06/2009 (STJ, RESP 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 02.02.12).

Inversão do ônus da sucumbência, devendo a ré arcar com a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Em face de todo o exposto, *rejeito a matéria preliminar, alegada em contrarrazões, e dou provimento à apelação.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0000852-71.2006.4.03.6118**  
**(2006.61.18.000852-6)**

Apelante: VALDIRENE DIAS MACHADO (incapaz) E OUTROS  
Representante: ANTONIO VIEIRA DOS SANTOS MACHADO  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1<sup>a</sup> VARA DE GUARATINGUETA - SP  
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS  
Classe do Processo: AC 1779719  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/01/2014

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. ART. 203, V, CF. 03 (TRÊS) AUTORES. ÓBITO DE UM DOS AUTORES NO CURSO DA AÇÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1 - O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias.

2 - Os autores são portadores de “retardo mental grave”, certo que sua deficiência restara plenamente demonstrada pelas cópias de sentença de interdição (fls. 32/34) e termos de curadoria (fls. 11/13 e 79), comprovando que se encontram total e definitivamente incapacitados para qualquer atividade, inclusive laborativa.

3 - O estudo social de fls. 133/139, em conjunto com a pesquisa ao sistema CNIS (fls. 145/152 e 168/175), revela que o atual núcleo familiar é formado por 04 (quatro) pessoas: os autores Maria das Dores e Waldair, com seus pai e mãe.

4 - A moradia da família é descrita como própria, de traços modestos, dotada de 02 (dois) quartos, sala, cozinha, banheiro e quintal, guarnevida com móveis e utensílios domésticos simples, e em ótimas condições de higiene, localizada na zona urbana, em rua sem pavimentação, mas contemplada com serviços de luz elétrica e saneamento básico.

5 - A perícia social tratou de assinalar a existência de 2 televisores e DVD, fogão, geladeira, tanquinho e máquina de lavar roupas, além de cama de casal e 2 camas de solteiro, 2 guarda-roupas e 1 armário de cozinha, o que, a meu ver, não denota tratarem-se de itens de luxo ou sofisticação, ao contrário: há claramente, naquele lar, uma estrutura voltada para atender às inúmeras necessidades dos autores, bem assim para tentar minimizar o sofrimento dos mesmos, que vivem prostrados, sem praticamente avistarem a rua - exceto para cumprir compromissos médicos que lhes são imprescindíveis. Segundo relatado, a família conta com o auxílio da Prefeitura local para transporte dos autores, em ambulância, a fim de comparecerem em consultas médicas e dentista.

6 - A renda mensal familiar apurada - sem o cômputo dos benefícios concedidos aos autores - corresponderia ao salário percebido pelo genitor, na qualidade de funcionário

celetista da "Prefeitura da Estância Turístico-Religiosa de Aparecida/SP", no valor de R\$ 1.059,00 (agosto/2011), sabendo-se que a mãe dos autores encontra-se impedida de desenvolver qualquer labor, uma vez que se dedica, exclusivamente, aos cuidados dos filhos.

7 - Foram relatadas despesas mensais com água, luz, gás e alimentação em total aproximado de R\$ 650,00, sendo que os gastos regulares com as necessidades unicamente dos autores - incluindo-se medicamentos de uso contínuo, fraldas, acompanhamento médico frequente, como Fonoaudiologia e Fisioterapia, além de tratamento dentário - chegam próximo ao valor de R\$ 1.800,00.

8 - De tudo o que se lê, infere-se que a renda mensal obtida pela família dos autores não consegue fazer frente a todos os gastos exigidos, sobretudo aqueles com os cuidados intensos que requerem os demandantes.

9 - Sendo este um caso peculiar, em que coabitam, no mesmo núcleo familiar, duas pessoas portadoras de deficiência - necessitando, igualmente, da concessão de benefício de prestação continuada - reconhece-se o direito de ambas ao deferimento do benefício, um a cada qual dos autores, WALDAIR DIAS MACHADO e MARIA DAS DORES DIAS MACHADO.

10 - Quanto à parte autora VALDIRENE DIAS MACHADO, falecida no curso da ação, que não se observa qualquer saldo de valores a serem pagos, haja vista que, à ocasião do óbito (28/06/2010), encontrava-se implantada a tutela concedida em Primeiro Grau (10/07/2006), cabendo esclarecer, ademais, que se trata de benefício de caráter personalíssimo e intransferível, não havendo hipótese de transmissão *causa mortis*, na forma de pensão a dependentes e/ou sucessores.

11 - Apelação dos autores provida.

12 - Sentença reformada.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por maioria, *dar provimento à apelação dos autores e deferir a antecipação da tutela*, nos termos do relatório e voto do Relator, com quem votou a Desembargadora Federal Cecília Mello, vencida a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta.

São Paulo, 25 de novembro de 2013.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator): Trata-se de ação previdenciária ajuizada em 05/07/2006 por VALDIRENE DIAS MACHADO, MARIA DAS DORES DIAS MACHADO e WALDAIR DIAS MACHADO, incapazes, representados por seu genitor-curador ANTÔNIO VIEIRA DOS SANTOS MACHADO, objetivando concessão/restabelecimento de benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência (artigo 203, inciso V, da Constituição Federal).

Documentos foram acostados às fls. 11/50 e 76/79.

Restou deferida a assistência judiciária gratuita, bem assim concedida a antecipação dos efeitos da tutela em *10/07/2006*, conforme fls. 53/56.

Noticiada a cessação do benefício em nome da autora VALDIRENE DIAS MACHADO (fl. 119), em razão do óbito ocorrido em *28/06/2010*, comprovado por meio de cópia da certidão de passamento (fl. 129).

Às fls. 133/139 encontra-se estudo sócio-econômico realizado em *17/08/2011*.

Manifestou-se o Ministério Público, em Primeira Instância, pela procedência do pedido (fls. 154/163).

A r. sentença prolatada em *18/11/2011* (fls. 165/175) *extinguiu o feito, sem resolução de mérito*, nos termos do artigo 267, IV e IX, do Código de Processo Civil, quanto à autora VALDIRENE DIAS MACHADO, e *julgou improcedente* o pedido quanto aos autores WALDAIR DIAS MACHADO e MARIA DAS DORES DIAS MACHADO. Houve condenação no ônus da sucumbência, ficando suspensa a execução das verbas relacionadas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Cassou-se a tutela anteriormente concedida.

A parte autora protocolizou apelação (fls. 179/185), pugnando pelo recebimento no duplo efeito - suspensivo e devolutivo - nos termos do artigo 558, § único, do Código de Processo Civil e, no mais, defendendo a reforma da r. sentença, sob alegação de que restaram verdadeiramente demonstrados nos autos os requisitos justificadores da concessão pretendida, em especial quanto ao requisito miserabilidade.

Sem o oferecimento de contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal, sobrevindo parecer do *Parquet Federal* às fls. 193/194, opinando pelo provimento da apelação quanto ao autor WALDAIR DIAS MACHADO, com o consequente restabelecimento da tutela jurisdicional, e pelo desprovimento do recurso quanto à autora MARIA DAS DORES DIAS MACHADO.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator): Trata-se de ação previdenciária ajuizada em *05/07/2006* por VALDIRENE DIAS MACHADO, MARIA DAS DORES DIAS MACHADO e WALDAIR DIAS MACHADO, incapazes, representados por seu genitor-curador ANTÔNIO VIEIRA DOS SANTOS MACHADO, objetivando concessão/restabelecimento de benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência (artigo 203, inciso V, da Constituição Federal).

Perlustrando os autos, bem se observa que a discussão trazida refere-se, sim, a restabelecimento de benefício assistencial outrora concedido, administrativamente, a cada um dos aos autores (sob NB 516.121.707-0, 516.122.339-8 e 516.122.787-3), a partir de *16/03/2006* (fls. 44/46), sendo que houve a cessação, também administrativa, em *29/05/2006* (fls. 35/37), ao argumento de não-comprovação da situação de hipossuficiência; com o deferimento da tutela antecipatória, os aludidos benefícios foram reativados (fls. 70/72), havendo posterior cassação decidida em sentença.

Pois bem.

O benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos

e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De outro giro, os artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, e o art. 34, da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda “per capita” seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/2003.

De mais a mais, a interpretação deste dispositivo legal na jurisprudência tem sido extensiva, admitindo-se que a percepção de benefício assistencial, ou mesmo previdenciário com renda mensal equivalente ao salário mínimo, seja desconsiderada para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742/93.

Ressalte-se, por oportuno, que os diplomas legais acima citados foram regulamentados pelo Decreto 6.214/07, o qual em nada alterou a interpretação das referidas normas, merecendo destaque o art. 4º, inc. VI e o art. 19, *caput* e parágrafo único do referido decreto, *in verbis*:

Art. 4º Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos, auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios da previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do

trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos aufe-ridos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei nº 8.742/93 foi arguida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

**RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.**  
- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.  
- Reclamação procedente.

Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova inconteste de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se desconhece notícia constante do Portal do Supremo Tribunal Federal, de que aquela Corte, em recente deliberação, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais em voga (Plenário, na Reclamação 4374, e Recursos Extraordinários - REs 567985 e 580963, estes com repercussão geral, em 17 e 18 de abril de 2013, reconhecendo-se superado o decidido na ADI 1.232-DF), do que não mais se poderá aplicar o critério de renda per capita de ¼ do salário mínimo para fins de aferição da miserabilidade.

Em outras palavras: deverá sobrevir análise da situação de hipossuficiência porventura existente, consoante a renda informada, caso a caso.

*In casu*, de toda a documentação carreada aos autos, depreende-se que os autores são portadores de “retardo mental grave”, certo que sua deficiência restara plenamente demonstrada pelas cópias de sentença de interdição (fls. 32/34) e termos de curadoria (fls. 11/13 e 79), comprovando que se encontram total e definitivamente incapacitados para qualquer atividade, inclusive laborativa.

Lado outro, o estudo social de fls. 133/139, em conjunto com a pesquisa ao sistema CNIS (fls. 145/152 e 168/175), revela que o atual núcleo familiar é formado por 04 (quatro) pessoas: os autores Maria das Dores e Waldair, com seus pai e mãe.

A moradia da família é descrita como própria, de traços modestos, dotada de 02 (dois) quartos, sala, cozinha, banheiro e quintal, guarnecidida com móveis e utensílios domésticos simples, e em ótimas condições de higiene, localizada na zona urbana, em rua sem pavimen-

tação, mas contemplada com serviços de luz elétrica e saneamento básico.

A perícia social tratou de assinalar a existência de 2 televisores e DVD, fogão, geladeira, tanquinho e máquina de lavar roupas, além de cama de casal e 2 camas de solteiro, 2 guarda-roupas e 1 armário de cozinha, o que, a meu ver, não denota tratarem-se de itens de luxo ou sofisticação, ao contrário: há claramente, naquele lar, uma estrutura voltada para atender às inúmeras necessidades dos autores, bem assim para tentar minimizar o sofrimento dos mesmos, que vivem prostrados, sem praticamente avistarem a rua - exceto para cumprir compromissos médicos que lhes são imprescindíveis.

Segundo relatado, a família conta com o auxílio da Prefeitura local para transporte dos autores, em ambulância, a fim de comparecerem em consultas médicas e dentista.

A renda mensal familiar apurada - sem o cômputo dos benefícios concedidos aos autores - corresponderia ao salário percebido pelo genitor, na qualidade de funcionário celetista da "Prefeitura da Estância Turístico-Religiosa de Aparecida/SP", no valor de R\$ 1.059,00 (agosto/2011), sabendo-se que a mãe dos autores encontra-se impedida de desenvolver qualquer labor, uma vez que se dedica, exclusivamente, aos cuidados dos filhos.

Foram relatadas despesas mensais com água, luz, gás e alimentação em total aproximado de R\$ 650,00, sendo que os gastos regulares com as necessidades unicamente dos autores - incluindo-se medicamentos de uso contínuo, fraldas, acompanhamento médico frequente, como Fonoaudiologia e Fisioterapia, além de tratamento dentário - chegam próximo ao valor de R\$ 1.800,00.

De tudo o que se lê, infere-se que a renda mensal obtida pela família dos autores não consegue fazer frente a todos os gastos exigidos, sobretudo aqueles com os cuidados intensos que requerem os demandantes.

E nessas condições, não é possível aos autores terem vida digna ou, consoante assevera a Constituição Federal, permitir-lhes a necessária dignidade da pessoa humana ou o respeito à cidadania, que são, às expressas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

Sendo este um caso peculiar, em que coabitam, no mesmo núcleo familiar, duas pessoas portadoras de deficiência - necessitando, igualmente, da concessão de benefício de prestação continuada - reconhece-se o direito de ambas ao deferimento do benefício, um a cada qual dos autores, WALDAIR DIAS MACHADO e MARIA DAS DORES DIAS MACHADO.

Nesta esteira, já decidiu esta Corte, conforme julgado que ora se colaciona:

CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REMESSA OFICIAL. REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.  
I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - *Como os autores são portadores de deficiência e não tem condições de prover seu próprio sustento, ou tê-lo provido por sua família, impõe-se a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição da República, observado o disposto nos artigos nº 42, 47 e 48 do Decreto nº 6.214/07.*

III - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o artigo 461 do Código de Processo Civil.

IV - Remessa oficial não conhecida. Apelo do INSS improvido.

(AC 2001.61.15.001559-2, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 08/01/2008, v.u.,

p. DJU 30/01/2008, pág. 560)

(grifei)

Necessário esclarecer, quanto à parte autora VALDIRENE DIAS MACHADO, falecida no curso da ação, que não se observa qualquer saldo de valores a serem pagos, haja vista que, à ocasião do óbito (28/06/2010), encontrava-se implantada a tutela concedida em Primeiro Grau (10/07/2006), cabendo esclarecer, ademais, que se trata de benefício de caráter personalíssimo e intransferível, não havendo hipótese de transmissão *causa mortis*, na forma de pensão a dependentes e/ou sucessores.

Doravante, às especificações da concessão deferida:

O valor do benefício é de 01 (um) salário mínimo, nos termos do artigo 20, *caput*, da Lei 8.742/93.

Cumpre ressaltar que o benefício deve ser revisto a cada dois anos, haja vista a expressa disposição legal prevista no art. 21 da Lei nº 8.742/93.

A fixação do *termo inicial do benefício* deve corresponder à data do requerimento administrativo - 16/03/2006 - devidamente comprovado nos autos (fls. 44/46). Importante deixar consignado que eventuais pagamentos das diferenças pleiteadas já realizadas pela autarquia na esfera administrativa deverão ser deduzidas na fase da execução do julgado.

A correção monetária incidirá sobre as prestações em atraso, desde os respectivos vencimentos, observada a Súmula 8 do E. TRF, o Provimento 64/2005 da E. Corregedoria-Geral da Justiça da 3ª Região e Manuais de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (Resoluções nº 242/2001, 561/2007 e 134/2010, do Conselho da Justiça Federal).

No tocante aos juros de mora, observar-se-á a taxa anual de 6% (seis por cento) ao ano na vigência do Código Civil de 1916; a partir de 11.01.2003, aplicar-se-á a Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) que, no artigo 406, preceitua a incidência dos juros moratórios à base de 1% (um por cento ao mês); alfim, na forma da redação dada ao artigo 1º-F da Lei 9.494/97 pela Lei nº 11.960, de 01.07.09, haverá incidência de uma única vez, e conforme índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Relativamente às custas processuais, é imperioso sublinhar que o art. 8º da Lei nº 8.620, de 05.01.93, preceitua o seguinte:

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou opoente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens. § 1º O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado nas condições de autor, réu, assistente ou opoente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios.

(...).

Apesar do STJ entender que o INSS goza de isenção no recolhimento de custas processuais, perante a Justiça Federal, nos moldes do dispositivo legal supramencionado, a Colenda 5ª Turma deste Egrégio Tribunal tem decidido que, não obstante a isenção da autarquia federal, consoante o art. 9º, I, da Lei 6032/74 e art. 8º, § 1º, da Lei 8620/93, se ocorreu o prévio recolhimento das custas processuais pela parte contrária, o reembolso é devido, a teor do art. 14, § 4º, da Lei 9.289/96, salvo se esta estiver amparada pela gratuidade da Justiça.

De conseguinte, em sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita, deixo de condenar o INSS ao reembolso das custas processuais, porque nenhuma verba a esse título foi paga pela parte, e a autarquia federal é isenta e nada há a restituir.

Quanto às *despesas processuais*, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei nº 1060/50, combinado com o artigo 27 do Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Quanto à *verba honorária*, fixo-a em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, conforme art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Presentes que se encontram os pressupostos contidos no artigo 273 do CPC, notadamente a prova inequívoca de que os autores já implantaram os requisitos necessários ao gozo dos benefícios perseguidos, assinalando ainda a urgência na percepção dos benefício que - pela sua própria natureza - constituem-se em verba de alimentos, *defiro a antecipação de tutela*, para o fim de determinar a implantação imediata do benefícios. Para tanto, concedo ao INSS o prazo máximo de 30 (trinta) dias para as providências administrativas necessárias.

Isso posto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, para julgar procedente o pedido e condenar o INSS ao pagamento de benefício assistencial a cada um dos autores, WALDAIR DIAS MACHADO e MARIA DAS DORES DIAS MACHADO, no valor de um salário mínimo. Honorários advocatícios, custas, despesas processuais, correção monetária e juros de mora, tudo conforme acima explicitado. Também nos moldes retroexpostos, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

É como VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**  
**0004513-34.2006.4.03.6126**  
**(2006.61.26.004513-8)**

Agravante: RICARDO VAGNER WINKLER

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessados: UNIÃO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AC 1456494

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2014

**EMENTA**

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS DE EX-TRABALHADORES DA RFFSA. EQUIPARAÇÃO COM OS FUNCIONÁRIOS DA ATIVA DA CPTM. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A parte autora tem direito à complementação da aposentadoria ou equiparação com remuneração do pessoal da atividade da extinta RFFSA, e que inclusive já vem recebendo. Todavia, não faz jus à equiparação de vencimentos com o pessoal da ativa da CPTM, nos termos da Lei 11.483/07 e 10.233/01 e da Lei Estadual 7.861/92.

2. Em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista nas Leis 8.186/91 e 10.478/02.

3. O autor, ex-funcionário da RFFSA, passou a integrar o quadro de pessoal da CPTM, por força da cisão parcial da CBTU. Para os funcionários da CPTM, o regime jurídico de seu pessoal deverá obedecer a legislação previdenciária, conforme determina o Art. 11, da Lei 7.861/92.

4. Agravo desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> 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 fevereiro de 2014.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo

regimental, que ora recebo como legal, contra decisão que excluiu, de ofício, a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais e, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao apelo, mantendo a improcedência do pedido de equiparação de vencimentos com os dos funcionários da ativa da CPMT.

Sustenta o agravante, em síntese, que “o art. 118 da Lei nº 10.233/01 não se mostra aplicável ao tema uma vez que este artigo se aplica aos trabalhadores ‘cujos contratos de trabalho foram transferidos para o quadro de pessoal especial da VALEC’, o que não é o caso”, em que se pleiteia o “recebimento da complementação de aposentadoria acrescida da gratificação por tempo de serviço - anuênios, com supedâneo na Lei 8.186/91 e 10.478/02, tendo como base os salários da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, sucessora e atual exploradora de serviços ferroviários no Estado de São Paulo, uma vez que foi admitido pela RFFSA - Rede Ferroviária Federal S.A., antes de 21.05.1991”.

Aduz que a “RFFSA foi extinta pela MP 353/07, convertida na Lei nº 11.483/2007, e a CTBU deixou de operar o sistema ferroviário no Estado de São Paulo, sendo sucedida pela CPTM”, porém “a complementação de aposentadoria prevista na Lei nº 8.186/91 continuou a obedecer a tabela salarial da extinta RFFSA”, pelo que alega que “o paradigma a ser seguido como base de cálculo da complementação de aposentadoria (...) é tabela salarial da CPTM”, diante da sucessão trabalhista havida entre RFFSA/CTBU/CPTM.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA FEREIRA (Relator): A decisão agravada (fls. 213/215) foi proferida nos seguintes termos:

Cuida-se de apelação nos autos de ação de conhecimento em que se objetiva a equiparação de vencimentos com os dos funcionários ativos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM sob os seguintes fundamentos: a) o autor foi admitida em 03/11/69 na RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A para desempenhar a função de escriturário e aposentou-se em 03/10/2005 na função de analista econômico e financeiro jr.; b) em 01.01.85 passou por sucessão trabalhista na forma do Decreto 89.396 de 22.02.84 para integrar o quadro de funcionários da CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos; c) posteriormente, por força da cisão parcial da CBTU, passou a integrar o quadro de funcionários da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos; d) com o início da vigência da Lei 10.478 de 28.06.2002, que ampliou os benefícios da Lei 8.186 de 21.05.91, passou a ter direito à complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31.10.69, na RFFSA; e) o autor não está recebendo o que lhe é assegurado por lei, qual seja, a equiparação com os funcionários ativos da CPTM. Tem direito à complementação com os valores recebidos pelos trabalhadores da ativa (paridade), na função que o autor exercia quando da aposentadoria, ou seja analista econômico e financeiro jr. Pleiteia, ainda, os anuênios correspondentes aos períodos laborados nas empresas no importe de 35% em decorrência de ter trabalhado durante 35 anos; f) a equiparação deverá ter como paradigma a tabela oficial de cargos e salários anexa ao acordo coletivo de trabalho. Ao final, requer o pagamento da verba de complementação de benefício, bem como todas as diferenças oriundas da revisão do benefício, e os seus reflexos nas rendas mensais vencidas e vincendas a partir da aposentadoria previdenciária.

O MM. Juízo “a quo” julgou improcedente o pedido, condenando o autor nos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, observando-se o disposto no Art. 12, da Lei 1.060/50. Apelou o autor, alegando, preliminarmente, a legitimidade da CPTM para figurar no pólo passivo da ação. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões da União Federal, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não há que se falar em legitimidade da CPTM para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que se busca a complementação a ser paga pelo INSS.

Passo à análise da matéria de fundo.

“In casu” trata-se de pedido formulado por ex-funcionário da RFFSA no sentido de equiparar os valores percebidos de sua aposentadoria com o contido no plano de cargos e salários dos funcionários ativos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM.

Dispõem os Arts. 1º e 2º, da Lei 8.186/91:

“Art. 1º. É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), constituída *ex vi* da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.”

“Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles.”

Por sua vez, prescreve o Art. 1º, da Lei 10.478/02:

“Art. 1º. Fica estendido, a partir do dia 1º de abril de 2002, aos ferroviários admitidos até 21 de maio de 1991 pela Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, em liquidação, constituída *ex vi* da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias, o direito à complementação de aposentadoria na forma do disposto na Lei nº 8.186, de 21 de maio de 1991.”

Da legislação supramencionada se infere que a autora tem direito à complementação da aposentadoria ou equiparação com remuneração do pessoal da atividade da extinta RFFSA, e que inclusive já vem recebendo, conforme informa na exordial.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TESE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, 5º E 6º, DA LEI Nº 8.186/91. NÃO-OCORRÊNCIA. RFFSA. FERROVIÁRIOS. LEI Nº 8.186/91. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI Nº 10.478/02. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO HOSTILIZADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 283 DO EXCELSO PRETÓRIO.

1. O fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional. Precedentes.

2. O advento da Lei nº 10.478, de 28 de junho de 2002, que dispôs sobre a complementação de aposentadorias de ferroviários da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, configura fato superveniente relevante para o julgamento da presente lide.

3. Nos termos do Decreto-Lei nº 956/69, os ferroviários que se aposentaram antes de sua

vigência têm direito à complementação de proventos.

4. A Lei nº 8.168, de 21/05/91, garantiu, expressamente, o direito à complementação de aposentadoria aos ferroviários admitidos até 31/10/69 na Rede Ferroviária Federal, inclusive para os optantes pelo regime celetista.

5. O benefício em questão foi estendido pela Lei nº 10.478/02 a todos os ferroviários admitidos até 21/05/91 pela Rede Ferroviária Federal S.A.

(...)."

(STJ, REsp 540.839/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 14/05/2007 p. 366)

Todavia, não faz jus à equiparação de vencimentos com o pessoal da ativa da CPTM, nos termos da Lei 11.483/07 e 10.233/01 e da Lei Estadual 7.861/92.

A Lei 11.483, de 31.05.2007 que encerrou o processo de liquidação e extinguiu a RFFSA, estabelece:

"Art. 27. A partir do momento em que não houver mais integrantes no quadro de pessoal especial de que trata a alínea a do inciso I do caput do art. 17 desta Lei, em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista na legislação citada nos incisos I e II do caput do art. 118 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001."

Por sua vez, dispõe a Lei 10.233/2001:

"Art. 118. Ficam transferidas da extinta RFFSA para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

I - a gestão da complementação de aposentadoria instituída pelas Leis nºs 8.186, de 21 de maio de 1991, e 10.478, de 28 de junho de 2002;".

Assim, em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista nas Leis 8.186/91 e 10.478/02. Por outro lado, a CPTM é uma sociedade de economia mista, criada pela Lei Estadual 7.861, de 28.05.1992, que dispõe em seu Art. 11:

"Artigo 11 - O regime jurídico do pessoal da sociedade será, obrigatoriamente, o da legislação trabalhista e previdenciária."

De acordo com a cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS (fls. 20/22), em 28.05.94 o autor, ex-funcionário da RFFSA, passou a integrar o quadro de pessoal da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, por força da cisão parcial da CBTU (fl. 22). Para os funcionários da CPTM, o regime jurídico de seu pessoal deverá obedecer a legislação previdenciária, conforme determina o Art. 11, da Lei 7.861/92.

Assim, ante o preceituado nas disposições citadas e mesmo diante da falta de previsão legal que permita a equiparação, a recorrente não faz jus à equiparação com os funcionários da ativa da CPMT.

De outro lado, a condenação nas verbas de sucumbência a depender do implemento da condição financeira implica em decisão condicional, o que é vedado ("a exclusão dos ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida" - STF, RE 313.348 RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante o exposto, de ofício, excluo a condenação da parte autora nas verbas sucumbenciais e, com fulcro no Art. 557, "caput", do CPC, nego seguimento ao apelo.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Conforme consignado no *decisum*, “a autora tem direito à complementação da aposentadoria ou equiparação com remuneração do pessoal da atividade da extinta RFFSA, e que inclusive já vem recebendo, conforme informa na exordial (...). Todavia, não faz jus à equiparação de vencimentos com o pessoal da ativa da CPTM, nos termos da Lei 11.483/07 e 10.233/01 e da Lei Estadual 7.861/92”.

Como se observa, em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista nas Leis 8.186/91 e 10.478/02.

Ressalte-se que, de acordo com a cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS (fls. 20/22), em 28.05.94 o autor, ex-funcionário da RFFSA, passou a integrar o quadro de pessoal da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, por força da cisão parcial da CBTU (fl. 22). Para os funcionários da CPTM, o regime jurídico de seu pessoal deverá obedecer a legislação previdenciária, conforme determina o Art. 11, da Lei 7.861/92.

Assim, ante o preceituado nas disposições citadas e mesmo diante da falta de previsão legal que permita a equiparação, a recorrente não faz jus à equiparação com os funcionários da ativa da CPTM.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

**AÇÃO RESCISÓRIA**  
**0056419-74.2007.4.03.0000**  
**(2007.03.00.056419-2)**

**Autor:** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

**Ré:** APARECIDA PEREIRA MESQUITA

**Relatora:** DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA

**Revisor:** DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

**Classe do Processo:** AR 5417

**Disponibilização do Acórdão:** DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V e IX, DO CPC. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AO INCISO IX DO ART. 485 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. PLEITO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES FORMULADO EM RAZÕES FINAIS NÃO CONHECIDO. PENSÃO POR MORTE DERIVADA DE RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI CONFIGURADA. RESCISÃO DO JULGADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SUBJACENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. A rescisória não pressupõe o prequestionamento da matéria nela suscitada, por ser ação, e não recurso. Precedentes.
2. Pedido de restituição das parcelas reputadas indevidas não conhecido, por ter sido inadequadamente formulado em sede de razões finais.
3. Em relação ao inciso IX do artigo 485 do CPC, a petição inicial é inepta, por estarem ausentes a causa de pedir e o pedido.
4. O feito prossegue com relação ao pedido de rescisão do julgado, com fundamento no art. 485, V, do CPC. Quanto a esse, a inicial encontra-se em perfeita consonância com os artigos 488 e 282 do Código de Processo Civil.
5. A alegação é a de que o v. acórdão rescindendo incorreu em violação aos artigos 7º, § 2º, da Lei nº 6.179/74, 20, § 4º, da Lei nº 8.742/93 e 201, I, da CF/88, ao conceder pensão por morte à companheira de beneficiário de renda mensal vitalícia por incapacidade.
6. O benefício em questão, inicialmente regido pela Lei nº 6.179/74, não gera direito à pensão por morte, por ser intransmissível (art. 7º, § 2º).
7. Atualmente, o benefício assistencial (LOAS), previsto na Lei nº 8.742/93, também tem cumulação vedada com qualquer outro (art. 20, § 4º), e extingue-se com a cessação das condições que lhe deram origem ou com o falecimento do beneficiário (art. 21, § 1º).
8. Comprovado que o *de cuius*, por ocasião do óbito, recebia o benefício de renda mensal vitalícia por incapacidade - espécie 30 -, com DIB em 19/6/1996.
9. Diante do reconhecimento da qualidade de segurado ao beneficiário de renda mensal vitalícia por incapacidade - benefício de cunho eminentemente assistencial -, a concessão de pensão por morte à dependente vulnera os dispositivos invocados pelo autor, sendo de rigor a rescisão do r. julgado.
10. Em juízo rescisório, a autora (ré na ação rescisória) não faz jus ao benefício de

pensão por morte em decorrência do falecimento do companheiro, pois esse não ostentava a qualidade de segurado por ocasião do óbito.

11. Pedido de restituição de valores não conhecido.

12. Extinção do feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, cc § 3º, do CPC, quanto ao pedido de rescisão do julgado amparado no art. 485, IX, do CPC.

13. Procedente a ação rescisória com fulcro no art. 485, V, do CPC. Improcedente o pedido subjacente.

14. Sem condenação da ré em verbas de sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do pedido de restituição de valores formulado em alegações finais, julgar extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, cc § 3º, do CPC, quanto ao pedido de rescisão do julgado amparado no art. 485, IX, do CPC e, com relação ao pedido de rescisão com fulcro no art. 485, V, do CPC, julgar procedente a ação rescisória, para rescindir o v. acórdão e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido subjacente, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Desembargadores Federais FAUSTO DE SANCTIS, MARCELO SARAIVA e DAVID DANTAS, o Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES, e os Desembargadores Federais SÉRGIO NASCIMENTO e WALTER DO AMARAL ressalvaram entendimento pessoal, no sentido de ser incabível o desconto de eventuais valores já pagos à parte ré a título do benefício ora cassado, tendo em vista a sua boa-fé e o caráter alimentar dos referidos valores.

Votaram, os Desembargadores Federais FAUSTO DE SANCTIS (Revisor), MARCELO SARAIVA, TÂNIA MARANGONI e DAVID DANTAS, o Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES, e os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, THEREZINHA CAZERTA, MARISA SANTOS, SÉRGIO NASCIMENTO, NELSON BERNARDES e WALTER DO AMARAL.

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para, com fundamento no artigo 485, V e IX, do Código de Processo Civil, desconstituir o v. acórdão, que, mantendo a sentença de concessão do benefício de pensão por morte, deu parcial provimento à apelação interposta, para determinar a base de cálculo dos honorários advocatícios e os critérios de juro de mora.

Alega que a decisão rescindenda violou a lei e incorreu em erro de fato ao conceder pensão por morte à companheira de beneficiário de renda mensal vitalícia, dado o caráter assistencial, personalíssimo e intransmissível desse último, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 6.179/74

e do artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742/93. Aponta, ainda, violação a preceito constitucional (art. 201, I, da CF/88). Pretende a rescisão do v. acórdão e, em novo julgamento, a improcedência do pedido subjacente. Pede a antecipação da tutela e a dispensa do depósito prévio previsto no artigo 488, II, do CPC.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 16/36.

Deferida a dispensa do depósito prévio, a apreciação do pedido de tutela jurídica foi postergada e determinou-se a citação da ré (fl. 38)

Em resposta (fls. 47/51), alega a parte ré que a demanda originária versou sobre a comprovação da união estável, para fins de concessão do benefício de pensão por morte, sem que houvesse discussão acerca da espécie de benefício do *de cuius*. Afirma que o falecido companheiro trabalhou “durante toda a vida, quer em lides urbanas, quer em rurais, o que lhe asseguraria, de qualquer forma, a condição de segurado do Requerente” [sic!]. Sustenta ser inviável o reexame das provas em sede de ação rescisória e requer a improcedência do pedido. Pugna pela rejeição da liminar pleiteada e pela concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Documentos às fls. 52/53.

Réplica às fls. 61/62.

Instadas à especificação de provas (fl. 64), as partes não se manifestaram (fl. 68).

A decisão de fls. 69/74 concedeu a tutela antecipada requerida pelo autor.

Razões finais apresentadas somente pelo INSS às fls. 89/90. Reitera os termos da petição inicial e requer a condenação da ré na devolução dos valores porventura recebidos a título do benefício ora em discussão.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido formulado na ação rescisória e, em juízo rescisório, pela improcedência do pedido originário (fls. 94/95).

À fl. 97 foi determinada a juntada, pelo autor, dos documentos que instruíram a ação subjacente e dos depoimentos testemunhais colhidos em audiência.

Deferidos os pedidos de dilação de prazo (fls. 101, 111), o INSS cumpriu a determinação judicial (fls. 113/129).

A parte ré manifestou-se à fl. 132 sobre os documentos juntados.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal reiterou o parecer de fls. 94/95, pela improcedência do pedido subjacente, porém “sem a necessidade de devolução dos valores já recebidos com a implantação do benefício, diante da evidente boa-fé da ré que os recebeu com base em decisão judicial e da natureza alimentar da verba”. (fl. 134)

É o relatório.

À revisão (artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

## VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Pretende o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 485, V e IX, do Código de Processo Civil, *desconstituir* o v. acórdão, que, mantendo a sentença de concessão do benefício de pensão por morte, deu parcial provimento à apelação interposta, para determinar a base de cálculo dos honorários advocatícios e os critérios de juro de mora.

Inicialmente, defiro os benefícios da justiça gratuita à parte ré.

A ação rescisória é o remédio processual (art. 485 do CPC) do qual a parte dispõe para invalidar sentença de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. A ação rescisória autoriza as partes ao apontamento de imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

A tanto, assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória deu-se em 25/5/2007 e o trânsito em julgado do acórdão, em 15/3/2006 (fl. 28).

A alegação da ré no sentido de que a espécie de benefício percebido pelo *de cuius* não foi objeto de discussão na ação subjacente não subsiste. A rescisória não pressupõe o prequestionamento da matéria nela suscitada, por ser ação, e não recurso (a respeito, decisão da e. Des. Fed. Marisa Santos, i. Relatora da AR 1.493, TRF/3<sup>a</sup> Região, v.u., DJU 22/10/2003, p. 226).

*Conheço*, portanto, de todas as pretensões deduzidas, à exceção do pedido de restituição das parcelas reputadas indevidas, por ter sido inadequadamente formulado em sede de razões finais.

Passo ao juízo rescindendo.

Tem-se, nesta ação rescisória, a análise de duas questões.

Em relação ao inciso IX do artigo 485 do CPC, a petição inicial é *inepta*, por estarem ausentes a causa de pedir e o pedido.

Com efeito, o autor limitou-se a apontar a deficiência na defesa da autarquia no feito subjacente, decorrente da errônea indicação do número do benefício do falecido, o que teria prejudicado a atuação do advogado credenciado.

Assim, julgo o processo extinto, sem resolução do mérito, a teor do artigo 267, § 3º, do CPC, quanto ao pedido de rescisão amparado em erro de fato.

O feito prossegue, contudo, com relação ao pedido de rescisão do julgado, com fundamento no artigo 485, V, do CPC. Quanto àquele, a inicial encontra-se em perfeita consonância com os artigos 488 e 282 do Código de Processo Civil.

À luz do disposto no art. 485, inciso V, a doutrina sustenta ser questão relevante saber se a decisão rescindenda qualifica os fatos por ela julgados de forma inadequada, a violar, implícita ou explicitamente, literal disposição de lei.

Ensina Flávio Luiz Yarshell: “Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma”. (in: *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323)

A jurisprudência também caminha no mesmo sentido: “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao

contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos". (RSTJ 93/416)

No caso, a alegação é a de que o v. acórdão rescindendo incorreu em violação aos artigos 7º, § 2º, da Lei nº 6.179/74, 20, § 4º, da Lei nº 8.742/93 e 201, I, da CF/88, ao conceder pensão por morte à companheira de beneficiário de renda mensal vitalícia por incapacidade.

Pois bem. Segundo consta na petição inicial daquele feito, a ré postulou o benefício de pensão por morte, invocando sua condição de companheira e a de "aposentado" do *de cuius*. Juntou documentos, entre os quais certidão de óbito, ocorrido em 17/10/2001, e cópias dos extratos bancários de saques do benefício percebido pelo falecido (fls. 114, 117/118).

A r. sentença, confirmada em grau de recurso, reconheceu a qualidade de segurado do falecido e a união estável havida com a ré, com base nas provas coligidas, e, via de consequência, concedeu o benefício almejado, sem atentar para a ausência de indicação da espécie de benefício que o falecido recebia, pois os extratos bancários de saques não indicavam o tipo de benefício: se previdenciário ou assistencial.

Sob esse aspecto, o INSS comprovou, à fl. 29, que o *de cuius*, por ocasião do óbito, recebia o benefício de renda mensal vitalícia por incapacidade - espécie 30 -, com DIB em 19/6/1996.

O benefício em questão, inicialmente regido pela Lei nº 6.179/74, não gera direito à pensão por morte, por ser intransmissível. Nesse sentido, dispunha o artigo 7º, § 2º:

Art. 7º O pagamento da renda mensal obedecerá às normas e condições vigentes no INPS e no FUNRURAL.

(...)

§ 2º A renda mensal não estará sujeita ao desconto de qualquer contribuição, nem gerará direito ao abono anual ou a qualquer outra prestação assegurada pela Previdência Social urbana ou rural.

Atualmente, o benefício assistencial (LOAS), previsto na Lei nº 8.742/93, também tem sua cumulação vedada com qualquer outro (art. 20, § 4º), e extingue-se com a cessação das condições que lhe deram origem ou com o falecimento do beneficiário (art. 21, § 1º).

Dessa forma, diante do reconhecimento da qualidade de segurado ao beneficiário de renda mensal vitalícia por incapacidade - benefício de cunho eminentemente assistencial -, a concessão de pensão por morte à dependente vulnera os dispositivos invocados pelo autor, sendo de rigor a rescisão do r. julgado.

A propósito, os julgados abaixo (g.n.):

**AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RENDA MENSAL VITALÍCIA. ABONO ANUAL. PAGAMENTO INDEVIDO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 6.179/74.**

...

II - O caráter assistencial e personalíssimo da renda mensal vitalícia veda o deferimento de pensão por morte aos eventuais dependentes, limitando-se o seu pagamento à pessoa do beneficiário.

III - À míngua de previsão legal, não há que se falar em concessão de pensão por morte precedida do benefício de renda mensal vitalícia. Violado o disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.179/74.

IV - Matéria preliminar rejeitada. Em sede de juízo rescindente, com fundamento no art. 485,

inc. V, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir a R. sentença proferida nos autos do processo nº 610/04, da 1ª Vara da Comarca de Porto Feliz e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedente o pedido de concessão de pensão por morte.

(TRF3, AR - 5033, Processo: 0105233-54.2006.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, Terceira Seção, j. 09/12/2010, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 06/01/2011, p. 6)

**AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NOS TERMOS DO ART. 485 V DO CPC. PENSÃO POR MORTE DERIVADA DE RENDA MENSAL VITALÍCIA. IMPossibilidade. CARACTERIZADA AFRONTA AO ART. 7º DA LEI 6.179/74 REPRODUZIDO NO § 2º DO ART. 69 DA CLPS VIGENTE À ÉPOCA SUBSTITuíDO PELO ART. 21 § 1º DA LEI 8.742/93 E AO ART. 36, DO DECRETO 1744/95. IUDICium RESCINDENS E IUDICium RESCISSORIUM.**

I - O instituidor da pensão por morte era beneficiário de renda mensal vitalícia por incapacidade, espécie 30, sob o nº 70.697.821/8, com DIB de 25.02.1985.

II - O benefício de amparo social, atualmente denominado de prestação continuada não tem natureza previdenciária, mas assistencial, de caráter personalíssimo e intransferível àqueles que porventura poderiam ser considerados dependentes pela lei previdenciária.

III - Impossibilidade da reversão em pensão do amparo social que se extingue com a morte do beneficiário. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte.

IV - A concessão de pensão por morte à viúva de beneficiário de amparo social, caracteriza ofensa a literal disposição de lei, com afronta ao art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.179/74, reproduzido no § 2º, do art. 69, da CLPS, então vigente à época, substituído, posteriormente, pelo benefício de prestação continuada do art. 21, § 1º, da Lei nº 8.742/93 e art. 36, do Decreto nº 1.744/95.

V - Constatada a ocorrência de violação a literal disposição de lei, no que tange à gênese do benefício de pensão por morte, e sendo este o cerne da ação rescisória, não se pode prescindir do reexame da lide.

VI - Acolhida a tese de que a renda mensal vitalícia não gera direito à pensão por morte, resta prejudicado o pedido de rescisão do julgado a fim de alterar-se o termo inicial do benefício para a data da citação.

VII - Procedência da ação rescisória. Ação originária julgada improcedente.

(TRF3, AR - 1983, Processo: 0001814-57.2002.4.03.0000/SP, Relator Desembargadora Federal Marianina Galante, Terceira Seção, j. 22/11/2006, v.u., DJU: 08/01/2007)

**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO: INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E DOCUMENTO NOVO. PENSÃO POR MORTE. AMPARO ASSISTENCIAL. LEI 6.179/74: BENEFÍCIO VITALÍCIO. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.**

...

3. A renda mensal vitalícia, criada pela Lei 6.179/74, constituía um amparo do estado aos maiores de setenta anos e aos inválidos, incapazes de prover o próprio sustento (art. 1º), não gerando direito a qualquer outra prestação assegurada pela previdência social urbana ou rural (art. 7º, § 2º).

4. Restou comprovado nos autos que o falecido companheiro da suplicante realmente recebia renda mensal vitalícia (DIB de 18.02.1977, conforme documento de fl. 216), benefício este que tem caráter pessoal e que não se transfere aos dependentes, não gerando direito a pensão.

5. Assim, ao manter a sentença que acolheu o pedido condenatório o acórdão rescindendo implicou em literal violação legal de segurado especial, não merecendo ter sua eficácia preservada, ante a pretensão rescisória em exame, apreciada sob o permissivo do art. 485, V, do CPC.

6. Pedido rescisório procedente. Acórdão rescindido.

(TRF1, AR 200601000084200, Relator(a) Desembargadora Federal Ângela Catão, Primeira Seção, j. 30/11/2010, v.u., e-DJF1 DATA: 18/02/2011, p. 46)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI - ART. 485, V, CPC - PENSÃO POR MORTE - CÔNJUGE BENEFICIÁRIO DE RENDA MENSAL VITALÍCIA - BENEFÍCIO DE NATUREZA ASSISTENCIAL - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - FATO NÃO ARGUÍDO NA AÇÃO ORIGINÁRIA - IRRELEVÂNCIA - PRECLUSÃO - INOCORRÊNCIA - INEXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O PENSIONAMENTO - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI - LEI 8.213/91, ART. 139 - AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE - NOVO JULGAMENTO DA APELAÇÃO - APELAÇÃO PROVIDA PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

1. A insurgência da Ré, ao afirmar preclusa a oportunidade de alegar a ausência do direito ao benefício de pensão, está diretamente relacionada com a necessidade de prequestionamento acerca da lei tida por violada, para que restasse autorizada a admissibilidade da rescisória sobre aquele específico fundamento. Embora a natureza do benefício, previdenciário ou assistencial, não tenha sido objeto de discussão na ação original, este fato é irrelevante para o ajuizamento da ação rescisória se é possível inferir dos efeitos da condenação imposta pelo acórdão rescindendo, manifesta ofensa a dispositivo de lei que a desautorizava. Precedentes do STF - RTJ 97/699, 116/871, 124/1.101.

2. Acerca do benefício da Renda Mensal Vitalícia, o Decreto nº 89.312/84, que definiu a Consolidação da Legislação Previdenciária, ao cuidar do benefício da Renda Mensal Vitalícia, já externava a natureza assistencial do benefício. A mesma redação persistiu quando da promulgação da Lei nº 8.213/91, em seu art. 139. Desde quando instituído, o benefício da Renda Mensal Vitalícia sempre ostentou natureza assistencial, assim prestado não em razão de prévia relação previdenciária onerosa nem quantificado em razão de eventuais contribuições realizadas, mas justificando-se, apenas, pela necessidade de proteção ou assistência por parte do Estado àquele que, à margem de qualquer proteção previdenciária, não tem condição de auto sustentar-se, nem de alguém que possa atender suas essenciais necessidades de sobrevivência. *Enquanto benefício de natureza assistencial não é pressuposto para o direito à pensão por morte, que pressupõe relação jurídica tipicamente previdenciária, a teor do disposto nos arts. 16 e 74, da Lei nº 8.213/91.*

3. Ação rescisória procedente para desconstituir o acórdão rescindendo.

4. Proferindo novo julgamento da apelação interposta na ação originária, a ela se dá provimento para julgar improcedente o pedido.

5. Honorários de sucumbência em R\$ 300,00, suspensos em razão de assistência judiciária gratuita.

(TRF1, AR 200201000010246, Relator(a) Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Seção, j. 14/03/2006, v.u., DJ 05/04/2006, p. 03)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO QUE RECONHECEU EM FAVOR DA ORA RÉ, PENSÃO POR MORTE. *EX-SEGURADO DETENTOR DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (ART. 485, V, DO CPC). OCORRÊNCIA. REVELIA. REVOGAÇÃO.*

...

2. A decisão rescindenda que não observou que se cuidava de benefício assistencial, reconhecendo em favor da ora Ré o direito à pensão por morte, deve ser desconstituída, posto ter violado dispositivo de lei em sua integralidade (artigo 485, V, do CPC).

3. O benefício de Renda Mensal Vitalícia não gera direito à pensão por morte para os dependentes, por ter natureza assistencial, sendo pessoal e intransferível.

4. Conforme o disposto na Lei nº 8.742/93, inexiste amparo legal para a concessão de pensão por morte a dependentes de segurado beneficiário de Renda Mensal Vitalícia. Apelação improvida.

5. Sem honorários nos termos do voto. Procedência da rescisória.

(TRF5, AR 200305000142892, Relator(a) Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Pleno, j. 12/07/2006, v.u., DJ: 13/09/2006, p. 914)

Superado o *iudicium rescindens*, passo ao *iudicium rescissorium*.

Pelas razões acima expendidas, não procede o pedido de concessão de pensão por morte formulado na ação subjacente, por ter sido comprovado que o *de cuius* era beneficiário de renda mensal vitalícia, cujo benefício, de natureza assistencial, não decorre de vinculação à Previdência Social e, portanto, não gera direito à pensão por morte.

Por outro lado, não restou demonstrado o preenchimento, pelo falecido, à época da concessão da renda mensal vitalícia por invalidez, dos requisitos necessários à concessão de qualquer benefício previdenciário, seja aposentadoria por invalidez, seja por idade ou por tempo de serviço.

Com efeito, anoto a existência de contratos de trabalho urbano por pouco mais de dois anos, entre 1980 e 1993, de forma descontínua, com perda da qualidade de segurado em vários momentos. O último vínculo laboral do *de cuius* encerrou-se em 12/12/1993 (fl. 30), e, após a perda da qualidade de segurado, passou ele a receber a renda mensal vitalícia por incapacidade em 19/6/1996.

Nesse passo, a autora (ré na ação rescisória) não faz jus ao benefício de pensão por morte em decorrência do falecimento do companheiro, pois esse não ostentava a qualidade de segurado por ocasião do óbito.

Diante do exposto, (i) *não conheço* do pedido de restituição de valores formulado em alegações finais; (ii) *julgo extinto o feito*, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV, cc § 3º, do CPC, quanto ao pedido de rescisão do julgado, amparado no art. 485, IX, do CPC; (iii) e, com relação ao pedido de rescisão com fulcro no art. 485, V, do CPC, *julgo procedente* a ação rescisória, para rescindir o v. acórdão quanto à concessão de pensão por morte, e, em juízo rescisório, *julgar improcedente* o pedido subjacente, nos termos acima consignados.

Sem verbas de sucumbência, por ser a parte ré beneficiária da Justiça Gratuita.

Oficie-se ao Juízo da causa originária.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

**AÇÃO RESCISÓRIA**  
**0031166-50.2008.4.03.0000**  
**(2008.03.00.031166-0)**

Autor: JOSE DIOGO

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AR 6382

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2013

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. ART. 5º, LV, CF/88. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ART. 485, V, CPC.

1 - O que se tem em discussão é a regularidade dos meios administrativos empregados visando ao cancelamento de benefício previdenciário por suposta ocorrência de fraude. Dessa forma, a defesa da *legalidade* e da adequação da conduta administrativa constitui-se em ônus que compete ao réu.

2 - A Constituição Federal de 1988 ampliou a dimensão do direito de defesa aos litigantes, contemplando o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não apenas em processos judiciais como nos administrativos (art. 5º, LV).

3 - Ao considerar sanada a irregularidade de procedimento administrativo inexistente, em face das provas trazidas pelo próprio autor na ação judicial por ele proposta, longe de ter o condão de interpretar uma norma legal, o *decisum* rescindendo afronta a literalidade de texto constitucional.

4 - A afronta à Constituição Federal, por conduta absolutamente indevida do órgão público, deveria ter sido afastada pela decisão judicial. Se esta não se prestou a esse fim, ofendeu-a, mais uma vez.

5 - Preliminar de inépcia da inicial acolhida quanto aos incisos III, VI e IX do art. 485 do CPC. Pedido rescisório e ação ordinária subjacente julgada procedente. Tutela específica concedida.

**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, acolher a preliminar para julgar extinto o pedido de rescisão com fulcro nos incisos III, VI e IX do art. 485 do CPC e, por maioria, julgar procedente o pedido de rescisão com base no inciso V do mesmo dispositivo processual e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido da ação subjacente, concedendo a tutela específica, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de novembro de 2013.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator): Trata-se de Ação Rescisória proposta por JOSÉ DIOGO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando desconstituir julgado proferido nos autos da apelação cível nº 1999.03.99.019800-0, nos quais postulava o restabelecimento de benefício previdenciário suspenso administrativamente.

Aduz o autor que por ocasião do processo administrativo de concessão da sua aposentadoria teria apresentado ao INSS os documentos que comprovavam o seu vínculo laboral junto à Empresa Alumag, cuja guarda e conservação lhes foram dispensadas por lei. Esclarece que tais elementos de prova foram analisados pela Autarquia e ensejaram o deferimento do pedido em 11/07/1984. Não obstante, sob alegação de fraude quanto à mesma relação de trabalho e sem observância ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, determinou-se o requerido, seis anos após a concessão, à suspensão e ao cancelamento do benefício.

Acrescenta a inicial que, “neste caso não se persegue a impossibilidade do Ente público de rever suas decisões. (...) O que se ataca é a imposição ao ora Autor do ônus da prova, obrigando-o, sob pena de cancelamento do benefício, de ostentar os documentos que embasaram a concessão, isto quando por força do empunhado decreto 89.312/84, artigo 207, segunda parte, estava ele liberado da conservação de tais documentos” (fl. 53).

A inicial veio instruída com cópias dos autos originais (fls. 72/309).

Deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita à fl. 311.

O réu apresentou contestação arguindo, inicialmente, o não cabimento da ação rescisória por violação a entendimento jurisprudencial e, ainda em preliminar, sustentou a carência da ação por ausência de subsunção dos fatos a quaisquer das hipóteses do art. 485 do CPC e o caráter recursal da ação rescisória. No mérito, rechaçou as teses de violação de lei e ao dever legal de boa-fé; relativa à prescrição; prova falsa e ao erro de fato e pediu pela improcedência do pedido especialmente por não prosperar a alegação de violação ao princípio da ampla defesa, uma vez que o processo administrativo teria observado as normas que regem a matéria (fls. 320/333).

Réplica às fls. 339/355.

Instadas as partes a apresentar as provas que pretendiam produzir, nos termos do despacho de fl. 357, o autor as dispensou ao argumento de que se trata de matéria de direito (fls. 362/363), enquanto que o requerido manifestou ausência de interesse na sua produção, aduzindo “que é ônus da parte autora provar os fatos e o direito que postula seja reconhecido em juízo” (fl. 364).

Em suas alegações finais, o demandante reiterou a tese da inicial e insistiu na procedência do pedido de desconstituição do julgado e, em novo julgamento, no restabelecimento do benefício previdenciário cessado arbitrariamente (fls. 372/386).

Decorrido o prazo para o INSS apresentar os seus memoriais (fl. 402).

Atendendo à solicitação do Ministério Público Federal (fl. 403), este Juízo determinou a vinda aos autos de cópia integral do último recurso decidido na ação subjacente, tendo o requerente providenciado o traslado do agravo de instrumento em recurso especial às fls. 419/547.

Ciente das peças acrescidas, o réu manifestou-se pela improcedência do pedido de rescisão (fls. 552/554)

Em parecer da lavra da i. Procuradora Regional da República Adriana de Farias Pereira, o Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido rescisório e de restabelecimento da aposentadoria por tempo de serviço devida ao requerente (fls. 556/562).

Convertido o julgamento em diligência a fim determinar ao requerido a apresentação de cópia integral do procedimento administrativo em questão, nos termos do provimento de fl. 564, o mesmo informou ao juízo que adotara as medidas que lhe competiam, conforme petição de fl. 565 e comunicado interno em anexo.

O prazo fixado para o cumprimento do despacho de fl. 564 decorreu em 16.08.2013, conforme certidão lavrada à fl. 567.

É o relatório.

À revisão na forma regimental (art. 34, I).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):  
Despachei à fl. 564 no seguinte sentido:

A ação subjacente cuidava do pedido de restabelecimento de benefício previdenciário cessado na via administrativa e tinha, como principal fundamento, a ausência de regular procedimento naquela esfera.

Em que pese a adiantada fase processual na qual se encontram os presentes autos e a expressa dispensa da produção de provas no momento oportuno (fl. 364), reputo necessária a conversão do julgamento em diligência para determinar que o INSS seja intimado a apresentar, no prazo de 30 dias, cópia da íntegra do processo administrativo que ensejou a suspensão do benefício do autor.

Com ciência às partes e ao MPF das peças acrescidas, tornem os autos conclusos para decisão.  
Intime-se.

Intimado pessoalmente em 17.07.2013, conforme nota exarada à fl. 564v, o réu limitou-se a comunicar a este Juízo que havia tomado providências internas no sentido de que essa ordem judicial restasse atendida (fl. 565). O prazo de 30 dias estabelecido por este Relator, no entanto, transcorreu *in albis*, sem qualquer justificativa ou um pedido de dilação (fl. 567).

Devo lembrar que esta Seção especializada, em precedente de minha relatoria (AR nº 0048180-33.1997.4.03.0000, j. 10.06.2013, DJF3 20.07.2013), rejeitou questão de ordem proposta no sentido de se reiterar a conversão do julgamento em diligência para que fosse trazido aos autos o respectivo procedimento administrativo.

Nesta ocasião, assim como ocorrido naquela, este Relator adotou as providências no sentido de oportunizar, além do prazo regular da resposta, que se demonstrasse a existência do processo no qual o INSS teria, segundo alega em contestação, facultado ao demandante a ampla defesa e o contraditório, com regular citação e diligências fiscais eficazes, através das quais houvesse sido apurada a fraude que legitimaria a suspensão do benefício do segurado.

A diligência deste Juízo tem se mostrado inócuia, pois o réu não pretende comprovar que “somente após a Auditoria, com a observância dos requisitos legais é que foi suspenso o benefício”, como alega em contestação (fl. 332), até porque entende “que é ônus da parte autora

provar os fatos e o direito que postula seja reconhecido em juízo” (fl. 364).

Não desconheço que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. No entanto, o ato aqui questionado é o da anulação de um outro anterior, ou seja, o da cessação de um benefício previdenciário concedido pela mesma Autarquia, ao qual também se presume regularidade. Logo, este segundo, que é o objeto de questionamento na ação subjacente, só tem eficácia se atendidas todas as formalidades legais.

Para se contrapor ao argumento apresentado pelo demandante no sentido de que o réu teria sido o responsável por uma decisão arbitrária, unilateral e abusiva, e concluir-se que em verdade o INSS agira em conformidade com a lei, respeitando todos os direitos inerentes à ampla defesa e ao contraditório, seria fundamental a apresentação do respectivo procedimento administrativo. Por outro lado, para que se chegue à conclusão de que são procedentes os argumentos da inicial basta que o Juízo se convença da inexistência de regular citação e do prazo para a defesa do segurado.

A relação jurídica processual impõe às partes e ao juiz o dever de colaboração para a busca de uma solução realmente adequada. A iniciativa instrutória do magistrado, contudo, encontra limites na indiferença daquele que detém os elementos probatórios necessários à reconstrução dos fatos e não a apresenta, assumindo, nessa conduta própria de renúncia à resistência oferecida à pretensão, o risco da falta de prova à sua defesa, o que será valorado pelo julgador na formação do seu convencimento.

Do ponto de vista lógico, é possível afirmar que o INSS, enquanto órgão da administração pública, teria total interesse na justiça concreta da decisão buscada nestes autos por ser o responsável pela proteção do erário público ao seu encargo. Dessa forma, não implica contradição presumir que a sua inércia retratada nestes autos e na ação subjacente decorre da real impossibilidade de atender à ordem judicial, seja em razão da inexistência do processo administrativo requisitado ou, quando muito, pela sua imprestabilidade aos interesses próprios.

Registre-se, por fim, que o princípio processual da cooperação para o deslinde da causa tem como principal razão de ser o dever das partes em colaborar para uma solução justa, ágil e eficaz do caso concreto. Dessa maneira, não se harmoniza com a procrastinação do feito ou com delongadas e intermináveis diligências.

De qualquer forma, percebo que a ausência do processo administrativo que teria culminado com a suspensão da aposentadoria do requerente não impede a análise do mérito desta demanda em face dos elementos materiais já acostados nestes autos, razão pela qual me determino pelo pronto julgamento.

A preliminar de carência de ação levantada pela defesa é de ser acolhida em relação aos incisos III, VI e IX (violação ao dever legal da boa-fé, prova falsa e erro de fato, respectivamente), uma vez que os argumentos que os acompanham conduzem, inevitavelmente, à análise da alegada violação a literal dispositivo de lei por ofensa ao princípio da ampla defesa ao conferir-se validade a processo administrativo nulo.

Segundo alega o autor, a auditoria do INSS não seguiria as regras previstas em lei e, dessa forma, os auditores responsáveis teriam agido com deslealdade. Consequentemente, o relatório por eles elaborado, o qual sustentou a improcedência do pedido de restabelecimento do seu benefício, seria falso. Argumenta, ainda, que o Juízo não teria observado a ausência de citação regular no processo administrativo e, por essa razão, incorreria em erro de fato.

É de se ressaltar, no entanto, que o que se tem em discussão é justamente a regularidade dos meios administrativos empregados na comprovação da aludida fraude.

Os incisos trazidos no art. 485 do CPC oferecem um rol taxativo de independentes situações que levariam um título judicial, transitado em julgado, a ser rescindido, ainda que a ocorrência de uma delas nos remetesse, por mera consequência, a qualquer uma das outras.

A situação específica dos autos não trata de pedidos alternativos. Dessa forma, caso não tenha procedência o pedido formulado com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC, o julgador fica automaticamente impedido de analisar as demais questões suscitadas porque os fundamentos jurídicos são exatamente os mesmos, ou seja, a existência ou não de inobservância ao regular processo administrativo.

Vejo *in casu* a nítida ocorrência da absorção de um dispositivo de maior significância pelos demais a ele conectados.

Dessa forma, em especial pela inépcia que se apresenta em razão da ausência de fundamentos específicos a justificar o julgamento da ação com base nos dispositivos correlatos, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, na parte que se refere aos incisos III, VI e IX do art. 485 do Código de Processo Civil, nos termos do art. 267, IV, c.c. o § 3º, do mesmo diploma legal.

Passo a analisar o pedido fundamentado na violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, o qual assegura aos litigantes, em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Na inicial desta causa o autor argumenta que a Autarquia Previdenciária teria determinado o cancelamento da sua aposentadoria por tempo de serviço “em ato unilateral do Superintendente do INSS em São Paulo” (fl. 28). Acrescenta, na oportunidade, que a medida fora aplicada sem o devido processo legal e que, portanto, não poderia resultar na decisão ora atacada, uma vez que não respeitados os princípios constitucionais do contraditório e o do direito adquirido.

Acrescenta o demandante que o acórdão rescindendo teria se negado à prestação jurisdicional buscada por não haver analisado a questão relativa à inexistência de intimação, acabando por considerar válida a simples publicação de edital despido das formalidades legais, com a identificação dos investigados tão somente pelo número de seus processos concessórios.

A inicial descreve fatos que embasam o pleito rescisório por violação a literal dispositivo de lei, especialmente porque, segundo sustenta, o acórdão impugnado teria invertido “o ônus da prova em detrimento ao comando do art. 333, inciso II do CPC, combinado com os incisos XXVI e LV do artigo 5º da CF/1988, ou seja, o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o devido processo legal” (fl. 38), pois, consoante argumenta, “Somente robusta prova de fraude, apresentada pelo INSS, ou decisão criminal transitada em julgado autorizaria tal cancelamento” (fl. 61).

Assim pronunciou-se o ilustre Juiz Federal Convocado, por ocasião do voto que conduziu ao v. acórdão ora atacado, cuja cópia sevê às fls. 224/230:

No mérito, a controvérsia dos autos se resume à questão da ocorrência ou não da prescrição. O autor teve concedida aposentadoria em 11/07/84, mas o INPS, por meio de auditoria regular, cancelou-a por existência de fraude, em 18/04/90 (f. 45/49).

De início, tal benefício teve a participação de servidores demitidos por justa causa, pela prática de falsidades contra a Previdência Social (*vide* f. 34/42 dos autos).

Sobremais, o benefício foi cancelado por existência de falsidade em relação ao vínculo com a empresa ALUMAG ESQUADRIAS METÁLICAS LTDA., no período de 15/01/74 a 31/05/84.

A auditoria do INPS apurou, em 1990, que a empresa não operava havia mais de 10 (dez) anos, de modo que não poderia haver vínculo do autor até 1984.

Porém, o autor juntou relação dos salários-de-contribuição até 09/07/84, tratando-se de evidente falsidade.

O autor foi convocado a comparecer perante a Equipe de Supervisores da Autarquia. Porém, constatou-se que o endereço fornecido pelo autor era fictício.

Ainda assim, foi convocado por edital, com prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação (02/03/90), tendo o autor constituído advogado.

Ora, o autor exerceu sua defesa em sua plenitude, não se podendo engolir a alegação, padronizada, de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, da CF/88).

Sobremais, as conclusões da autarquia foram fundamentadas (f. 45/49) e teve o autor a oportunidade de oferecer recurso.

De qualquer forma, não há dúvidas de que o ato jurídico que gerou a aposentadoria foi viciado por dolo, ou seja, fraude, falsidade ideológica, de modo que se afigura intolerável manter-se o pagamento de um benefício nestas circunstâncias.

Por outro lado, as regras sobre a prescrição da revisão do benefício não se aplicam ao caso de benefício concedido com fraude.

Sim, quanto à prescrição, é preciso consignar o seguinte: a) os arts. 383 e 383 do Decreto nº 83.080/79, vigente na época da concessão do benefício, autorizavam o cancelamento do benefício por fraude a qualquer tempo, sem que ocorresse prescrição; b) na vigência da Lei nº 8.213/91 não havia qualquer norma estabelecendo prazo prescricional para a revisão administrativa do benefício, pois somente com a Lei nº 10.839/2004 é que se estabeleceu prazo prescricional para tanto, com a inclusão do art. 103-A na Lei nº 8.213/91, ainda assim ressalvando a má-fé.

Claro está que a regra do art. 7º da Lei nº 6.309/75 não se aplica ao caso, pois não se trata simplesmente de “revisão” de benefício, mas sim de identificação de um ato fraudulento e criminoso, que implica anulação da concessão por vício do ato jurídico.

Conclusões contrárias, como a mantida na sentença, agride o senso comum e implicam tolerância injustificável com a imoralidade e a agressão ao patrimônio público.

Dai que a evidência de fraude, apurada em processo administrativo, legitima a suspensão do pagamento do benefício previdenciário, não se podendo falar no caso de ato jurídico perfeito ou direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), pois pode ser anulado diante da existência de dolo.

A administração pode rever seus atos. Ao final das contas, a teor da Súmula 473 do E. STF “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial”. De outra parte, não incidem os termos da súmula nº 160 do extinto Egrégio Tribunal Federal de Recursos - segundo a qual a simples suspeita de fraude na obtenção de benefício previdenciário não autoriza a sua suspensão, antes da apuração em processo regular - simplesmente porque foi instaurado regular e prévio procedimento administrativo.

Conclui-se, portanto, que a existência de fraude, má-fé, dolo, falsidade ideológica ou material etc sempre autorizará o cancelamento do benefício, pois outra conclusão esbarraria no princípio da proibição do (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988) que informa todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, a sentença deve ser reformada para que seja julgado improcedente o pedido do autor, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar a parte autora no pagamento das verbas de sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita, na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal (Agravio Regimental em REO nº 313.348/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 15/04/03, DJU 16/05/03, p. 616).

Do exposto, voto no sentido de se CONHECER DA APELAÇÃO DO INSS, REJEITAR A MATERIA PRELIMINAR E, NO MÉRITO, LHE DAR PROVIMENTO E À REMESSA OFICIAL, para julgar improcedente o pedido, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Começo por observar que a controvérsia relacionada ao mérito não se resumia, como o fez constar inicialmente o duto Juiz Federal Convocado, então Relator, à questão da ocorrência ou não da prescrição, pois, em se tratando de ação na qual é pretendido o restabelecimento de benefício previdenciário, cujo ato de concessão já havia se aperfeiçoado, a verificação de eventual irregularidade do processo administrativo de suspensão e do consequente cancelamento constitui-se na efetiva resposta à tutela pretendida pelo jurisdicionado.

Sem controvérsia a respeito da alegação no sentido de que o benefício nº 77.527.238/8 (fl. 91) havia sido formalmente concedido e, admitido pelo réu o cancelamento, justificado na constatação de fraude, a este competia os ônus de demonstrar a existência de expediente administrativo regularmente instaurado e processado, bem como que, em face disso, se tenha logrado êxito em comprovar a efetiva ocorrência do apontado ilícito. Em outras palavras, incumbia ao INSS a defesa da *legalidade* e da *adequação da conduta administrativa*.

Não cabia ao autor, na causa subjacente por ele proposta, fazer prova do direito à aposentadoria e nem poderia ficar ao seu encargo qualquer esclarecimento que justificasse a medida drástica que lhe fora imposta pela Autarquia ou elementos hábeis ao saneamento das irregularidades admitidas pelo *decisum*.

O *decisum* rescindendo, no entanto, aponta *exclusivamente* para as peças acostadas às fls. 45/49 e 34/42 (fls. 117/120 e 105/113 destes autos), para pronunciar com rapidez a regularidade da auditoria que determinou o cancelamento do benefício do autor, a efetiva ocorrência de fraude quando da sua concessão e a adequada fundamentação contida na decisão administrativa questionada.

Começo por esclarecer que os documentos acostados às 34/42 (fls. 105/113 destes autos) se referem a uma ação própria movida contra determinados servidores do INSS, demitidos por justa causa por envolvimento em fraudes na concessão de benefícios previdenciários. O requerente requereu a sua aposentadoria quando eles trabalhavam lá e, por essa razão, tais fraudadores teriam, em algum momento, atuado no processo concessório por ele protocolizado.

Não obstante, nessas peças processuais não se tem qualquer evidência da participação do demandante na atuação criminosa noticiada, de forma que, a partir dessa infeliz coincidência, pudesse ser confundido com parte dessa quadrilha ou atribuir-lhe a responsabilidade por alguma agressão ao patrimônio público.

Aliás, a eventual participação do requerente em qualquer delito também não restou comprovada na ação penal intentada com o propósito de incriminá-lo. Daí porque peço licença para registrar que o seu nome, a sua dignidade, e a sua honra pessoal se mantêm preservados até aqui, ainda que empobrecido ao extremo com a suspensão da sua aposentadoria.

Das fls. 45/49 (fls. 117/120), por sua vez, extraio que o autor, então residente na Rua dos Bombeiros, nº 35, obteve aposentadoria por tempo de serviço, na qualidade de empregado, e que “Para comprovar seu vínculo com a Previdência Social, o segurado apresentou vários documentos, dentre os quais carteira profissional nº 88.904 série 85<sup>a</sup> (2<sup>a</sup> via), conforme extrato de Fls. 05 e verso, constatando, entre outras, anotação de contrato de trabalho com a firma ‘ALUMAQ ESQUADRIAS METÁLICAS LTDA.’ e relação dos salários de contribuição - RSC em nome da citada firma (Fls. 06)”.

Os mesmos elementos de prova revelam ainda que, “conforme informações obtidas na vizinhança”, a citada empresa teria encerrado suas atividades há mais de 10 anos, o que levou o INSS à conclusão de seria *falsa* a relação de salário de contribuição datada de 09 de julho de 1984.

Note-se que na mesma auditoria ficou demonstrado “através do Ofício JUCESP N° 2677/90 (fls. 31/32)” que o endereço da empresa empregadora ALUMAG ESQUADRIAS METÁLICAS LTDA constante da Ficha de Breve Relato da Junta Comercial do Estado de São Paulo “não é o indicado na relação dos Salários de Contribuição de Fls. 06” e que, em 19.08.1980, teria sido noticiada a existência de uma Ação de Execução contra Devedor Solvente perante o Juízo da 2ª Vara Distrital da Lapa.

Detenho-me neste ponto para observar que não há *em momento algum* do relatório de fls. 45/49 da ação subjacente a identificação da pessoa (do vizinho) que teria informado o desfecho da empresa nos arredores da localização diligenciada pelos auditores fiscais do INSS. Também não há notícia de que se tenha tido o cuidado de雇用 meios para a verificação do endereço constante da Ficha de Breve Relato da Junta Comercial do Estado de São Paulo ou mesmo o resultado da ação executiva no Foro localizado na Lapa.

Ora, não basta um vizinho (não identificado) afirmar que a empregadora não está estabelecida no endereço diligenciado e o fato de ter havido uma ação de execução contra devedor Solvente (diz-se daquele que paga ou pode pagar as suas dívidas) para se concluir pela falsidade dos registros de trabalho lançados em CTPS.

É sabido que os registros lançados na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social gozam de presunção legal e veracidade *juris tantum*, o que prevalece se provas em contrário não são apresentadas, constituindo-se prova plena do efetivo labor junto ao empregador anotado.

Por outro lado, a falsidade material deixa vestígios, os quais não restaram sequer mencionados pelos auditores fiscais. Vale registrar que a relação dos salários de contribuição de fl. 99, apresentada por ocasião do pedido de aposentadoria, fora assinada por algum representante da Empresa Alumag Esquadrias Metálicas Ltda. e não há notícia de que se tenha procedido ao exame grafotécnico específico.

As tantas quanto possíveis diligências sugeridas e não realizadas foram abreviadas e até dispensadas pela simples presunção dos servidores encarregados da auditoria, no sentido de que todos os benefícios concedidos por uma ex-servidora envolvida em fraude seriam inevitavelmente fraudulentos.

Os registros deduzidos da CTPS do autor são referentes ao período de 15.01.1974 a 31.05.1984 e a empresa Alumag realmente existiu na década de 1980, tanto que fora envolvida em um processo de execução, conforme se extrai da decisão administrativa aqui analisada. No entanto, nenhuma diligência foi feita no sentido de inquirir ou mesmo identificar o responsável pelo lançamento do vínculo empregatício na carteira do autor.

Dessa forma, penso que é, *no mínimo*, de excessiva precipitação a conclusão a que chegou a r. decisão rescindenda no sentido de que a “auditoria do INPS apurou, em 1990, que a empresa não operava havia mais de 10 (dez) anos, de modo que não poderia haver vínculo do autor até 1984” (fl. 226).

Também se encontra sem base alguma a fundamentação do *decisum* no sentido de que a citação editalícia teria sido regular, pois, segundo consignou, o autor teria sido “convocado a comparecer perante a Equipe de Supervisores da Autarquia” e constatado “que o endereço fornecido pelo autor era fictício” (fl. 226).

O INSS emitiu uma solicitação de pesquisas no sentido de se confirmar, em 14.02.1990, o endereço de residência fornecido pelo segurado seis anos antes (fl. 100) e, na sequência, em 02.03.1990, o edital foi publicado (fl. 101), trazendo apenas o nome de diversos segurados e os respectivos números de benefícios. Penso que seja impossível, com base nesses elementos,

chegar-se à conclusão de que o endereço fornecido, comprovado através de recibo de pagamento de aluguel (fl. 95) seria “fictício”.

Uma rápida pesquisa no *site* de busca na internet aponta a localização de um imóvel no mesmo CEP 04001-110 indicado à fl. 94, o qual corresponde exatamente à Rua dos Bombeiros, nº 35.

As perguntas se apresentam em número muito superior aos esclarecimentos prestados pela auditoria do INSS: O prédio é comercial ou residencial? Quem mora ou se estabelece naquele lugar? Essa pessoa ou os seus vizinhos conhecem o demandante? Saberiam informar o seu paradeiro?

O réu não apresentou em sua defesa cópia de qualquer registro correspondente a eventual investigação administrativa realizada naquele lugar. Assim, por não se ter o seu detalhamento, devidamente circunstaciado em certidão da qual se ateste fé pública, devemos considerar como fictício o ato da diligência mencionada pelos auditores.

Independente das respostas que aqui não se tem, o certo é que entre a Avenida Brigadeiro Luis Antonio e a Rua Manoel da Nóbrega está situado o endereço, cujo CEP corresponde ao indicado pelo autor, conforme busca já mencionada. Logo, não se pode afirmar que o mesmo seja ilusório ou fantasioso, *pois existe*, ainda que o demandante já não mais resida ali.

O requerente informa que por ocasião do seu cadastramento em 1988 teria comunicado o seu novo endereço para o Instituto réu (fl. 74) e aquele que indica nestes autos e desde a demanda subjacente efetivamente consta do Cadastro Nacional de Informações Sociais, disponibilizado para consulta. Assim, não é possível afirmar que ele teria tido a oportunidade de exercer sua defesa em sua plenitude, como consignado no r. *decisum rescindendo*.

Conforme fundamentou a então Juíza Federal Regina Helena Costa em sua sentença de primeiro grau nos autos subjacentes, “o INSS concluiu açodadamente que o endereço fornecido pelo impetrante era fictício” e, “ainda que posteriormente tenha sido efetuada a convocação por meio de edital (fls. 69), tal proceder não supre a ausência de diligência necessária à localização do endereço do segurado, ainda mais face à gravidade da acusação - fraude na obtenção do benefício - em razão da qual o não atendimento ao solicitado implicaria a suspensão do pagamento do benefício” (fl. 144).

Devo acrescentar que a gravidade da acusação está, acima de tudo, na potencialidade de dano direto à dignidade da pessoa humana, que não pode ser objeto de ofensas e humilhações por mera presunção de falsidade, sob pena de violação a um valor incondicional e incomparável de índole constitucional e de caráter universal.

Portanto, a administração pública deve se cercar de todo cuidado visando assegurar a mais ampla possibilidade da defesa em situações como a dos autos, não por um ato de generosidade, mas porque a lei determina que seja assim.

É certo que não se tem nestes autos a íntegra do procedimento administrativo em questão, o qual também não se apresentava na ação subjacente, no entanto, considerando-se que “A sistemática utilizada na fraude” é aquela “descrita no relatório que integra o respectivo processo concessório”, conforme ofício expedido pelo Supervisor de Auditoria à fl. 121, resta evidente, de seus termos registrados às fls. 117/120, que a cessação do benefício não decorreu de prova de que o ato jurídico que gerou a aposentadoria fora “viciado por dolo, ou seja, fraude, falsidade ideológica”, conforme fundamentos extraídos do v. acórdão rescindendo.

Devo lembrar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5, LIV, da CF).

Observe-se que, quando da contestação de fls. 320/333, o réu argumentou que:

a atuação das quadrilhas de falsificadores de documentos dentro dos órgãos da Previdência trouxe grandes prejuízos aos cofres públicos. Visando coibir estes esquemas, criou-se uma Auditoria que reexaminava toda a documentação apresentada pelos segurados. Após certo tempo, foram identificados os funcionários envolvidos, e os benefícios concedidos por eles reanalisados com maior rigor. Entre estes benefício (sic) encontrava-se o do autor.

(...)

Dessa forma, somente após a Auditoria, com a observância dos requisitos legais é que foi suspenso o benefício.

(...)

De se ressaltar, conforme já explanado na apelação da ação que se quer rescindir, bem como no v. acórdão, em momento algum o advogado legitimou o período impugnado pelo INSS. Não trouxe qualquer prova testemunhal, nem documental idônea a respeito do labor, que pudesse refutar o apurado no procedimento administrativo.

De se argumentar, a desconsideração de um ato administrativo que observou o devido processo legal e o contraditório, abre um precedente em favor das ilegalidades e fraudes, e até de incentivo a muitas outras incursões dessa natureza. Assim, a manutenção de tal benefício, fere o senso comum, e esbarra no princípio da moralidade administrativa, da proibição do enriquecimento ilícito que informa o ordenamento jurídico.

Note-se que nessa peça processual o INSS assegurou que a suspensão da aposentadoria do autor obedeceu ao regramento legal. Não obstante, descurou de trazer aos autos qualquer elemento de prova a corroborar as suas alegações, insistindo em repisar que ao outro litigante caberiam tais ônus.

A propósito, em razão do fato de que a fraude não se consolida com o tempo é correto afirmar que “as regras sobre a prescrição da revisão do benefício não se aplicam ao caso de benefício concedido com fraude” (fl. 226). No entanto, também é correto afirmar que o segurado estava dispensado da conservação dos documentos que sustentaram o seu pedido de aposentadoria após cinco anos da sua concessão, conforme previa o art. 7º da Lei 6.309/75, razão pela qual não se pode impor-lhe novamente a comprovação dos vínculos empregatícios que ensejaram o direito à aposentação.

A diligência determinada de ofício à fl. 564, no sentido de que o INSS apresentasse cópia integral do procedimento administrativo, não logrou êxito em trazer aos autos qualquer indicativo da concessão do prazo à defesa do autor naquela esfera.

Além disso, ao que tudo indica, nenhuma diligência específica fora determinada visando apurar as eventuais irregularidades na concessão do benefício que vinha sendo pago ao requerente.

Não há como sustentar que o v. acórdão, ao considerar a regularidade de procedimento administrativo em face das provas trazidas pelo autor na ação subjacente, teria dado uma interpretação à norma legal e dessa forma, não a teria ofendido.

Diante da *inexistência* de qualquer procedimento administrativo, tal interpretação não se tem ao menos próxima do razoável. Ao contrário, a incoerência fere a racionalidade e a ratificação da inobservância de um dos mandamentos nucleares da Carta Magna, de enorme dimensão, do qual decorrem todos os demais princípios inerentes ao processo, fere a lógica do nosso sistema jurídico.

A decisão, longe de ter o condão de interpretar uma norma legal, afronta a literalidade de texto constitucional, o qual expressamente assegura o contraditório e a ampla defesa, com

os meios e recursos a ela inerentes aos litigantes, em processo judicial *ou* administrativo (o grifo e o destaque que faço à última conjunção tem a pretensão de relevar a independência das esferas judicial e administrativa).

Note-se que o princípio que aqui se releva está inserto dentre os direitos e garantias individuais (art. 5º, LIV, CF/88). Logo, não é passível de supressão, nem mesmo pode ser objeto de Emenda Constitucional (art. 60, § 4º, IV), daí porque não se pode admitir que se tenha por saneado o ato administrativo que, em outras palavras, simplesmente faz tabula rasa da cláusula pétrea.

Se é que cabe interpretação diante de letras claras, no caso, esta haveria que ser a mais ampla e coerente possível, de forma que não refugisse à aceitação do senso comum. A afronta à Constituição Federal, por conduta absolutamente indevida do órgão público, deveria ter sido afastada pela decisão judicial. Se esta não se prestou a esse fim, ofendeu-a, mais uma vez.

Não me compete, contudo, analisar provas do direito previdenciário buscado pelo autor, mas a efetiva observância dos princípios constitucionais de maior significância.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a dimensão do direito de defesa aos litigantes, contemplando o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não apenas em processos judiciais como nos administrativos, conforme disposição expressa no art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, impõe à Administração Pública Federal obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 27, parágrafo único) e estabelece a observação das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, especialmente no que se refere à intimação, que, segundo o inciso VI do art. 26, deve conter a “indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes”.

Além do mais, a Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal já mencionada, dispõe que:

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

É certo que à época em que foram bloqueados administrativamente os pagamentos relativos ao benefício do requerente, ou seja, em março de 1990 (fl. 103), ainda não estava em vigor a Legislação Ordinária acima referida. No entanto, já se tinha como regramento os preceitos estabelecidos na atual Carta Magna e por inteiramente inadmissível no ordenamento jurídico anterior, tamanho desrespeito para com o segurado que, no caso, teve o benefício de natureza alimentar cassado sem qualquer justificativa formalmente comunicada ou até então esclarecida.

Ressalte-se que, mesmo em julgados anteriores à Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal já fazia expressa referência à observância do devido processo legal, ao reconhecer a nulidade, por vício formal, do ato administrativo que desconstituiu uma situação jurídico-administrativa sem que antes fosse oportunizada à parte afetada qualquer oposição. A questão a que me refiro foi enfrentada por ocasião do julgamento do RE 113.402-MG, j.

19.04.1988, DJ. 17.06.1988, do qual colho de empréstimo as palavras do Excelentíssimo Senhor Relator Ministro Célio Borja, *verbis*:

a reforma do recorrente é ato administrativo singelo, como disse acima, o seu sujeito foi constituído em uma *certa* situação jurídica cujo desfazimento exige obediência a determinado rito, sobretudo quando se cuida de anulá-lo. O processo administrativo é, então, indispensável, particularmente no que diz ao direito de defesa.

Ao submeter o recorrente a novo exame de saúde para apurar-lhe o grau de incapacitação, a Administração visava a identificar *erro* de laudo primitivo e dar diverso enquadramento legal ao fato novo, dessa maneira encontrada. (...). Desconstituiu-se em consequência, a situação jurídico-administrativa de reformado e constituiu-se outra de revertido ao serviço ativo, sem que ao sujeito passivo se desse a oportunidade de opor-se a isso.

(...).

Estava, pois, o recorrente na fruição de uma situação jurídico-administrativa da qual não podia ser privado, por mera conveniência da administração, *desatendido o devido processo legal* (g.n).

(...).

Tenho, assim, que o ato de reversão do recorrente ao serviço de sua corporação é nulo, por vício formal ....

No caso destes autos, em razões finais, o réu reiterou que a suspensão da aposentadoria obedeceu aos ditames legais e ao princípio da legalidade, mas nem sequer mencionou a existência de um procedimento administrativo regularmente instaurado.

A Autarquia Previdenciária, no limite do seu poder de autotutela administrativo, pode e deve anular os seus próprios atos sempre que constatado algum vício, ou erro de fato, que os torne ilegais, mas é necessário que o faça nos contornos do devido processo legal, oportunizando a apresentação da defesa pela parte afetada.

Ressalte-se que a aposentadoria por tempo de serviço não é um benefício provisório. Dessa forma, uma vez concedida mediante ato administrativo que se pressupõe válido, constitui um ato jurídico de extrema relevância, o qual não pode ser desconstituído de forma arbitrária e unilateral, mediante procedimento eivado de tantas irregularidades.

Já tive oportunidade de me pronunciar a esse respeito por ocasião do julgamento dos embargos infringentes opostos na AC nº 91.03.016944-8, em 25.09.2008, quando afirmei que um processo administrativo que não seja formal equivale à mera sindicância, quando não se constitui na condenável prática do arbitrio, o que não se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, confira-se o teor da Súmula nº 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*:

A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário, não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo.

Assim, é de se acolher o pedido formulado para desconstituir, com fulcro no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o v. acórdão rescindendo e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido formulado na ação ordinária nº 95.0003521-9 (AC nº 1999.03.99.019800-0).

Em consequência, declaro a nulidade do procedimento administrativo de suspensão e cancelamento do benefício. Observo que, por ocasião da liquidação da sentença, devem ser compensados os valores pagos por força do benefício assistencial que é mantido pelo INSS,

conforme consulta ao CNIS.

As parcelas atrasadas devem ser corrigidas nos moldes da Resolução nº 561, de 02 de julho de 2007, do Conselho da Justiça Federal, acrescidas de juros de mora, contados a partir da citação da demanda subjacente, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, fixados em 6% (seis por cento) ao ano até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02 e, 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, com o mesmo percentual das taxas relativas aos depósitos da caderneta de poupança, em conformidade com o disposto no seu art. 5º, o qual atribuiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Ante o exposto, acolho a preliminar de inépcia da inicial para  *julgar extinto o pedido de rescisão com fulcro nos incisos III, VI e IX do art. 485 do CPC, julgo procedente o pedido formulado nesta ação rescisória*, para desconstituir a decisão proferida na ação ordinária nº 95.0003521-9 (AC nº 1999.03.99.019800-0) e, em novo julgamento,  *julgo procedente o pedido da ação principal subjacente e declaro a nulidade do procedimento administrativo de suspensão e cancelamento do benefício*. Condeno o INSS ao pagamento da verba honorária que fixo em 10% sobre as parcelas vencidas até esta data. *Concedo a tutela específica para imediata implantação da aposentadoria por tempo de serviço, cessando, na mesma data, o benefício assistencial em manutenção*. Determino que se observem, por ocasião da liquidação da sentença, os valores pagos em concomitância.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

**AGRADO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**  
**0063175-41.2008.4.03.9999**  
**(2008.03.99.063175-5)**

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E JOSE FRANCISCO PEREIRA (= ou > de 60 anos)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 74/76

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSE FRANCISCO PEREIRA (= ou > de 60 anos)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE NOVA GRANADA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 1383938

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2014

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRADO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). VEREADOR. MANDATO GRATUITO. APOSENTADORIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RENDA INICIAL.

1. Ante a declaração da constitucionalidade do art. 13, parágrafo 1º, da Lei nº 9.506/97, até a vigência da Lei 10.887/04, é possível o reconhecimento do período como vereador para fins previdenciários, sem a necessidade da comprovação do recolhimento das contribuições respectivas sendo que, a partir da referida lei, tal ônus fica a cargo da Municipalidade a qual esteja vinculado, não podendo ser prejudicado com eventual omissão daquela.

2. Somados o tempo de exercício da vereança, sem remuneração, ao tempo trabalhado na Companhia Paulista de Estradas de Ferro a parte autora completou 134 meses de contribuição, quantidade superior ao exigido que é de 126 (cento e vinte e seis) contribuições mensais, nos termos do art. 142 da Lei 8.213/91.

3. A renda mensal inicial da aposentadoria por idade deve ser calculada nos termos dos artigos 48, *caput*, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

4. Agrado legal interposto pelo INSS desprovido. Agrado legal interposto pela parte autora 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, negar provimento ao agrado interposto pelo INSS e dar parcial provimento ao agrado legal interposto pela parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2013.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

**RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravos

legais interpostos pelo INSS e pela parte autora contra a r. decisão monocrática (fls. 74/76) que negou seguimento à apelação da autarquia previdenciária.

Sustenta a autarquia, em síntese, que para utilização do período em que foi vereador para efeito de carência deve recolher as contribuições. Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

Por sua vez, a parte autora afirma que há início de prova material e testemunhal do labor rural. Requer que o cálculo do benefício seja feito pela média aritmética das contribuições.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3<sup>a</sup> Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Em sede de agravo legal a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

Cuida-se de agravo legal interposto de decisão monocrática que assim se pronunciou:

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face da sentença que julgou procedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade urbana. O juízo *a quo* julgou procedente a ação condenando o INSS a pagar ao autor o benefício de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo mensal, a partir do pedido administrativo (10/04/07 - fls. 18), devidamente corrigidos desde os respectivos vencimentos e com juros legais (12% ao ano) a partir da citação (18/04/2007 - fls. 36). Por força da sucumbência, arcará a autarquia previdenciária com honorários advocatícios, arbitrados em 10% das parcelas vencidas até a sentença condenatória (Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça). Sem remessa oficial, nos termos do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, o INSS sustenta a ausência de comprovação do cumprimento do período de carência exigido pelo artigo 142 da Lei nº 8.213/91. Em caso de eventual procedência do pedido, pugna pela isenção de custas e despesas processuais e redução dos honorários advocatícios para o percentual de 5% (cinco por cento). Por fim, prequestiona a matéria para fins recursais e requer a reforma da r. sentença, para julgar improcedente a ação.

Com contra-razões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A concessão do benefício de aposentadoria por idade de trabalhador urbano depende do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 48, 25 e 142 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, - e o cumprimento do período de carência.

Quanto ao requisito da carência, a lei previdenciária exige para a concessão do benefício de aposentadoria por idade, um mínimo de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II, Lei nº 8.231/91) relativamente aos novos filiados, ou, contribuições mínimas que variam de 60 a 180 (art. 142, Lei nº 8.213/91), relativamente aos segurados já inscritos na Previdência Social na data da publicação da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não se exigir a implementação simultânea dos requisitos para a aposentadoria por idade, sendo irrelevante o fato de o trabalhador ter perdido a qualidade de segurado, consoante acórdãos assim ementados:

**"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. ARTIGOS 25, 48 E 142 DA LEI 8.213/91. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. ARTIGO 102, § 1º DA LEI 8.213/91. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. PRESCINDIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IDADE MÍNIMA E RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. PRECEDENTES. NÃO APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO PROVIDO.**

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, uniformizou seu entendimento no sentido de ser desnecessário o implemento simultâneo das condições para a aposentadoria por idade, visto que não exigida esta característica no art. 102, § 1º, da Lei 8.213/91. Assim, não há óbice à concessão do benefício previdenciário, mesmo que, quando do implemento da idade, já se tenha perdido a qualidade de segurado.

2. A Concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade de trabalhador urbano reclama duas condições: a implementação da idade exigida na lei e o recolhimento das contribuições previdenciárias durante o período de carência.

(...)

**4. Agravo interno desprovido."**

(STJ, AgRg no Ag nº 802.467/SP, Rel. Min. Jane Silva, 5ª T., j. 23.08.2007, DJ 01.10.2007) **"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. ARTIGOS 25, 48 E 142 DA LEI 8.213/91. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. PRESCINDIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IDADE MÍNIMA E RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. ARTIGO 102, § 1º DA LEI 8.213/91. PRECEDENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.**

I - A aposentadoria por idade, consoante os termos do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher.

II - O art. 25 da Lei 8.213/91 estipula a carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição para obtenção da aposentadoria por idade para o trabalhador urbano.

III - O art. 142 da lei 8.213/91, por sua vez, estabelece regra transitória de cumprimento do período de carência, restrito aos segurados urbanos inscritos na Previdência Social até 24 de julho de 1991, data da vigência da Lei, conforme tabela inserta no referido dispositivo.

IV - A perda da qualidade de segurado, após o atendimento aos requisitos da idade mínima e do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, não impede a concessão da aposentadoria por idade. Precedentes.

V - Ademais, os requisitos exigidos pela legislação previdenciária não precisam ser preenchidos, simultaneamente, no caso de aposentadoria por idade. Precedentes. Interpretação do artigo 102, § 1º da Lei 8.213/91.

VI - Sobre o tema, cumpre relembrar que o caráter social da norma previdenciária requer interpretação finalística, ou seja, em conformidade com seus objetivos.

VII - Embargos acolhidos, para prevalecer o entendimento desta Eg. 3ª Seção no sentido de não se exigir a implementação simultânea dos requisitos para a aposentadoria por idade, sendo irrelevante o fato de o trabalhador ter perdido a qualidade de segurado."

(STJ, ERESP nº 551.997/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª S., j. 27.04.2005, DJ 11.05.2005)

No mesmo sentido: AgRg no REsp nº 869.993/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 21.06.2007, DJ 10.09.2007; REsp nº 789.543/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 01.03.2007, DJ 26.03.2007; REsp nº 450.078/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 01.03.2007, DJ 26.03.2007; AgRg nos EDcl no REsp nº 884.472/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 06.02.2007, DJ 26.02.2007; REsp nº 784.145/SC, Rel. Min. Laurita Vaz,

5<sup>a</sup> T., j. 08.11.2005, DJ 28.11.2005; AgRg no REsp nº 647.788/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5<sup>a</sup> T., j. 02.08.2005, DJ 29.08.2005; AgRg no Resp nº 698.009/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.04.2005, DJ 16.05.2005.

No caso em exame, o autor completou 65 anos (sessenta e cinco) anos em 29 de novembro de 2002 (fls. 09), tendo preenchido, portanto, o requisito etário quando do requerimento administrativo, 10/04/2007 (fls. 17/18).

Quanto à carência, constata-se que o autor comprovou o exercício da atividade urbana e recolhimento de contribuições em número superior ao exigido na tabela progressiva inserta no art. 142 da Lei nº 8.213/91 - que no caso é de 126 meses de contribuição - consoante Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS e Certidões da Companhia Paulista de Estradas de Ferro onde constam registros de serviço nos períodos de 06/11/1954 a 08/03/1958; Certidões da Câmara Municipal de Nova Granada onde consta serviço não remunerado no período de 31/01/1968 a 31/12/1971 e de 31/01/1972 a 31/12/1975 e de mandato eletivo remunerado de 1976 a 1996 (fls. 10/16); e CNIS juntado pela autarquia previdenciária onde constam os períodos de contribuição do autor (fls. 46).

Consoante bem assinalou a r. sentença "no tocante à qualidade de segurado e cumprimento do período de carência, a prova documental demonstrou que o autor recolheu mais 126 contribuições à Previdência Social, nos termos do art. 142 da lei de Benefícios, observando-se as informações constantes do CNIS, juntadas pelo Instituto (fls. 46). Nesta sede, o autor demonstrou pelas certidões e demais provas documentais (fls. 10/16 e 46) o exercício de atividade superior ao período mínimo de carência exigido."

Assim, ante o implemento da idade mínima e do cumprimento da carência exigida, mediante a comprovação do exercício da atividade urbana e do recolhimento de contribuições previdenciárias, conforme previsto nos arts. 48, 25 e 142 da Lei nº 8.213/91, preenche a parte autora todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício, pelo que deve ser mantida a r. sentença.

No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser mantida em 10% (quinze por cento) sobre a condenação, entendida como o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça, posto que arbitrados consoante o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil e ausência de pedido de majoração pelo autor.

Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96 e art. 6º da Lei nº 11.608/2003 do Estado de São Paulo) e da justiça gratuita deferida (fls. 28).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, NEGÓ SEGUITAMENTO à apelação do INSS.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil, a expedição de ofício ao INSS, instruído com documentos do segurado JOSÉ FRANCISCO PEREIRA, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade, com data de início - DIB 10/04/2007 (data do requerimento administrativo - fls. 18), e renda mensal inicial - RMI de 1 (um) salário mínimo.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.  
Intimem-se.

O recurso 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.

Com relação às alegações do INSS, cumpre esclarecer que, por força dos Atos Institucionais nº 2, de 27/10/1965, e nº 7, de 26/02/1969, aqueles que exerceram mandato eletivo de

vereador de forma gratuita entre 18/09/1946 e 05/10/1988, foram declarados anistiados políticos e tiveram assegurada a contagem do tempo correspondente para fins de aposentadoria no serviço público e de previdência social, nos termos do disposto no art. 8º, § 4º, do ADCT e art. 2º, § 1º, da Lei 10.559/02.

A obrigatoriedade do recolhimento contribuição previdenciária para os ocupantes de cargos eletivos não vinculados a regime próprio de previdência social somente se ocorreu com o advento da Lei 10.887/04, que acrescentou a alínea "j" ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, eis que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 351.717/PR, declarou a constitucionalidade do art. 13, parágrafo 1º, da Lei 9.506/97, o qual previa o desconto na folha de pagamento dos titulares de mandato eletivo até que a Resolução nº 26 do Senado Federal, de 01/06/2005, suspendesse a execução da mencionada norma, conforme ementa a seguir transcrita:

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO FEDERAL, ESTADUAL ou MUNICIPAL. Lei 9.506, de 30.10.97. Lei 8.212, de 24.7.91. C.F., art. 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, § 4º; art. 154, I.**

I. - A Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, acrescentou a alínea *h* ao inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do regime geral de previdência social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

II. - Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da previdência social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, C.F. Ademais, a Lei 9.506/97, § 1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre "a folha de salários, o faturamento e os lucros" (C.F., art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º, ambos da C.F. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III. - Inconstitucionalidade da alínea *h* do inc. I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, § 1º do art. 13.

IV. - R.E. conhecido e provido.

(STF - RE 351717-PR - Relator Ministro Carlos Velloso - DJ 21.11.2003)

Para disciplinar as situações já consolidadas, foi expedida pelo Ministério da Previdência Social a Portaria nº 133, de 02/05/2006, que permitiu ao exercente de mandato eletivo no período de 01/02/1998 a 18/09/2004, optar pela restituição dos valores recolhidos compulsoriamente ou pela manutenção da filiação ao Regime Geral da Previdência Social na condição de segurado facultativo.

Desta forma, ante a declaração da constitucionalidade do art. 13, parágrafo 1º, da Lei nº 9.506/97, até a vigência da Lei 10.887/04, é possível o reconhecimento do período como vereador para fins previdenciários, sem a necessidade da comprovação do recolhimento das contribuições respectivas sendo que, a partir da referida lei, tal ônus fica a cargo da Municipalidade a qual esteja vinculado, não podendo ser prejudicado com eventual omissão daquela.

Assim, o exercício de vereança desempenhada pelo requerente, no período de 31/01/1968 a 31/12/1971 e de 31/01/1972 a 31/12/75, a título gratuito (fl. 16), não rende ensejo à exigência de que, para ter o seu tempo computado para efeito de carência, o interessado recolha contribuições ao RGPS.

No mais, à fl. 14 consta certificado da Companhia Paulista de Estradas de Ferro, no

sentido de que a parte autora trabalhou como praticante estação e auxiliar no período de 06/11/1954 a 08/03/1958, sendo que desse período teve 28 dias de ausência.

Com efeito, somados o tempo de exercício da vereança, sem remuneração, ao tempo trabalhado na Companhia Paulista de Estradas de Ferro a parte autora completou 134 meses de contribuição, quantidade superior ao exigido que é de 126 (cento e vinte e seis) contribuições mensais, nos termos do art. 142 da Lei 8.213/91.

Com relação ao agravo legal interposto pela parte autora, de que exerceu atividade rural, é certo que não consta dos autos inicio de prova material e testemunhal da alegada atividade rural.

No que tange a renda mensal inicial da aposentadoria por idade, deve ser calculada nos termos dos artigos 48, *caput*, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL INTERPOSTO PELO INSS e dou PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA para explicitar a forma de cálculo da renda mensal inicial.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

**AÇÃO RESCISÓRIA**  
**0023274-56.2009.4.03.0000**  
**(2009.03.00.023274-0)**

Autora: ETHEL CORREA PRADO (= ou > de 60 anos)  
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS  
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO  
Classe do Processo: AR 6941  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2014

**EMENTA**

AÇÃO RESCISÓRIA - RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE E BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DA L.O.A.S. - BENEFÍCIOS DISTINTOS PARA OS FINS DO ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO - JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STJ AO TEMPO DA DECISÃO RESCINDENDA - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

- 1) Avaliar se a autora pretende rediscutir a lide originária importa incursionar pelo próprio fundamento do pedido de rescisão - no caso, violação a literal disposição de lei - e, portanto, sobre a pretensão posta nesta demanda.
- 2) A Lei 8742/93 assegurou a concessão do benefício assistencial - também no valor de um salário mínimo - ao deficiente e ao idoso que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
- 3) O art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01-10-2003) trouxe a ressalva de que o benefício já concedido a qualquer membro da família, *nos termos do caput (do art. 34)*, não seria computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS (Parágrafo único).
- 4) O julgado rescindendo, interpretando a legislação infraconstitucional e o art. 203, V, da CF, entendeu que a autora não comprovou não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, porque seu marido, de quem era dependente legal, recebia benefício de valor mínimo (RENDAMENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE - NB nº 56.555.796-3 - concedida em 02/08/1993), deixando, portanto, de atender à exigência do § 3º do art. 20 da LOAS, qual seja, possuir renda mensal *per capita* familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois o grupo familiar era composto de 3 pessoas.
- 5) A diferença fundamental entre ambos os benefícios é que a RENDAMENSAL VITALÍCIA - RMV - exige filiação durante certo tempo às Previdências Urbana ou Rural, ao passo que o benefício assistencial da LOAS não exige filiação a qualquer regime, bastando que se comprove a idade avançada (ou a deficiência) e a hipossuficiência. Isso quer dizer que, ao contrário do atual benefício assistencial da LOAS, se o requerente, àquela época, não comprovasse a filiação durante certo tempo às Previdências Urbana ou Rural não teria direito à RENDAMENSAL VITALÍCIA, ainda que ficasse demonstrado ser hipossuficiente.
- 6) Não se tratando, portanto, de mesmo benefício, e muito menos do benefício do *caput* do art. 34 do Estatuto do Idoso, pois que o benefício deferido ao marido da autora era RENDAMENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE (NB nº 56.555.796-3),

concedida em 02/08/1993, deveria compor a base de cálculo da renda familiar para fins de concessão do novo benefício da LOAS. Precedentes contemporâneos do STJ.

7) Embora, posteriormente, o STJ tenha mudado seu posicionamento, passando a decidir que qualquer benefício de valor mínimo recebido por idoso poderia ser excluído da referida base de cálculo, o fato é que, ao tempo da decisão rescindenda (j. em 02-10-2007), a jurisprudência do STJ era mais restritiva. Precedentes AgRg no REsp. 868.590, j. 28-11-2006, 5ª Turma; REsp. 841.060, j. 12-06-2007, 6ª Turma; AgRg no REsp. 926.203, j. 03-03-2009, 5ª Turma; REsp. 1.069.476, j. 24-10-2008, Min. Laurita Vaz; AgRg no REsp. 1.177.395, j. 04-05-2010, 5ª Turma; AgRg no AI 1.232.067, j. 18-03-2010, 6ª Turma; AgRg no AI 1.285.941, j. 15-06-2010, 6ª Turma.  
8) Se a decisão rescindenda seguiu a orientação dominante, à época, no STJ, não há que se falar em violação à lei.

9) Verba honorária que deixa de ser arbitrada em razão da autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, seguindo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida”, pois “ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais” (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

10) Preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de julgado que rejeitou pedido de benefício assistencial a idoso, nos seguintes termos (fls. 90/97):

PROC.: 2007.03.99.015211-3 AC 1189773

ORIG.: 0500000498 1 Vr OSVALDO CRUZ/SP

050001173 1 Vr OSVALDO CRUZ/SP

APTE: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADV: OSMAR MASSARI FILHO

ADV: HERMES ARRAIS ALENCAR

APDO: ETHEL CORREA PRADO

ADV: CLAUDEMIR GIRO

RELATOR: DES.FED. VERA JUCOVSKY/OITAVA TURMA

VISTOS.

- Cuida-se de ação previdenciária proposta com vistas à concessão de benefício assistencial,

previsto no inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal. Sustentou-se, em síntese, o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do benefício em comento.

- Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.
- Citação em 01.08.05 (fls. 19v).
- Estudo social do núcleo familiar da parte autora (fls. 45-46).
- A sentença, prolatada em 30.05.06, concedeu tutela antecipada e julgou procedente o pedido, para condenar a autarquia ao pagamento do benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo mensal, desde a citação, com honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data do decisum (Súmula 111 do STJ), correção monetária a partir da data da propositura da demanda e juros legais de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação. Isentou o INSS de custas processuais. Não foi determinado o reexame necessário (fls. 48-51).
- O INSS interpôs recurso de apelação para, inicialmente, arguir a necessidade de aplicação do recurso “ex officio”, pleitear a suspensão dos efeitos da antecipação de tutela, ante o não preenchimento de seus requisitos e alegar a impossibilidade de seu deferimento contra o Poder Público. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido. Caso mantida a r. sentença, requereu o estabelecimento da verba honorária em 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data do decisum (fls. 53-64).
- Contra-razões.
- Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

#### DECIDO.

- O art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o Relator, por meio de decisão monocrática, negar seguimento ao recurso ou lhe dar provimento, considerando-se o posicionamento jurisprudencial dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.
  - Essa é a hipótese vertente nestes autos.
  - Trata-se de recurso interposto pela autarquia contra a sentença que julgou procedente o pedido de benefício assistencial a que alude a Carta Magna.
  - Inicialmente, quanto à preliminar do INSS para aplicação do recurso “ex officio”, cumpre observar que a Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2.001, em vigor a partir do dia 27.03.2.002, introduziu o § 2º, ao artigo 475 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a não aplicabilidade do dispositivo em questão “sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”. Os efeitos do aludido parágrafo hão de ser observados desde a data em que a Lei nº 10.352/01 passou a vigorar, nos exatos termos do artigo 1.211 do C.P.C., expresso no sentido de que as disposições processuais cíveis aplicam-se, desde logo, aos procedimentos pendentes. É o caso dos autos, uma vez que o termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, e a sentença, prolatada em 30.05.06, motivo porque não é o caso de remessa oficial.
  - Quanto à alegação de impossibilidade de deferimento de antecipação de tutela contra o Poder Público, verifica-se que o instituto apelante busca equiparar-se à Fazenda Pública, gozando das mesmas prerrogativas e privilégios a ela assegurados.
  - Entretanto, sem adentrar a questão concernente à aludida equiparação, verifica-se a vigência da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória 1.570-4, de 22 de julho de 1997.
  - Referido diploma legal, entretanto, não está a vedar a aplicabilidade do instituto da tutela antecipada em casos de concessão de benefícios previdenciários, a saber:
- “Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4348, de 26 de junho de

1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8437, de 30 de junho de 1992".

- Outrossim, o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4-DF, esteve assim expresso:

"O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494 de 10/09/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam".

**"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA ADC. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO.**

1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9494, de 10.09.1997: 'Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8437, de 30 de junho de 1992'.

2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o STJ - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão.

3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da CF, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.

Precedente: ADC nº 1.

Art. 265, IV, do Código de Processo Civil". (STF, Relator Ministro Sydney Sanches, ADC nº4, medida cautelar, DJU 21.05.99).

- Na situação em tela, o deferimento da antecipação de tutela não diz respeito à inconstitucionalidade da Lei 9.494/97, dado não versar a demanda sobre matéria relativa à "reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens", pelo que não se há falar em incidência dos efeitos da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, justamente, por não abranger a hipótese em consideração.

- O plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu turno, decidiu:

"Reclamação. A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5021, de 9.6.1966, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos. Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8437, de 30.6.1992, que o art. 1º da Lei nº 9494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada, por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido. A Lei nº 8437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, 'no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal'. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei nº 8437/1992. Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de

tutela acerca de qualquer matéria. Reclamação julgada improcedente". (STF, Tribunal Pleno, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Reclamação 1122/RS, DJU 06-09-01, p. 08).

- De sorte que, considerando as disposições contidas no referido diploma legal, entende-se não estar a matéria relativa à concessão, ou restabelecimento de benefícios previdenciários, ou assistenciais, incluída entre as hipóteses em que há óbice à concessão de antecipação de tutela.

- No tocante à preliminar de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela, ante o não preenchimento de seus requisitos, razão assiste à autarquia.

- Isso porque, "in casu", não restaram preenchidos todos os requisitos para a antecipação da medida, tampouco para a concessão do benefício, pelas razões explicitadas na fundamentação desta decisão.

- No mérito, o benefício de assistência social foi instituído com o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias. Neste aspecto está o lastro social do dispositivo inserido no artigo 203, V, da Constituição Federal, que concretiza princípios fundamentais, tais como o de respeito à cidadania e à dignidade humana, ao preceituar o seguinte:

"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

- De outro giro, os artigos 20, § 3º e 38, da Lei nº 8.742/93 e o art. 34, da Lei 10.741 (Estatuto do Idoso), de 1º de outubro de 2003 rezam, *in verbis*:

"Art. 20. O Benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda 'per capita' seja inferior a ¼ do salário mínimo".

"Art. 38. A idade prevista no art. 20 desta Lei reduzir-se-á para sessenta e sete anos a partir de 1º de janeiro de 1998."

"Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1(um) salário-mínimo, nos termos da Lei da Assistência Social - Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas."

- O apontado dispositivo legal, aplicável ao idoso, procedeu a uma forma de limitação do mandamento constitucional, eis que conceituou como pessoa necessitada, apenas, aquela cuja família tenha renda inferior à 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, levando em consideração, para tal desiderato, cada um dos elementos participantes do núcleo familiar, exceto aquele que já recebe o benefício de prestação continuada, de acordo com o parágrafo único, do art. 34, da Lei 10.741/2003.

- A constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da mencionada Lei 8.742/93 foi argüida na ADIN nº 1.232-1/DF que, pela maioria de votos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi julgada improcedente. Para além disso, nos autos do agravo regimental interposto na reclamação nº 2303-6, do Rio Grande do Sul, interposta pelo INSS, publicada no DJ de 01.04.2005, p. 5-6, Rel. Min. Ellen Gracie, o acórdão do STF restou assim ementado:

"RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E IDOSO. ART. 203. CF.

- A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1232.

- Reclamação procedente".

- Evidencia-se que o critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS é o único apto a

caracterizar o estado de necessidade indispensável à concessão da benesse em tela. Em outro falar, aludida situação de fato configuraria prova inconteste de necessidade do benefício constitucionalmente previsto, de modo a tornar dispensável elementos probatórios outros.

- Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) A Lei nº 8.742/93, Art. 20, § 3º, quis apenas definir que a renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado. (...)” (REsp 222.778/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 04.11.1999, DJU 29.11.1999, p. 190)

- Assim, deflui dessa exegese o estabelecimento de presunção objetiva absoluta de estado de penúria ao idoso ou deficiente cuja partilha da renda familiar resulte para si montante inferior a R\$ 95,00 (noventa e cinco reais) mensais.

- O estudo social, elaborado em 16.05.06 (fls. 45-46) e o documento de fls. 13 (corroborado por pesquisa ao sistema PLENUS, realizada em 02.10.07), revelam que o núcleo familiar da parte autora é formado por três pessoas: ela, o marido e o filho caçula. Residem em imóvel próprio. A renda familiar provém do benefício de renda mensal vitalícia, percebido pelo esposo, no valor de um salário mínimo por mês.

- Logo, é de se concluir que a parte autora não tem direito ao amparo assistencial, uma vez que não preenche o requisito da hipossuficiência.

- Anote-se que o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção do benefício assistencial devem ser cumulativamente preenchidos, de tal sorte que a não observância de um deles prejudica a análise do pedido relativamente à exigência subsequente. Não se há falar em omissão do julgado.

- Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais, pois que beneficiária da assistência judiciária gratuita (TRF - 3ª Seção, AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 10.05.2006, v.u., DJU 23.06.06, p. 460).

- Por fim, em razão do acolhimento da preliminar de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela, ante a ausência de preenchimento de seus requisitos, expeça-se ofício ao INSS, instruindo-se-o com cópia da íntegra desta decisão, para determinar a cessação do pagamento do benefício sub judice, de imediato.

- Isso posto, rejoito as preliminares de necessidade de aplicação do recurso “ex officio” e de impossibilidade de deferimento de antecipação de tutela contra o Poder Público, acolho a preliminar de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela, ante o não preenchimento de seus requisitos e, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou § 1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO AUTÁRQUICA, para julgar improcedente o pedido. Ônus sucumbenciais na forma acima explicitada.

- Decorrido o prazo legal, baixem os autos à primeira instância.

- Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 02 de outubro de 2007.

A autora sustenta que o julgado, além do art. 203, V, da CF, violou o art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, pois não excluiu da base de cálculo da renda familiar a RENDA MENSAL VITALÍCIA, no valor de um salário mínimo, recebida pelo seu esposo.

Assim, pede a rescisão do julgado, nos termos do art. 485, V, do CPC, e, em novo julgamento, a concessão do benefício a partir da data da entrada do requerimento administrativo (fls. 02/11).

Junta os documentos de fls. 12/101.

Citada, a autarquia contestou, suscitando preliminar de inadequação da via eleita, pois a autora pretende rediscutir a lide originária. No mérito, sustenta que os benefícios em aná-

lise não são os mesmos (RENTA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE x BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A IDOSO), razão pela qual aquele recebido pelo marido deve integrar a base de cálculo da renda familiar para fins de apuração da renda *per capita*. Feito isso, a renda *per capita* familiar superará os 25% reclamados pelo art. 20, § 3º, da Lei 8742/93 (fls. 123/136; e documentos de fls. 137/138).

Réplica às fls. 143/150.

O representante do MPF ofertou parecer no qual opina pelo acolhimento do pleito de rescisão e, em novo julgamento, a concessão do benefício a partir da citação no feito originário. Aduz que o BENEFÍCIO ASSISTENCIAL equivale à RENDA MENSAL VITALÍCIA e, portanto, deve esta ser excluída da base de cálculo da renda familiar. Assim, a ausência de renda autoriza a concessão do benefício.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Rejeito a preliminar, pois avaliar se a autora pretende rediscutir a lide originária importa incursionar pelo próprio fundamento do pedido de rescisão - no caso, violação a literal disposição de lei - e, portanto, sobre a pretensão posta nesta demanda.

O trânsito em julgado se deu em 25-10-2007 (fls. 100) e esta ação foi ajuizada em 03-07-2009 (fls. 02).

Para fins de rescisão do julgado com base no inciso V do art. 485 do CPC, a violação à lei deve ser aberrante.

Se a interpretação dada ao dispositivo tido por violado for razoável, não cabe a ação rescisória (Súmula 343-STF).

O marido da autora recebia RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE - NB nº 56.555.796-3 -, pois foi filiado ao regime do INPS por mais de 12 (doze) meses, vindo a perder a qualidade de segurado (art. 1º, I, da Lei 6179/74).

Ostentava os seguintes vínculos quando requereu o benefício em 02/08/1993 (DER):

Vínculo (CLT)	Início	Fim
SEIMATEFE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS LTDA.	6/11/1975	15/3/1976
COMERCIAL AUTO ADAMANTINA LTDA. - ME	1/7/1976	22/1/1977
LEITE SILVA CIA. LTDA.	1/4/1977	...
COOPERATIVA DE ELETROFICAÇÃO RURAL DA REGIÃO DE OSVALD	1/12/1977	12/5/1978
OFICINA VENDRAME LTDA.	1/6/1979	6/8/1979
CV SERVIÇOS DE MEIO AMBIENTE S.A.	14/2/1985	6/7/1985
CONTER CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO AS	2/6/1986	21/10/1987
CONSTRUTORA BETER S.A.	16/12/1987	28/5/1988

São quase 4 anos de filiação à Previdência.

A autora sustenta que, com base no art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, não poderia ser computado na base de cálculo da renda familiar o benefício de valor mínimo recebido pelo seu marido (RENTA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE - NB nº 56.555.796-3).

Não se discute, aqui, os valores devidos a partir de 01-02-2008, pois que a autora já vem recebendo o benefício aqui requerido desde a referida data, pois o empecilho ao seu deferimento era o fato de o marido receber a mencionada RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE (fls. 109/109-v), benefício que, como se sabe, era concedido ao trabalhador urbano que fosse filiado ao regime do INPS por mais de 12 meses.

Com a cessação da RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE em 31/01/2008, a autarquia concedeu à autora e seu marido o benefício assistencial ao idoso previsto na Lei 8742/93 (NB 527.321.650-4, DIB: 01/02/2008, DIOGO PRADO RUEDA; e NB 527.321.794-2, DIB: 01/02/2008, ETHEL CORREA PRADO) - v. fls. 108/109.

Assim, cabe decisão apenas sobre os valores devidos a partir de 03-05-2004 (DER) até 31/01/2008.

Nesse caso, o pedido é improcedente.

Teria, a RENDA MENSAL VITALÍCIA, sido sucedida pelo BENEFÍCIO ASSISTENCIAL?

Embora ambos os benefícios tenham por finalidade amparar o hipossuficiente (portanto, de caráter assistencial), a RENDA MENSAL VITALÍCIA só era concedida a quem comprovasse filiação à Previdência Urbana ou Rural durante certo período.

Diversos interessados recorreram ao STJ reclamando o reconhecimento do direito adquirido ao referido benefício - requerido na vigência da Lei 8742/93 - e tiveram sua pretensão negada ao fundamento de ter sido extinto (não sucedido) pela LOAS.

Nesse sentido:

**PREVIDENCIÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. RENDA MENSAL VITALÍCIA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. DIREITO ADQUIRIDO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N° 8.742. DECRETO N° 1.744/95.**

- Ausência do necessário pressuposto de prequestionamento da questão federal.
  - A chamada Renda Mensal Vitalícia, disciplinada no art. 139 da Lei 8.213/91 e pleiteada pela autora, foi extinta pela Lei 8.742/93, norma que criou o benefício da prestação continuada.
  - O benefício não foi extinto automaticamente, assegurando-se aos interessados a possibilidade de requerer a Renda Mensal Vitalícia, caso tenham preenchido os requisitos legais, até o dia 31 de dezembro de 1995.
  - *In casu*, a autora somente veio a pleitear o benefício em 1997, quando já extinta a Renda Mensal Vitalícia, não havendo, portanto, de se falar em direito adquirido.
  - Recurso especial não conhecido.
- (REsp 312.101, j. 17-05-2001, 6ª Turma)

No mesmo sentido:

REsp 319.795, j. 28-06-2001, 5ª Turma;

REsp 320.780, j. 13-03-2002, 5ª Turma;

AgRg no REsp 708.813, j. 22-03-2005, 5ª Turma;

AgRg no REsp 847.824, 11-12-2007, 6ª Turma.

A Lei 8742/93 assegurou a concessão do benefício assistencial - também no valor de um salário mínimo - ao deficiente e ao idoso que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

O art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01-10-2003) trouxe a ressalva de que o benefício já concedido a qualquer membro da família, *nos termos do caput (do art. 34)*, não seria computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS (Parágrafo único).

O julgado rescindendo, interpretando a legislação infraconstitucional e o art. 203, V, da CF, entendeu que a autora não comprovou não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, porque seu marido, de quem era dependente legal, recebia benefício de valor mínimo, deixando, portanto, de atender à exigência do § 3º do art. 20 da LOAS, qual seja, possuir renda mensal *per capita* familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

No caso, o rendimento do marido, de um salário mínimo, provinha de uma RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE (NB nº 56.555.796-3) concedida em 02/08/1993, portanto, na vigência da Lei 8213/91.

A diferença fundamental entre ambos os benefícios é que a RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE - RMV - exige filiação durante certo tempo às Previdências Urbana ou Rural, ao passo que o benefício assistencial da LOAS não exige filiação a qualquer regime, bastando que se comprove a idade (ou a deficiência) e a hipossuficiência.

Isso quer dizer que, ao contrário do atual benefício assistencial da LOAS, se o requerente, àquela época, não comprovasse a filiação durante certo tempo às Previdências Urbana ou Rural não teria direito à RENDA MENSAL VITALÍCIA, ainda que ficasse demonstrado ser hipossuficiente.

Nesse sentido, consultem-se os seguintes precedentes do STJ, que chegam mesmo a exigir início de prova material da atividade para fazer jus à RENDA MENSAL VITALÍCIA:

**PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. SÚMULA 149/STJ.**

- Incabível o reconhecimento de tempo de serviço, para fins de renda mensal vitalícia, se inexistente início razoável de prova material.

- Precedentes.

- Recurso provido.

(REsp. 185.905, 27-10-1998, 5ª Turma)

**RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL VITALÍCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. NECESSIDADE.**

1. “A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.” (artigo 139, *caput*, da Lei nº 8.213/91).

2. O artigo 139 da Lei nº 8.213/91, assim, teve a sua eficácia deferida até a regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição da República, que teve lugar com a edição da Lei nº 8.742, publicada em 7 de dezembro de 1993.

3. Em tendo sido ajuizada, em 16 de fevereiro de 1994, a ação em que se postula a concessão da renda mensal vitalicia, torna-se inviável o exame da violação do artigo 139 da Lei nº 8.213/91, tal como alegada no recurso especial, em face da sua não incidência, desde 7 de dezembro de 1993.

4. “É assegurado ao maior de setenta anos e ao inválido o direito de requerer a renda mensal

vitalícia junto ao INSS até 31 de dezembro de 1995, desde que atenda, alternativamente, aos requisitos estabelecidos nos incisos I, II ou III do § 1º do art. 139 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991." (artigo 40, parágrafo 2º, da Lei nº 8.742/93).

5. Os requisitos estabelecidos nos incisos I, II ou III do parágrafo 1º do artigo 139 só produziram efeitos quando baseados em início de prova material. Inteligência do artigo 55, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes.

6. Recurso conhecido.

(REsp. 266.860, 25-06-2002, 6ª Turma)

#### **RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL VITALÍCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA.**

1. O tempo de exercício de atividade remunerada pelo prazo de 5 anos consecutivos ou não, na letra do parágrafo 1º do artigo 139 da Lei nº 8.213/91 era um dos requisitos à percepção da renda mensal vitalícia.

2. "1. 'A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.' (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91).

2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador." (REsp 280.402/SP, da minha Relatoria *in* DJ 10/9/2001).

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as declarações prestadas pelos ex-empregadores somente podem ser consideradas como início de prova material quando contemporâneas à época dos fatos alegados. Precedentes da 3ª Seção.

4. Recurso provido.

(REsp. 524.628, 14-10-2003, 6ª Turma)

Não se trata, portanto, de mesmo benefício, e muito menos do benefício do *caput* do art. 34 do Estatuto do Idoso, pois que o benefício deferido ao marido da autora era RENDA MENSAL VITALÍCIA POR INCAPACIDADE (NB nº 56.555.796-3), concedida em 02/08/1993, embora todos eles tenham caráter assistencial.

Por outro lado, ao tempo da decisão rescindenda, a jurisprudência do STJ - órgão jurisdicional incumbido, constitucionalmente, de unificar a interpretação do direito federal - era uníssona no sentido de que somente o benefício assistencial pago ao idoso poderia ser excluído da base de cálculo da renda familiar para fins de apuração da hipossuficiência:

**PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 20, § 3º, DA LEI N° 8.742/93. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N° 7 DO STJ. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO IDOSO. NÃO INCIDÊNCIA. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.**  
I - Se o v. acórdão hostilizado, com base no material cognitivo constante dos autos, consignou que a autora não faz jus ao benefício assistencial pleiteado, rever tal decisão implicaria reexame de prova, o que não é possível na instância incomum (Súmula 7-STJ).

II - O cônjuge da autora não recebe benefício da assistência social, não se aplicando o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

III - Não cabe o exame de matéria constitucional em sede de recurso especial, con quanto se admite apenas a apreciação de questões referentes à interpretação de normas infraconstitucionais. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp. 868.590, j. 28-11-2006, 5ª Turma)

Consultem-se, ainda, os seguintes precedentes:

REsp. 841.060, j. 12-06-2007, 6ª Turma;  
 AgRg no REsp. 926.203, j. 03-03-2009, 5ª Turma;  
 REsp. 1.069.476, j. 24-10-2008, Min. Laurita Vaz;  
 AgRg no REsp. 1.177.395, j. 04-05-2010, 5ª Turma;  
 AgRg no AI 1.232.067, j. 18-03-2010, 6ª Turma;  
 AgRg no AI 1.285.941, j. 15-06-2010, 6ª Turma.

É verdade que, posteriormente, o STJ acabou por mudar seu posicionamento, passando a decidir que qualquer benefício de valor mínimo recebido por idoso poderia ser excluído da referida base de cálculo:

Petição (em uniformização de Jurisprudência) 7.203, j. 10-08-2011, 3ª Seção;  
 AgRg no AI 1.394.584, j. 18-10-2011, 6ª Turma;  
 AgRg no AI 1.394.595, j. 10-04-2012, 6ª Turma;  
 AgRg no AI 1.394.683, j. 22-11-2011, 5ª Turma.

No entanto, ao tempo da decisão rescindenda (j. em 02-10-2007), a jurisprudência do STJ era mais restritiva, como já assinalado.

Nesse passo, note-se que todos os precedentes citados pelo representante do MPF são posteriores à decisão rescindenda.

Ora, se a decisão rescindenda seguiu a orientação dominante, à época, no STJ, cuja atribuição constitucional é unificar a interpretação do direito federal, onde está a violação à lei?

De modo que, para os fins da ação rescisória, não se pode acoimar o julgado de aberrantemente ilegal, pois que seguiu a orientação dominante à época.

Improcede, portanto, o pedido de rescisão.

Improcedente a rescisória, deixo de condenar a autora ao pagamento de honorários advocatícios, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 106), seguindo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida”, pois “ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais” (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e julgo improcedente o pedido. Deixo de condenar a autora ao pagamento de honorários advocatícios, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 106).

Oficie-se ao JUIZO DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE OSVALDO CRUZ - SP, por onde tramitam os autos de nº 498/2005, comunicando o inteiro teor desta decisão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## **DECLARAÇÃO DE VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL: Trata-se de ação rescisória ajuizada por Ethel Correa Prado em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, na qual se busca a desconstituição da r. decisão monocrática proferida nos autos do Processo nº 2007.03.99.015211-3,

que deu provimento à apelação autárquica para julgar improcedente o pedido de concessão de benefício assistencial em favor da parte autora.

A Eminente Relatora, apreciando os pedidos formulados, houve por bem julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória, com fulcro no inciso V do mesmo dispositivo legal.

Em que pese a respeitabilidade dos argumentos lançados pela Eminente Relatora, divirjo quanto à improcedência da ação rescisória, por vislumbrar a configuração, no caso em pauta, do disposto no mencionado inciso V do artigo 485 do CPC.

Inicialmente, em sede de juízo rescindendo, dispõe o artigo 485, do CPC, o quanto segue:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
 (...)  
 V - violar literal disposição de lei;

A parte autora ajuizou a presente ação rescisória alegando que a r. decisão rescindenda, ao julgar improcedente o pedido de concessão de benefício assistencial, acabou por contrariar o disposto nos inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988, além do disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, uma vez que deixou de excluir do cálculo da renda *per capita* familiar, o valor de um salário-mínimo, auferido por seu marido, a título de renda mensal vitalícia.

Aduz, em síntese, que “uma vez desconsiderada a renda mensal percebida pelo esposo da Autora, não haverá renda *per capita* da entidade familiar (...),” ratificando, portanto, a hipossuficiência constatada no estudo social. Cita, a título ilustrativo, jurisprudência indicando que, a teor do disposto no inciso V do artigo 203 da CF, garante-se a concessão de benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, a cada pessoa idosa ou portadora de deficiência, componente do núcleo familiar.

Requer, por tais razões, a procedência da ação rescisória e a procedência da ação subjacente, acrescida dos demais consectários legais.

Passo, então, à análise da questão.

Inicialmente, saliento que a Constituição Federal de 1988, no inciso V do artigo 203, dispõe que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Assim, o legislador constituinte de 1988, tendo em vista as enormes desigualdades sociais já então existentes do seio da sociedade brasileira, procurou mediante esse dispositivo constitucional, minorar a situação de penúria e miserabilidade em que se encontrava grande e significativa parcela da população, já configurando no dispositivo os requisitos essenciais da prestação continuada.

Todavia, as autoridades governamentais tomaram inúmeras iniciativas legislativas, com o objetivo claro e inequívoco de mitigar e até frustrar o exercício desse direito a pretexto da expressão “conforme dispuser a lei” inserida no final do comando do mencionado inciso V do artigo 203 da CF, como se a expressão pudesse conceder ao legislador infraconstitucional licença para limitar esse direito constitucional.

Como muito bem observou o Desembargador Federal FABIO PRIETO, da Quinta Turma

deste Egrégio Tribunal, no voto condutor do acórdão unânime publicado na Revista do TRF-3<sup>a</sup> Região, vol. nº 48, págs. 209/210, cujas doutas conclusões adoto, a “lei ordinária de 1993 não pode ser entendida como termo inicial de eficácia de direito adquirido, desde 1988, por força de norma constitucional”, acrescentando que “a lei ordinária pode regulamentar esse direito, não condicioná-lo fora do âmbito da Constituição Federal” (TRF-3<sup>a</sup> Região, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto de Souza, Ap. Civ. 515602, Processo nº 1999.03.99.072322-1/SP, DJU 17/04/2001, pág. 574).

Assim, a lei não pode criar parâmetros ou critérios fixos de miserabilidade econômica, como a que dispõe como unidade familiar hipossuficiente, aquela que perceba renda *per capita* igual ou inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, como se este tivesse sido estabelecido em valores vigentes em países do chamado primeiro mundo e não nos valores irrisórios em que vêm sendo estabelecidos no Brasil.

Portanto, não cabe ao legislador, sob pretexto de ajuste fiscal ou contenção de despesas públicas, dificultar o acesso daquelas pessoas ao amparo social através de leis e regulamentos que, por via oblíqua, nada mais pretendem do que negar o próprio direito àquela garantia constitucional que, como mencionado na ementa do acórdão do STJ acima citada, “foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência”.

Outrossim, observe-se que se, por um lado, a Lei nº 8.742/93, em seu artigo 20, parágrafo 3º, exige renda familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo para a concessão do amparo social, a *Constituição Federal garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou idosa* que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, por outro lado.

Deve-se entender, como bem salientou a parte autora, citando jurisprudência acerca desta matéria, que o Poder Constituinte Originário, no inciso V do artigo 203 da CF, assegura a *cada* deficiente ou idoso que não tenha condições de se sustentar e não tenha parente que possa mantê-lo, *ao menos*, a quantia de 1 (um) salário mínimo, que não deve servir para complementar a renda da família, mas para suprir as suas necessidades especiais e proporcionar-lhe sobrevivência digna.

Deste modo, opera-se a integração e a interpretação sistemática da Lei nº 8.742/93 ante a Constituição Federal, *ao se desconsiderar o valor de 1 (um) salário mínimo, conforme o número de idosos e/ou deficientes no cálculo da renda familiar*.

Ademais, a decisão proferida na ADIN nº 1.232-1 diz que o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelece situação objetiva pela qual se presume pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do segurado e de sua família (precedentes do STJ).

Sendo assim, o decidido pela Suprema Corte, contudo, não tem o condão de afastar a possibilidade de deferimento da assistência social prevista no artigo 20 da Lei nº 8.742/93, uma vez que nada impede que seja a efetiva necessidade de recebimento do benefício apurado segundo outras circunstâncias que assim o indique.

Saliente-se, ainda, que o Exmo. Min. Gilmar Mendes, recentemente, em medida cautelar, na Reclamação nº 4.374-6/PE, observou “que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei n. 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma.”

Completo o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, na mencionada Reclamação, que, “de fato, não se pode negar que a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais – como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) – está a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República.”

No presente caso, o estudo social, realizado em 16/05/2006 (fls. 57/58), demonstrou que, com a parte autora, à época, com 66 (sessenta e seis) anos de idade, residiam o marido, o Sr. Diogo Prado Rueda, de 69 (sessenta e nove anos de idade), e o filho caçula de 24 (vinte e quatro) anos de idade, solteiro, desempregado, estudante do ensino médio.

A assistente social constatou que a autora é *depressiva e necessita fazer uso de medicamentos para tanto (...) que há alguns meses, necessitou permanecer internada, sendo necessário que os filhos dividissem as despesas de seu tratamento, mas que estes nem sempre podem colaborar, pois são pessoas também carentes de recursos e com responsabilidade para com suas famílias.*

Dante de tal contexto, considerando-se que, no caso em tela, a única fonte de renda, consistente em valor de 1 (um) salário mínimo, percebida pelo marido da autora, na época, a título de renda mensal vitalícia por incapacidade (fl. 109 vº), apenas servia aos gastos exigidos pela condição de idoso e incapaz do marido, nada restava à parte autora, que carecia, igualmente, de recursos para sobreviver com dignidade.

Logo, *há de se perceber o desamparo*, que enseja o benefício requerido no período anterior à sua concessão administrativa (DIB em 01/02/2008, fl. 109), estando nítida a violação ao disposto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal.

Sob outro aspecto, conforme mencionado, o extrato DataPrev acostado na fl. 109 vº indica que a renda do marido da autora provinha do benefício de caráter assistencial (renda mensal vitalícia).

Assim, não bastasse os fundamentos já expostos, os proventos percebidos pelo marido da autora, a título de renda mensal vitalícia, não podem ser computados para os fins do cálculo da renda *per capita* familiar, também em observância ao preceituado no parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.471/03 (Estatuto do Idoso).

Neste sentido, esta Terceira Seção de Julgamentos, já decidiu, à unanimidade, em sede de Embargos Infringentes de relatoria da Eminentíssima Relatora da presente ação, que a renda mensal vitalícia equipara-se ao benefício assistencial, inclusive para fins do disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, não se tratando de interpretação extensiva da citada norma, como se infere do seguinte julgado:

**EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE VOTO VENCIDO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, DA CF. PRELIMINAR. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO M.P.F. NO FEITO EM MOMENTO ANTERIOR AO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DIREITO PLEITEADO DE NATUREZA INDIVIDUAL, PATRIMONIAL E DISPONÍVEL. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. RENDA FAMILIAR “PER CAPITA”. NATUREZA ASSISTENCIAL DA RENDA MENSAL VITALÍCIA. LEI Nº 12.435/2011.**  
 - Conquanto não juntada aos autos a declaração de voto vencido, inexiste óbice à interposição de embargos infringentes, posto que o seu objetivo é fazer prevalecer a conclusão veiculada

no voto vencido, ainda que por fundamentos diversos.

- A situação descrita nos autos não é apta a justificar a nulidade sustentada pelo *Parquet Federal*, por falta de sua intervenção neste feito, sobretudo porque esta causa não se subscreve às hipóteses descritas no art. 82 do CPC, e, ademais, a concessão do benefício requerido depende de preenchimento dos requisitos expressamente previstos em lei.

- No que interessa a este caso, o primeiro aspecto a se considerar é que o direito pleiteado pela autora é de natureza individual e patrimonial, portanto, disponível, e a parte autora é maior, apresentando incapacidade física para a atividade laborativa porque “portadora de artrose de joelhos bilateral e hipertensão arterial”, nada existindo nos autos sugestivo de moléstias de ordem mental ou psíquica, que lhe retire a capacidade intelectiva e volitiva, a exigir a imprescindível intervenção do Ministério Público. No caso, não há interesse de incapaz a reclamar essa tutela.

- Numa interpretação conforme a Constituição Federal e sistemática, a participação processual do Ministério Público, ainda que prescrita em lei, deve circunscrever-se àqueles casos de que trata o art. 82, I, do CPC.

- *A Renda Mensal Vitalícia é um benefício de natureza assistencial, e não previdenciária, de modo que, da mesma forma que o benefício assistencial previsto na LOAS (Lei 8.742/93), deve ser excluído do cálculo da renda per capita familiar, conforme previsto no art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003.*

- *Não se está aqui alargando a interpretação do referido dispositivo legal, entendimento atualmente não autorizado pelo STJ, e, sim, numa aplicação autêntica da norma, desconsiderando o benefício de Renda Mensal Vitalícia na averiguação da renda per capita familiar por tratar-se, repise-se, de prestação de cunho assistencial, já que destinado a amparar e prover o atendimento ao idoso ou inválido e hipossuficiente, limitado à pessoa do beneficiário.*

- Preliminar rejeitada. Embargos infringentes providos.

(TRF 3<sup>a</sup> Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0005848-75.2007.4.03.9999, Rel. DESEMBAR-GADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 08/09/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 16/09/2011 PÁGINA: 228)

Outrossim, a equiparação entre a renda mensal vitalícia e benefício assistencial também restou deflagrada no âmbito deste E. Terceira Seção, tal como no r. julgado, citado a título exemplificativo, em que, por maioria, julgou-se improcedente o pedido de desconstituição do acórdão que rejeitou o pedido de renda mensal vitalícia utilizando para sua aferição o critério patrimonial exigido para a concessão do amparo social previsto na Lei nº 8.742/93, conforme se observa a seguir:

**AÇÃO RESCISÓRIA. RENDA MENSAL VITALÍCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.179/74. ARTIGO 139 DA LEI Nº 8.213/91. ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.742/93. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.**

Imbrica-se com o julgamento de mérito a preliminar de carência de ação fundada na inocorrência de violação literal a disposição de lei.

- A ação originária foi ajuizada, em 25.07.86, com vistas à concessão da renda mensal vitalícia, nos termos do artigo 1º da Lei nº 6.179/74. Em 13.01.93, a sentença concedeu o benefício, aplicando o artigo 139 da Lei nº 8.213/91. O v. acórdão deu provimento ao recurso autárquico para julgar improcedente o pedido, com fundamento no artigo 462 do Código de Processo Civil e na Lei nº 8.742/93, por entender ausente a comprovação do requisito da hipossuficiência própria e familiar.

- A hipossuficiência própria e da família é requisito exigido tanto pelo artigo 1º da Lei nº 6.179/74, quanto pelo artigo 139 da Lei nº 8.213/91 e, ainda, pelo atual artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

- A indicação, pelo magistrado, da lei aplicável no caso concreto, ainda que diversa daquela indicada pela parte, não constitui violação a literal disposição de lei.
- Não se prestando a demanda rescisória ao reexame da lide, mesmo que para correção de eventuais injustiças, não restou configurada a hipótese de rescisão da decisão passada em julgado, prevista no artigo 485, incisos V, do Código de Processo Civil.
- Matéria preliminar rejeitada. Ação rescisória improcedente.

Deste modo, no caso em tela, a r. sentença rescindenda, ao julgar improcedente o pedido de concessão do benefício assistencial à parte autora, além de ofender o disposto no inciso V do artigo 203 da Carta Política, conforme já explicitado, violou ainda o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.471/03 (Estatuto do Idoso), devendo ser desconstituída também por este fundamento.

Em novo julgamento, entendo que, pelas razões ora mencionadas, a parte autora faz jus à percepção do benefício assistencial de prestação continuada, uma vez demonstrado que preencheu os requisitos legais, a ser concedido no valor de 1 (um) salário mínimo.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação na ação originária (01/08/2005, fl. 31 vº), na falta de comprovação do pedido feito na via administrativa, a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil.

Cumpre esclarecer que o cálculo dos atrasados deverá ser efetuado apenas no período entre a DIB (01/08/2005, fl. 31 vº) e data de 31/01/2008, tendo em vista a concessão do benefício assistencial (NB 527.321.794-2) na via administrativa, a partir de 01/02/2008 (fls. 108/108 vº)

Ademais, a incidência de correção monetária e dos juros de mora sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 267, de 2013, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, 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 até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV.

No tocante às custas processuais, as autarquias são isentas das mesmas, nos termos do inciso I do art. 4º da Lei Federal nº 9.289/96, porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas processuais comprovadas nos autos.

Isto posto, divirjo dos termos do voto proferido pela Eminent Relatora para *julgar procedente a ação rescisória*, com fulcro no inciso V do artigo 485 do CPC, e *parcialmente procedente o pedido formulado na ação originária*, nos termos da fundamentação. Condeno o INSS, em virtude da sucumbência, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação entre a data da citação na ação originária (01/08/2005, fl. 31 vº) e a data de 31/01/2008, imediatamente anterior à implantação do benefício na esfera administrativa.

*É como voto.*

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

**AÇÃO RESCISÓRIA**  
**0039659-79.2009.4.03.0000**  
**(2009.03.00.039659-0)**

Autor: ARLINDO CHAGAS DE OLIVEIRA (= ou > de 60 anos)

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AR 7144

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2014

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. DOCUMENTO NOVO NÃO CARACTERIZADO. ERRO DE FATO. APLICAÇÃO DAS MÁXIMAS “JURA NOVIT CURIA” E “DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS”. FATOR DETERMINANTE PARA PROLAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. DIARISTA E EMPREGADO RURAL. TERMO INICIAL. VALOR DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - É pacífico na jurisprudência o entendimento de que os brocardos jurídicos “jura novit curia” e “da mihi factum, dabo tibi jus” são aplicáveis à rescisória, de modo que, no caso vertente, não obstante o autor tenha indicado como fundamento para rescisão do julgado a existência de documento novo (inciso VII do art. 485), a narrativa da inicial expõe verdadeiramente a ocorrência de erro de fato (inciso IX do art. 485), não se podendo cogitar em qualquer prejuízo à parte adversa.

II - É incontestável a constatação de que houve a admissão de fato inexistente, qual seja, a existência de vínculo empregatício junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP, bem como a concessão de aposentadoria por invalidez em nome do autor, na qualidade de servidor público, posto que ficou sobejamente esclarecido que tais dados se reportam à sua esposa.

III - A conclusão da r. decisão rescindenda, no sentido de que não houve a comprovação do alegado labor rural, decorreu exclusivamente da existência de documento de enorme força probatória (certidão emitida pela municipalidade, dotada de fé pública), que contrariava expressamente as demais provas dos autos.

IV - A valoração das provas testemunhais também recebe influxo da certidão emitida pela municipalidade, de modo que seus depoimentos restam esmaecidos frente à tamanha força probatória. Aliás, a utilização da expressão “Nesse contexto”, revela que as afirmações das testemunhas foram consideradas levando em conta o suposto vínculo empregatício do autor com a Prefeitura Municipal de Lutécia - SP.

V - Não se entrevê qualquer antinomia entre o pedido formulado e as provas produzidas nos autos, posto que, malgrado a inicial da ação subjacente tenha declarado o exercício de labor rural sob o regime de economia familiar, os documentos que a instruíram indicam a atividade rurícola na condição de lavrador diarista e de empregado rural, cabendo ressaltar, ainda, que o ora demandante, em seu depoimento pessoal, confirma o teor dos aludidos documentos, ao admitir que trabalhava como diarista.

VI - O equívoco constante da narrativa da inicial pode ser atribuído à desatenção do patrono do autor, não implicando, contudo, qualquer prejuízo à defesa da parte contrária. Assim, se a Exma. Desembargadora Federal Eva Regina tivesse tomado a devida ciência do documento em questão (atribuir o vínculo empregatício junto à municipalidade à esposa do autor), penso que outra seria a sua conclusão, no sentido de reconhecer o exercício de atividade rural, ou como empregado, ou como diarista. Aliás, não se verifica na r. decisão rescindenda qualquer abordagem sobre a suposta contrariedade levantada pela i. Relatora entre o pedido formulado (reconhecimento do labor em regime de economia familiar) e as provas produzidas nos autos (trabalhador diarista e empregado rural).

VII - Havendo início de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rurícola no período legalmente exigido, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.213/91, fazendo jus à concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo.

VIII - A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativa à atividade rural exercida pela parte autora, na condição de empregada, cabia aos seus empregadores, conforme sólida jurisprudência.

IX - O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação na ação subjacente (04.06.2003; fl. 38), pois foi a partir deste momento que o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito do autor.

X - O valor do benefício deve ser fixado em um salário mínimo.

XI - 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 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, 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, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

XII - Os juros de mora são aplicados na forma prevista no manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

XIII - A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações vencidas até a data do presente julgamento, de acordo com o entendimento desta 3<sup>a</sup> Seção, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

XIV - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga procedente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por maioria, julgar procedente o pedido formulado na presente ação rescisória e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido formulado na ação subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator designado para o Acórdão

## RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de julgado vazado nos seguintes termos (fls. 133/134-v):

APELAÇÃO CÍVEL N° 2004.03.99.031296-6/SP

RELATORA: Desembargadora Federal EVA REGINA

APELANTE: ARLINDO CHAGAS DE OLIVEIRA (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO: APARECIDO DE OLIVEIRA

APELANTE: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO: MARCIO CEZAR SIQUEIRA HERNANDES e HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO: OS MESMOS

No. ORIG. : 02.00.00018-0 2 Vr PARAGUACU PAULISTA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação previdenciária, ajuizada em 17.02.2003, contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que se pleiteia a concessão de aposentadoria por idade, acrescida dos consectários legais.

A decisão de primeiro grau julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder à parte autora aposentadoria por idade, a partir da citação. Determinou o pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença.

Apela a parte autora requerendo a majoração dos honorários advocatícios, juros de mora no patamar de 1% ao mês, prioridade na tramitação e fixação de multa diária (fls. 71/76).

Inconformada, apela a autarquia-ré. Sustenta, em síntese, ser o conjunto probatório insuficiente para a comprovação do alegado labor rurícola. Insurge-se no tocante aos honorários advocatícios. Prequestiona a matéria para fins recursais (fls. 77/88).

Com as contra-razões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Decido.

O benefício da aposentadoria por idade, para o trabalhador rural, está previsto nos artigos 39 (específico para o segurado especial), 48, parágrafo 1º e 143 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, sendo certo que, quando se trata de concessão de benefício previdenciário, aplica-se a legislação vigente à época em que o segurado preencheu os pressupostos necessários à sua concessão.

*Vê-se assim que, para obtenção da aposentadoria por velhice, no valor de um salário mínimo, bastava à parte autora, quando do pedido, na esfera administrativa ou judicial, provar que havia atingido a idade de 55 anos, se mulher, e 60 anos, se homem e o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício (artigo 142 da Lei 8.213/91).*

Entendo que os popularmente chamados volantes, bóias-friás, diaristas são qualificados como empregados. Assim a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições é dos empregadores com os quais os trabalhadores estabeleceram os contratos de safra, empreitada ou temporários.

Basta, pois, que se prove a efetiva prestação de trabalho, nessa condição, para que o trabalhador se caracterize como segurado obrigatório da previdência social, na qualidade de empregado.

Ainda quando se trata da aposentadoria prevista no artigo 143 da lei 8.213/91, é suficiente provar o exercício da atividade, pelo tempo exigido para a carência e não que houve recolhimento das contribuições, no referido período.

No que concerne à prova do tempo de exercício da atividade rural , o legislador, ao garantir a contagem de tempo de serviço, sem anterior registro, exigiu o início de prova material, no que foi secundado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando da edição da Súmula 149. Segundo a jurisprudência dessa mesma Corte, a lei não exige que o início de prova material se refira precisamente ao período de carência, artigos 142 e 143 da Lei n.º 8.213/91, se a prova testemunhal for capaz de ampliar sua eficácia probatória para acobertar esse período. Veja-se:

“Para a obtenção da aposentadoria por idade, o trabalhador rural referido na alínea “a” dos incisos I e IV e nos incisos VI e VII do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, além da idade mínima de 60 anos (homem) e 55 (mulher), deverá comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (artigo 48 da Lei nº 8.213/91), sendo prescindível que o início de prova material abranja necessariamente esse período, dès que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência, vale dizer, desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência.” (AgRg no REsp nº 298.272/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, *in* DJ 19/12/2002); “Para fins de concessão de aposentadoria rural por idade, a lei não exige que o início de prova material se refira precisamente ao período de carência do art. 143 da Lei n.º 8.213/91, desde que robusta prova testemunhal amplie sua eficácia probatória, vinculando-o àquele período, como ocorre na espécie.” (REsp 708.773/MS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 14/03/2005 ); “O tempo de serviço laborado em atividade rural , para fins de concessão de aposentadoria por idade, deve ser comprovado através de um início de prova material, corroborado por testemunhos idôneos.” (AgRg no REsp 501108/ SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 10.11.2003 p. 220).

É pacífico, também, que:

“A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como certidão de casamento onde marido aparece como lavrador, qualificação extensível à esposa.” (REsp 495.332/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 02/06/2003).

Na hipótese, a parte autora, nascida em 08 de setembro de 1937, quando do ajuizamento da ação, contava 65 anos de idade.

Há início de prova documental: Certidão de Casamento, realizado em 1979, a qual consta a profissão de lavrador do autor e contratos registrados na CTPS no período de novembro a dezembro de 1990 e dezembro de 1990 a janeiro de 1991 (fl. 14 e 17/19).

*Conquanto possa inferir que houve desenvolvimento da faina agrária, inexistem, nos autos, elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova.*

Cumpre ressaltar que as pesquisas realizadas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 108/119) demonstram o vínculo empregatício junto à prefeitura, no período de 1991 a 1999 e sua aposentadoria por invalidez, na qualidade de servidor público, em 2001.

*Nesse contexto, tem-se que os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento da atividade rural pelo período exigido e, assim, atestar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos.*

Assim, o conjunto probatório não é apto a demonstrar do labor campesino, consoante tabela contida no art. 142 da Lei 8.213/91, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado.

Dessa forma, ausente um dos requisitos, a improcedência do pedido era de rigor.

O presente feito comporta pronunciamento monocrático do relator pois, conforme assinalado, a decisão recorrida está em manifesto confronto com jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, nos termos do parágrafo 1º-A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação da autarquia, ficando prejudicada a apelação da parte autora,

que fica isenta do pagamento de custas e de honorários advocatícios, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Intimem-se.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2009.

EVA REGINA

Desembargadora Federal

O autor sustenta que tem documento novo (certidão expedida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP, com informação de que não consta de seus quadros funcional com o nome do autor) que comprova que o vínculo urbano a que se refere o julgado como fator impeditivo do reconhecimento do labor rural, na verdade, é de sua esposa. Pede a rescisão do julgado, bem como a concessão do pleito formulado na lide originária.

Requer a antecipação da tutela jurisdicional para a imediata implantação do benefício.

Juntou os documentos de fls. 06/142.

Emenda à inicial, onde o autor sustenta que o julgador da ação originária não atentou para o fato de que os dados cadastrais do CNIS se referiam à sua esposa, e não a ele (fls. 148/151: em 14-01-2010).

Nova emenda à inicial, na qual se repetem os mesmos fundamentos já apresentados anteriormente (fls. 201/216).

Posterguei a análise do requerimento de antecipação da tutela para após a apresentação da contestação (fls. 218/218-v).

Citada, a autarquia apresentou contestação, na qual suscitou preliminar de irregularidade na representação processual, pois que a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que a ação rescisória exige procuração original, em face do tempo decorrido entre a outorga do mandato, na causa originária, e o ajuizamento do pedido de rescisão da decisão lá proferida. Sustenta, ainda, não haver interesse processual, pois o autor pretende rediscutir a causa originária, o que não é possível na estreita via da ação rescisória. No mérito, sustenta que a certidão expedida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP não pode ser considerada documento novo porque foi expedida depois do julgado. Por outro lado, o autor filiou-se ao RGPS em 2002, de modo que, ainda que excluído o período de atividade considerado, ainda assim o resultado da demanda seria mantido, pois restariam comprovados vínculos empregatícios urbanos em nome do próprio autor. Por fim, ainda que não se considerassem os vínculos do autor como trabalhador urbano, a condição de trabalhador rural não restou efetivamente demonstrada, uma vez que, tendo sido invocada a sua condição de segurado especial, deveria ser comprovado o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao do requerimento do benefício, por 96 meses, pois completou 60 anos de idade em 1997, o que não ocorreu (fls. 226-233-v). Juntou informações do CNIS do autor e sua esposa (fls. 234/238).

Decorrido o prazo para o autor se manifestar sobre as preliminares suscitadas na contestação (fls. 241), trouxe a procuração de fls. 248 e os documentos de fls. 249/258 (cópias de páginas da CTPS do autor, bem como cópias do RG, do CPF e de páginas da CTPS da esposa do autor).

Pela decisão de fls. 260/265-v rejeitei as preliminares e indeferi o requerimento de antecipação da tutela, ao fundamento de que, ainda que tenha havido erro na análise da documentação relativa ao CNIS - considerou-se como relativa ao autor vínculos de sua esposa -, ele não foi determinante para a improcedência do pleito formulado na lide originária.

Foi juntada procuração por instrumento público (fls. 269).

Decurso de prazo para o autor recorrer da decisão acima referida (fls. 267).

O representante do Ministério Público Federal opinou pela rejeição da preliminar, pois que relacionada ao mérito da pretensão rescisória. No mérito, opinou pela improcedência do pedido de rescisão, pois o documento reputado como novo foi produzido depois de proferida a decisão rescindenda e, quanto ao erro de fato, ele não foi determinante para a rejeição do pleito formulado na lide originária, uma vez que o julgador concluiu pela inexistência de provas da atividade rural (fls. 274/277).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O trânsito em julgado do acórdão rescindendo deu-se em 14-05-2009 (fls. 138), esta demanda foi ajuizada em 06-11-2009 (fls. 02), com emenda à inicial em 14-01-2010 (fls. 148/151).

Como já ressaltado, por ocasião da análise do requerimento de antecipação da tutela, a informação veiculada no documento reputado como novo já constava dos autos da ação originária, tanto que se toma o pedido de rescisão, também, com fundamento no erro de fato, pois o autor se refere à falta de percepção do julgador de que o documento (CNIS) era relativo a sua esposa.

Quanto ao erro de fato, assim dispõem os §§ 1º e 2º do mesmo art. 485:

**Art. 485. (...)**

§ 1º - Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º - É indispensável, num como outro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

A doutrina ensina:

*No art. 485, IX, cogita-se da rescisão de sentença que se fundou em erro de fato, resultante de choque com ato, ou com atos, ou com documento, ou com documentos da causa. Uma vez que o erro proveio de fato, que aparece nos atos ou documentos da causa, há rescindibilidade. O juiz, ao sentenciar, errou, diante dos atos ou documentos. A sentença admitiu o que, conforme o que consta dos autos (atos ou documentos), não podia admitir, a despeito de não ter sido assunto de discussão tal discrepância entre atos ou documentos e a proposição existencial do juiz (positiva ou negativa). Em consequência do art. 485, IX, e dos §§ 1º e 2º, a sentença há de ser fundada em ter o juiz errado (se a sentença seria a mesma sem erro, irrecindível seria). Mais: se, pelo que consta dos autos (atos ou documentos), não se pode dizer que houve erro de fato, rescindibilidade não há. Na ação que se propusesse nenhuma prova seria de admitir-se. Se houve discussão, ou pré-impugnação do erro, ou qualquer controvérsia a respeito, com ou sem apreciação pelo juiz, ou se o próprio juiz, espontaneamente, se referiu ao conteúdo do que se reputa erro e se pronunciou, afastada está a ação rescisória do art. 485, IX. (...)*

*(Pontes de Miranda, in "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo VI, Editora Forense, 3ª edição, 2000, atualização legislativa de Sergio Bermudes, págs. 246/247).*

Segundo consta da inicial da demanda originária, o autor laborou “durante toda a sua vida”, “juntamente com sua família”, “em regime de economia familiar” (fls. 04/05 da ação originária, fls. 12/13 desta rescisória). Tal fato seria idôneo à concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural (fls. 18).

Dentre os documentos relevantes para o deslinde da causa, juntou: (1) certidão de casamento na qual está qualificado como lavrador, em 31-03-1979 (fls. 22); (2) ficha de filiação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Paraguaçu Paulista - SP, na qual está qualificado como lavrador diarista, em 24-03-1975 (fls. 23); (3) declaração extemporânea assinada pelo encarregado do setor de pessoal do Sindicato dos Empregados Rurais do Setor Canavieiro de Paraguaçu Paulista - SP, que informa que o autor foi sócio do referido sindicato no período de 24-03-1975 a 31-01-1979 (fls. 24: 16-09-2002); e (4) contratos de trabalho (registrados em CTPS) celebrados com JOSÉ VICTOR BORGES, no cargo de “serviços gerais”, nos períodos de 17-11-1990 a 15-12-1990 e 16-12-1990 a 20-01-1991 (fls. 25/27).

Quanto à prova oral, em depoimento pessoal, disse trabalhar na roça desde os 30 ou 34 anos, como diarista. Disse, ainda, que trabalhou para LUIS AUGUSTO (por 16 anos) e ZEZINHO AUGUSTO (por 8 anos) e que, depois disso, só conseguiu empregos “por diária” (fls. 74).

A testemunha MARIA HERMINIA RODRIGUES SILVEIRA (professora) disse conhecer o autor desde a década de 70, pois nessa época o mesmo mudou-se para a fazenda de seu pai, tendo ali trabalhado até 1978 ou 1979, mais ou menos. Disse, ainda, que, depois, “parece” que ele mudou-se para uma fazenda vizinha (sem precisar o período em que ali trabalhou). Por fim, disse que o autor sempre trabalhou no campo e que, pouco tempo atrás trabalhou como diarista em sua propriedade (fls. 75).

A testemunha BENEDITO DALAGO (serviços gerais), declarou conhecer o autor desde 1977 e que ele ainda trabalha na roça, tendo laborado para JOSÉ ANTONIO RODRIGUES, PEDRO ALVES FILHO e LUIS AUGUSTO RODRIGUES. Disse, ainda, que o mesmo trabalha como volante (fls. 76).

Segundo se extrai dos fundamentos da decisão rescindenda, a causa para o indeferimento do pleito lá formulado não foi, exclusivamente, a existência de vínculo empregatício junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP, bem como a concessão de aposentadoria por invalidez em nome do autor, na qualidade de servidor público.

Confiram-se trechos da decisão:

Há início de prova documental: Certidão de Casamento, realizado em 1979, a qual consta a profissão de lavrador do autor e contratos registrados na CTPS no período de novembro a dezembro de 1990 e dezembro de 1990 a janeiro de 1991 (fl. 14 e 17/19).

Conquanto possa inferir que houve desenvolvimento da faina agrária, inexistem, nos autos, elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova.

Cumpre ressaltar que as pesquisas realizadas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 108/119) demonstram o vínculo empregatício junto à prefeitura, no período de 1991 a 1999 e sua aposentadoria por invalidez, na qualidade de servidor público, em 2001.

Nesse contexto, tem-se que os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento da atividade rural pelo período exigido e, assim, atestar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos.

Assim, o conjunto probatório não é apto a demonstrar do labor campesino, consoante tabela contida no art. 142 da Lei 8.213/91, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado.

... (fls. 134)

Nesse contexto é que o julgador da causa originária concluiu que, embora tenha havido “desenvolvimento da faina agrária”, inexistiam, “nos autos, elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova.”

E que período seria esse?

Diz o mesmo julgado (fls. 133/133-v):

Vê-se assim que, para obtenção da aposentadoria por velhice, no valor de um salário mínimo, bastava à parte autora, quando do pedido, na esfera administrativa ou judicial, provar que havia atingido a idade de 55 anos, se mulher, e 60 anos, se homem e o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício (artigo 142 da Lei 8.213/91).

Segundo consta da inicial do processo originário, o trabalho rural foi desenvolvido em regime de economia familiar por toda a vida laboral (fls. 04/05 da ação originária, fls. 12/13 desta rescisória).

Em tal regime, a atividade dos membros da família é indispensável à subsistência do grupo e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração.

Ora, afora o fato de os elementos recolhidos dos autos parecerem indicar o exercício de atividade na condição de diarista por período incerto, o documento a que se reporta o autor comprova que a sua esposa, pelo menos desde 1991 vinha auferindo vencimentos como servidora pública.

Nesse passo, no chamado período de prova a que se refere a decisão rescindenda (imediatamente anterior ao do implemento do quesito idade - 08-09-1997 - ou do requerimento do benefício - 17-02-2003), o grupo familiar retiraria sua subsistência de outras fontes: (1) de 18-06-1991 a 16-12-1999 - fls. 121: remuneração de servidor público; (2) de 16-12-1999 a 03-07-2001 - fls. 126: benefício de auxílio-doença de servidor público; (3) de 03-07-2001 em diante - fls. 127: benefício de aposentadoria por invalidez de servidor público.

De modo que, diferentemente do que sustenta o autor, o erro de percepção sobre a atividade relatada no documento lançaria ainda mais dúvidas sobre a atividade desenvolvida “em regime de economia familiar”.

Logo, é de se concluir que o apontado erro não foi determinante para a rejeição do pleito formulado na lide originária.

E se ele não foi determinante, não há como rescindir o julgado.

Nesse sentido, a tranqüila jurisprudência do STJ:

AÇÃO RESCISÓRIA N° 3.931 - MG (2008/0046443-2) (f)

RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA

REVISOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AUTOR: CYNTHIA COSTA GOULART DE FREITAS MAZOQUE

ADVOGADO: SÉRGIO GRANDINETTI DE BARROS E OUTRO(S)

RÉU: BANCO DO BRASIL S/A

ADVOGADO: ANGELO AURELIO GONCALVES PARIZ E OUTRO(S)

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINAR - AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA DENTRO DO LAPSO DECADENCIAL DE DOIS ANOS - OCORRÊNCIA - AÇÃO ORIGINÁRIA TENDO POR

**OBJETIVO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA GARANTIA OFERTADA (IMÓVEL DADO EM HIPOTECA), EM RAZÃO DA FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DA ESPOSA DE UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA-MUTUÁRIA, BEM COMO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, DE ACORDO COM A MATÉRIA DEVOLVIDA NO RECURSO ESPECIAL, RECONHECE TÃO-SOMENTE A NULIDADE DA GARANTIA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO NÃO CONSISTE EM CONSEQUÉNCIA LÓGICO DO REFERIDO PROVIMENTO, MORTEMENTE PORQUE A FALSIFICAÇÃO NÃO FOI ATRIBUÍDA AO BANCO REQUERIDO - AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.**

I - O termo a quo do prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória, é o dia subsequente ao do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, sendo irrelevante, para a referida contagem, que o último recurso interposto não tenha sido conhecido, por não observar qualquer dos requisitos legais, inclusive o da tempestividade. Entendimento, ressalte-se, que restou cristalizado no Enunciado nº 401 da Súmula desta augusta Corte;

II - De acordo com a definição legal veiculada nos §§ 1º e 2º do artigo 485 do Código de Processo Civil, o erro de fato dá-se “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. Em qualquer dessas hipóteses revela-se necessário, ainda, que o apontado erro de fato mostre-se imprescindível e determinante ao julgamento da controvérsia, a ser apurado mediante simples exame dos elementos constantes nos autos da ação rescindenda, sobre o qual “não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial” na ação originária;

III - As Instâncias Ordinárias, efetivamente, concluíram pela reconhecimento da falsificação da assinatura da esposa de um dos sócios da empresa-mutuária, o que, segundo a decisão final prolatada por esta augusta Corte, tornaria nula a hipoteca ofertada. Este desfecho, entretanto, de forma alguma, enseja a condenação do Banco-requerido ao pagamento de qualquer verba indenizatória, na circunstância de a falsificação da assinatura não ter sido atribuída à Instituição financeira, caso dos autos. Aliás, no ponto, o Tribunal de origem, de forma explícita, concluiu, diante dos elementos fático-probatórios reunidos nos autos, inexistir liame entre a conduta do Banco-mutuante, reputada lícita, e os danos supostamente percebidos pela autora, de cunho material e moral. Reconheceu-se, inclusive, que o Banco-requerido, na verdade, figurou como vítima da fraude levada a cabo por um dos sócios da empresa-mutuária.

IV - Portanto, absolutamente insubstancial a alegação de que o provimento do recurso especial, tão-somente para o efeito de anular a hipoteca (afastando o entendimento do Tribunal de origem que considerava subsistente a hipoteca, somente em relação à parte do sócio-devedor), não enseja, como se consequência lógica fosse, o acolhimento da pretensão indenizatória.

V - *In casu*, o acórdão rescindendo sequer abordou o pedido indenizatório. E não o fez por uma razão bastante simples. O não enfrentamento, pelo acórdão rescindendo, do pedido indenizatório, afastado pelo Tribunal de origem, no que, ressalte-se, consistiria, segundo a autora, o alegado erro de fato, decorreu exclusivamente do fato de a questão não ter sido objeto de insurgência no recurso especial, conforme dá conta os documentos juntados pela autora (relatório do acórdão rescindendo, ut fl. 89). Nesse contexto, afigura-se sem respaldo legal a pretensão de rescindir uma decisão judicial, transitada em julgado, sob a alegação de erro de fato, quando tal erro (nos dizeres da parte autora) foi causado justamente por quem o alega.

VI - Ação rescisória improcedente.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Seção, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Revisor), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília, 29 de fevereiro de 2012(data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.386 - RJ (2008/0097676-6)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE: ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL VEIGA DE ALMEIDA -

AEVA

ADVOGADO: YARA GENTILE RODRIGUES DA CUNHA E OUTRO(S)

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADOS: CLAUDIO XAVIER SEEFFELDER FILHO E OUTRO(S)

JOSÉ MARCOS QUINTELLA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ART. 485, IX DO CPC - ERRO DE FATO - PRESENÇA NOS AUTOS DE DOCUMENTO SUSTENTADO NO ACÓRDÃO RESCINDENDO COMO AUSENTE - RECONHECIMENTO - ERRO NÃO-DETERMINANTE - EXISTÊNCIA DE ARGUMENTO PREPONDERANTE DISTINTO COMO RAZÃO DE DECIDIR - IMPROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA.

1. O acórdão rescindendo não se baseou, exclusivamente, no erro de fato consubstanciado na desconsideração, pelo relator do voto condutor do acórdão rescindendo, do certificado de entidade de fins filantrópicos devidamente acostado aos autos da ação originária.

2. O reconhecimento do erro de fato na hipótese presente não tem a virtude de afastar o argumento preponderante das razões de decidir do acórdão rescindendo que foi o entendimento de que a imunidade referida no art. 150, inciso VI, alínea "c" da Constituição Federal, não excepciona a incidência do imposto sobre operações financeiras (§ 4º, art. 150, da CF), por ser *numerus clausus*.

3. Não se fundando o acórdão que se pretende desconstituir exclusivamente no erro de fato apontado, sem o qual a conclusão do órgão julgador teria sido diferente, mostra-se correta a improcedência da ação rescisória.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

Segundo a decisão rescindenda, não existem "elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova", pois "os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento da atividade rural pelo período exigido" e, assim, "atestar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos".

Assim, para o julgador, a prova testemunhal não foi preciso acerca da atividade desenvolvida e do período em que ela se deu, de modo que não restou demonstrado o exercício da atividade "no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício".

Desconsideradas as informações relativas ao CNIS, a conclusão ainda prevalece, pois

que retirada dos depoimentos testemunhais.

Na verdade, o que pretende o autor, sob o enfoque da descoberta de documento novo - que, como se viu, não traz qualquer novidade - é a reapreciação de tudo o quanto foi produzido na lide originária, o que não atende aos objetivos da ação rescisória, que, não sendo recurso, só autoriza a rescisão do julgado quando presentes uma das situações previstas no art. 485 do CPC.

Assim, não sendo a ação rescisória apta ao reexame da causa, concluo pela improcedência do pedido de rescisão do julgado.

Deixo de condenar o autor ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, tendo em vista ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (fls. 218), seguindo a orientação adotada pelo STF no sentido de que “a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida”, pois “ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais” (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido, e deixo de condenar o autor ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Comunique-se ao Juízo de Direito da 2<sup>a</sup> VARA CÍVEL DA COMARCA DE PARAGUAÇU PAULISTA - SP, por onde tramitam os autos de nº 180/2003, dando-se ciência do inteiro teor deste acórdão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA: A ilustre Relatora apresenta voto no sentido de julgar improcedente o pedido de rescisão formulado nesta demanda, por entender que “para o julgador, a prova testemunhal não foi preciso acerca da atividade desenvolvida e do período em que ela se deu, de modo que não restou demonstrado o exercício da atividade ‘no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício’”.

Peço licença para apresentar divergência especialmente porque o seu respeitável voto, ao fundamentar que o aludido erro não teria sido determinante para a improcedência do pedido de aposentadoria formulado na lide originária, busca elementos contidos na inicial daquela demanda e no conteúdo da prova testemunhal, os quais sequer foram abordados pelo *decisum* rescindendo, e que, segundo o seu modo de pensar, descharacterizariam o regime de economia familiar no período imediatamente anterior ao requerimento.

Penso que ainda que o julgado sob análise tenha mencionado o disposto no art. 142 da Lei nº 8.213/91, fazendo, genericamente (em tese), alusão à necessidade de cumprimento da carência no período imediatamente anterior ao requerimento, o mesmo não estabeleceu qualquer ilação entre as provas analisadas e a causa de pedir remota. Note-se que a decisão rescindenda sequer mencionou em seu conteúdo as características próprias do trabalho de um segurado especial e não adentrou na apreciação do conteúdo da prova testemunhal.

Conforme destaca o voto da eminente Relatora, o r. *decisum* assim se pronunciou:

Conquanto possa inferir que houve desenvolvimento da faina agrária, inexistem, nos autos, elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova.

Cumpre ressaltar que as pesquisas realizadas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 108/119) demonstram o vínculo empregatício junto à prefeitura, no período de

1991 a 1999 e sua aposentadoria por invalidez, na qualidade de servidor público, em 2001. Nesse contexto, tem-se que os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento da atividade rural pelo período exigido e, assim, atestar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos.

Como se vê, para o julgado, *houve desenvolvimento da faina agrária*. Ou seja, não estaria descaracterizado o regime de economia familiar mencionado na inicial. Apenas não teria se comprovado o trabalho rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício em razão da falsa ideia tirada do CNIS no sentido de que os vínculos urbanos, *tidos como sendo do autor*, viriam a ilidir a condição de campesino a partir de 1991.

Nesse contexto, ou seja, *em razão da existência de vínculos urbanos* no período mais próximo ao ajuizamento da ação subjacente, os depoimentos testemunhais, segundo o julgado e, aliás, a forte corrente jurisprudencial desta Corte, perdem a sua força probante.

Ocorre que a informação a respeito de vínculo empregatício junto à prefeitura, no período de 18.06.1991 a 12/1999 e de aposentadoria por invalidez, na qualidade de servidor público, em julho de 2001, extraída do extrato do CNIS juntado pelo INSS às fls. 117/127 (fls. 108/126 daquele feito) e não submetido ao contraditório, *não se referia ao demandante como entendera a então relatora*.

Com efeito, tais vínculos referem-se a Natalícia Silva de Oliveira (NIT 1.219.048.568-3), esposa do demandante, sobre quem não fez qualquer pronunciamento judicial.

O autor trouxe com esta demanda uma Certidão expedida pelo Encarregado do Setor de Pessoal da Prefeitura Municipal de Lutécia, que corrobora o equívoco tirado do *decisum rescindendo*, pois, segundo o seu conteúdo, o mesmo nunca fizera parte do quadro de funcionários daquela municipalidade (fl. 158).

Segundo Sua Exa, a eminentíssima relatora, “a informação veiculada no documento reputado como novo já constava dos autos da ação originária, tanto que se toma o pedido de rescisão, também, com fundamento no erro de fato, pois o autor se refere à falta de percepção do julgador de que o documento (CNIS) era relativo a sua esposa”.

A meu ver, com a devida vénia, a informação no sentido da ausência de vínculos estatutários do demandante não constava daquele processo. Constava, sim, que a *mujer dele* trabalhara na Prefeitura, mas não havia informações no sentido de que ele também não o fizera.

Essa certidão, expedida por órgão público, tem um conteúdo retroativo a tempo indeterminado, abarcando, inclusive, os períodos mencionados no CNIS da esposa do autor e, portanto, poderia ser considerado como documento novo ainda que elaborado tão somente em 2010.

Desnecessário, porém, pois resta evidente a *falta de percepção do julgador de que o documento (CNIS) era relativo à sua esposa*, dando ensejo, também, à rescisão por erro de fato, uma vez que, como afirma o demandante, a decisão indeferiu o seu pedido de aposentadoria “contrariamente a realidade das provas no bojo da demanda” (fl. 4) e, portanto, deve ser rescindida.

Superada o *iudicium rescindens* com fulcro no inciso IX do art. 485 do CPC, passo ao rejulgamento da ação subjacente.

O autor formulou pedido de aposentadoria por idade rural aduzindo que trabalhou como lavrador “durante toda a sua vida laborou, juntamente com sua família em regime de economia familiar, após seu casamento, continuou laborando para sustentar seus familiares” (fl. 12).

Ressalte-se, inicialmente, que quanto aquela petição padronizada, como, aliás, a

maioria das que inauguram os processos que tramitam por esta Seção Especializada, faça referência ao regime de economia familiar, a mesma vem instruída com “Cópias da CTPS do autor, dando a indicação do tempo de contribuição”, como afirma à fl. 12, revelando, portanto, ser equivocada a referência à sua condição de segurado especial.

O fato é que o autor comprova que exerceu as lides campesinas pelo período indicado na inicial, ou seja, por toda a sua vida laboral, demonstrando o preenchimento do requisito relativo à carência necessária à concessão do seu benefício, conforme passo a expor:

Inicialmente esclareço que o requisito relativo à idade está comprovado, pois o demandante nasceu em 08.09.1937 (fl. 22) e, portanto, completou 60 anos em 1997, de onde se conclui que a carência exigida é de 96 (noventa e seis) meses, de acordo com a tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

No que se refere à demonstração do tempo de serviço trabalhado, anoto que a CTPS acima referida contém vínculo em estabelecimento agropecuário no período de 17 de novembro de 1990 a 20 de janeiro de 1991 (fl. 26).

O autor também apresentou a Certidão de Casamento de fl. 22, que o qualifica como lavrador em 1979 (fl. 22) e a Ficha de inscrição junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Paraguaçu Paulista referente a 1980.

Além disso, o extrato do CNIS de fl. 123 revela que a sua mulher, Sra. Natalícia Silva de Oliveira, também teve vínculo rural devidamente anotado com a Companhia Agrícola Quata, com início da atividade em 15.07.1983, até 04.01.1985.

As testemunhas ouvidas às fls. 75/77 corroboraram o forte início de prova material apresentado pelo demandante, confirmando que desde a década de 1970 até a época na qual requereu o seu benefício, ele sempre trabalhou na lavoura. Ambos os depoentes apontam os nomes dos empregadores, os locais trabalhados e a função desenvolvida, como empregado rural e/ou como diarista.

Confira-se:

**Maria Hermínia Rodrigues Silveira**

(...)

Conhece o autor desde a década de setenta. Nessa época ele mudou para a fazenda do pai da testemunha. O pai da testemunha chamava-se José Antonio Rodrigues. O autor trabalhou para o pai da testemunha até 1978 ou 1979 mais ou menos. Foi no município de Lutécia, no sítio São João. Depois parece que o autor mudou-se para a fazenda vizinha. Pelo que conhece o autor sempre trabalhou no campo. O autor ainda trabalha como diarista. Pelo que sabe o autor nunca trabalhou na cidade. Pouco tempo atrás o autor trabalhou como diarista na propriedade da testemunha (fl. 75).

**BENEDITO DALAGO**

(...)

Conhece o autor desde 1977. O autor ainda trabalha. O autor trabalha na roça. O autor já trabalhou para José Antonio Rodrigues, já trabalhou na fazenda Atalaia de propriedade de Pedro Alves Filho. O autor trabalhou também para Luis Augusto Rodrigues. Atualmente o autor trabalha como volante (fl. 76).

Como se vê, o autor preenche todos os requisitos necessários à concessão do seu benefício, não se constituindo em óbice as anotações no extrato do CNIS de fl. 118 no sentido de que ele efetuou recolhimento como contribuinte individual por pequenos períodos, ou seja, de junho a agosto de 2002; de abril a agosto de 2007 e no mês de fevereiro de 2008, especialmente

porque a sua inscrição consta como código de ocupação “Outras profissões”.

O termo inicial do benefício é fixado na data da citação da ação subjacente, haja vista que a demonstração do seu direito já era possível naquela demanda não fosse o erro de fato que ensejou a rescisão do julgado.

Verba honorária fixada em 10% sobre o montante das parcelas vencidas até a data deste julgamento.

Critérios de juros de mora e de correção monetária nos moldes estabelecidos e pacificados nesta 3<sup>a</sup> Seção.

Ante o exposto, pedindo vênia à ilustre relatora, pelo meu voto, *julgo procedente o pedido de rescisão e, em novo julgamento, julgo procedente o pedido de aposentadoria por idade.* Concedo a antecipação dos efeitos da tutela para imediata implantação do benefício.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA

### **VOTO CONDUTOR**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO: Trata-se de ação rescisória ajuizada pela parte autora, com fundamento no art. 485, inc. VII, do CPC (documento novo), objetivando desconstituir decisão proferida com base no art. 557 do CPC, da lavra da eminentíssima Desembargadora Federal Eva Regina, que deu provimento à apelação da autarquia previdenciária, para julgar improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria rural por idade.

Sustenta, em síntese, o autor que “... tem documento novo (certidão expedida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA-SP, com informação de que não consta de seus quadros funcionários com o nome do autor) que comprova que o vínculo urbano a que se refere o julgado com fator impeditivo do reconhecimento do labor rural, na verdade, é de sua esposa. Pede a rescisão do julgado, bem como a concessão do pleito formulado na lide originária...”.

Pelo respeitável voto de fls. 285/289, a ilustre Desembargadora Federal relatora julgou improcedente o pedido, por entender que “... o indeferimento do pleito lá formulado não foi, exclusivamente, a existência de vínculo empregatício junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP, bem como a concessão de aposentadoria por invalidez em nome do autor, na qualidade de servidor público ...”, mas também pela inexistência nos autos de “... elementos comprobatório precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova ...”. Assinala, outrossim, que “... o fato de os elementos recolhidos dos autos parecerem indicar o exercício de atividade na condição de diarista por período incerto ...” entra em contradição com a narrativa da inicial, que apontava o labor rural sob regime de economia familiar, concluindo, por fim, que “... o apontado erro não foi determinante para a rejeição do pleito formulado na lide originária ...”.

Contudo, com a devida vênia, ouso divergir da Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Relatora, pelas razões a seguir aduzidas.

De início, cumpre esclarecer que é pacífico na jurisprudência o entendimento de que os brocardos jurídicos “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*” são aplicáveis à rescisória, de modo que, no caso vertente, não obstante o autor tenha indicado como fundamento para rescisão do julgado a existência de documento novo (inciso VII do art. 485), a narrativa da inicial expõe verdadeiramente a ocorrência de erro de fato (inciso IX do art. 485), não se

podendo cogitar em qualquer prejuízo à parte adversa.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

**AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. SENTENÇA *CITRA PETITA*. NULIDADE.**

Os brocardos jurídicos “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*” são aplicáveis à rescisória e, assim, ainda que, in casu, não tenha restado configurada a hipótese de erro de fato prevista no inciso IX do art. 485 do CPC, possível é o enquadramento da ação no inciso V, por violar, a decisão rescindenda, literal disposição de lei.

(...)

(TRF - 4ª Região; AR. 2003.04.01.024702-7; 3ª Seção; Rel. Desembargador Federal Celso Kipper; j. 13.07.2006; DJ 23.08.2006)

**AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA FUNDADA EM PAGAMENTO INEXISTENTE, ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC. CONFIGURAÇÃO.**  
A simples ausência, na petição inicial, da indicação expressa de uma das hipóteses legais de rescisão (art. 485) não é suficiente para que se considere inepta a inicial da ação rescisória. Deve-se levar em conta os princípios insertos nos brocardos “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*”. Precedentes do STJ.

(TRF - 5ª Região; AR. 2004.05.00.042502-0; Pleno; Rel. Desembargadora Federal Amanda Lucena; j. 08.10.2008; DJ 22.10.2008)

De outra parte, para que ocorra a rescisão respaldada no inciso IX do art. 485 do CPC deve ser demonstrada a conjugação dos seguintes fatores, a saber: a) o erro de fato deve ser determinante para a sentença; b) sobre o erro de fato suscitado não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre o erro de fato não pode ter havido pronunciamento judicial, d) o erro de fato deve ser apurável mediante simples exame das peças do processo originário.

No caso em tela, é incontestável a constatação de que houve a admissão de fato inexistente, qual seja, a existência de vínculo empregatício junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE LUTÉCIA - SP, bem como a concessão de aposentadoria por invalidez em nome do autor, na qualidade de servidor público, posto que ficou sobejamente esclarecido que tais dados se reportam à sua esposa.

Por outro lado, diferentemente da posição adotada pela i. Relatora, penso que tal erro foi determinante para a prolação da decisão rescindenda.

Com efeito, para melhor esclarecimento da controvérsia, reproduzo trecho da r. decisão rescindenda, que aborda o tema:

... Conquanto possa inferir que houve desenvolvimento da faina agrária, inexistem, nos autos, elementos comprobatórios precisos e indicativos desta atividade, de modo a alcançar o período pendente de prova.

Cumpre ressaltar que as pesquisas realizadas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 108/119) demonstram o vínculo empregatício junto à prefeitura, no período de 1991 a 1999 e sua aposentadoria por invalidez, na qualidade de servidor público, em 2001.

Nesse contexto, tem-se que os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento da atividade rural pelo período exigido e, assim, atestar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos.

Assim, o conjunto probatório não é apto a demonstrar do labor campesino, consoante tabela contida no art. 142 da Lei 8.213/91, não fazendo jus, portanto, ao benefício pleiteado..

Não obstante houvesse inversão na posição dos parágrafos (o primeiro parágrafo acima transscrito encerra a conclusão do exame do conjunto probatório e o subsequente aborda uma prova específica), é razoável inferir que tal posicionamento decorreu exclusivamente da existência de documento de enorme força probatória (certidão emitida pela municipalidade, dotada de fé pública), que contrariava expressamente as demais provas dos autos.

Outrossim, a valoração das provas testemunhais também recebe influxo da certidão emitida pela municipalidade, de modo que seus depoimentos restam esmaecidos frente à tamanha força probatória. Aliás, a utilização da expressão “Nesse contexto”, revela que as afirmações das testemunhas foram consideradas levando em conta o suposto vínculo empregatício do autor com a Prefeitura Municipal de Lutécia - SP.

Importante consignar que não se entrevê qualquer antinomia entre o pedido formulado e as provas produzidas nos autos, posto que, malgrado a inicial da ação subjacente tenha declarado o exercício de labor rural sob o regime de economia familiar, os documentos que a instruíram indicam a atividade rurícola na condição de lavrador diarista (fls. 23) e de empregado rural (fls. 25/27), cabendo ressaltar, ainda, que o ora demandante, em seu depoimento pessoal (fl. 74), confirma o teor dos aludidos documentos, ao admitir que trabalhava como diarista.

Na verdade, o equívoco constante da narrativa da inicial pode ser atribuído à desatenção do patrono do autor, não implicando, contudo, qualquer prejuízo à defesa da parte contrária. Assim, se a Exma. Desembargadora Federal Eva Regina tivesse tomado a devida ciência do documento em questão (atribuir o vínculo empregatício junto à municipalidade à esposa do autor), penso que outra seria a sua conclusão, no sentido de reconhecer o exercício de atividade rural, seja na condição de empregado ou de diarista. Aliás, não se verifica na r. decisão rescindenda qualquer abordagem sobre a suposta contrariedade levantada pela i. Relatora entre o pedido formulado (reconhecimento do labor em regime de economia familiar) e as provas produzidas nos autos (trabalhador diarista e empregado rural).

Em síntese, verifica-se a ocorrência da hipótese prevista no art. 485, inciso IX, do CPC, a ensejar a abertura da via rescisória.

#### **DO JUÍZO RESCISORIUM**

A parte autora completou 60 anos de idade em 08.09.1997, devendo, assim, comprovar 08 (oito) anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a parte autora reuniu documentos que podem ser reputados como início de prova material, tais como a certidão de casamento, celebrado em 31.03.1979, na qual lhe fora atribuída a profissão de *lavrador* (fl. 22); e ficha de filiação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Paraguaçu Paulista, com data de admissão em 24.03.1975, em que ostenta a

condição de *lav. diarista* (fl. 23).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. GUIA DE RECOLHIMENTO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. QUALIFICAÇÃO DE AGRICULTORA. FÉ PÚBLICA. COMPROVAMENTE DE PAGAMENTO DE ITR EM NOME DO EMPREGADOR DA AUTORA. DECLARAÇÕES DO EMPREGADOR E DO SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO.

1 - A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como a certidão de casamento e assentos de óbito, ou mesmo declarações de sindicatos de trabalhadores rurais ou de ex-patrões, corroboradas por provas testemunhais.

2 .....

3.....

4. Recurso Especial não conhecido.

(STJ; Resp 550088/CE - 2003/0100078-0; 5ª Turma; Relator Ministra Laurita Vaz; v.u. j. 28.10.2003; DJ 24.11.2003; DJU 04/08/2003, pág. 381)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. ART. 106 DA LEI Nº 8.213/91. ROL DE DOCUMENTOS EXEMPLIFICATIVO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO. CARTEIRA DE SÓCIO DE SINDICATO DE TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

O rol de documentos descrito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, e não taxativo, podendo ser aceitos como início de prova material, para fins de concessão de aposentadoria rural por idade, documentos como, in casu, a carteira de filiação ao sindicato dos trabalhadores rurais, constando a profissão de rurícola do requerente do benefício. Precedentes.

(...)

(STJ; AGA 200800207693; 5ª Turma; Ministra Laurita Vaz; j. 30.05.2008; DJE 23.06.2008)

Outrossim, verifica-se que o demandante acostou aos autos anotação em CTPS em que estão consignados contratos de trabalho de natureza rural nos períodos de 17.11.1990 a 15.12.1990 e de 16.12.1990 a 20.01.1991 (fl. 26), constituindo tal documento como prova plena dos períodos a que se refere e início de prova material dos períodos que se pretende comprovar.

Por outro lado, a declaração firmada pelo Encarregado do Setor de Pessoal do Sindicato dos Empregados Rurais no Setor Canavieiro de Paraguaçu Paulista/SP, datada de 16.09.2002 (fl. 24), no sentido de que o autor foi sócio do aludido sindicato, tendo exercido atividades rurais, em propriedades rurais no Município de Lutécia-SP, no período de 24.03.1975 a 31.01.1979, não se presta como início de prova material, em face de não ser contemporânea com os fatos que se pretende provar, podendo ser considerada como depoimento testemunhal reduzido a termo.

De outra parte, a testemunha Maria Hermínia Rodrigues Silveira (fls. 75) afirmou que o autor trabalhou na fazenda do pai dela até o ano de 1978 ou 1979, e que após tal data começou a trabalhar como diarista, tendo exercido tal atividade até pouco tempo antes da data da audiência (12.02.2004; fl. 74). Por seu turno, a testemunha Benedito Dalago (fl. 76) asseverou que conhece o autor desde o ano de 1977 e que este trabalha na roça, tendo prestado serviços para os proprietários rurais José Antônio Rodrigues, Pedro Alves Filho e Luís Augusto Rodrigues. Assinalou, ainda, que na data da audiência, o autor trabalha como volante.

Ressalto que a atividade rural resulta comprovada se a parte autora apresentar início razoável de prova material, corroborada por prova testemunhal idônea. A referida questão está pacificada no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto assim ementado, que a seguir transcrevo:

**PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO ESPECIAL.**

1. A valoração dos depoimentos testemunhais sobre o período de atividade rural exercida pela recorrente é válida, se apoiada em início razoável de prova material, ainda que esta somente comprove tal exercício durante uma fração do tempo exigido em lei.
2. Considera-se a Certidão de Casamento, na qual expressamente assentada a profissão de rurícola do requerente, início razoável de prova documental, a ensejar a concessão do benefício previdenciário.
3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ - 5ª Turma; REsp. 266852 - MS, 2000/0069761-3; Rel. Ministro Edson Vidigal; v.u., j. em 21.09.2000; DJ. 16.10.2000, pág. 347).

Cabe esclarecer que o próprio INSS considera o diarista ou bóia-fria como empregado. De fato, a regulamentação administrativa da autarquia (ON 2, de 11/3/1994, artigo 5, item "s", com igual redação da ON 8, de 21/3/97), considera o trabalhador volante, ou bóia-fria, como empregado.

Assim sendo, não há como afastar a qualidade de rurícola da parte autora e de segurado obrigatório da Previdência Social, na condição de empregado, nos termos do disposto no artigo 11, inciso I, a, da Lei nº 8.213/91.

Importante ressaltar que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias relativa à atividade rural exercida pela parte autora, na condição de empregado, cabia aos seus empregadores, conforme sólida jurisprudência.

Dessa forma, havendo início de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rurícola no período legalmente exigido, nos termos dos artigos 142 e 143, ambos da Lei nº 8.213/91, ou seja, por mais de 96 meses, considerado o ano em que implementou o requisito etário (1997).

Em síntese, preenchidos os requisitos etário e de período de atividade rural, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação na ação subjacente (04.06.2003; fl. 38), pois foi a partir deste momento que o réu tomou ciência dos fatos constitutivos do direito do autor.

O valor do benefício deve ser fixado em um salário mínimo.

Cumpre esclarecer os critérios de aplicação da correção monetária e dos juros de mora.

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 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, 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, não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei 11.960/09 (AgRg no REsp 1285274/CE - Resp 1270439/PR).

Os juros de mora são aplicados na forma prevista no manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações vencidas até a data do presente julgamento, de acordo com o entendimento desta 3<sup>a</sup> Seção, fixando-se o percentual em 15%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

## DO DISPOSITIVO DA RESCISÓRIA

Diante do exposto, *divirjo*, data vênia, *da i. Relatora*, e *julgo procedente o pedido deduzido na presente ação rescisória*, para rescindir a decisão proferida nos autos da AC. nº 2004.03.99.031296-6, com base no art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil e, no *juízo rescisorium*, *julgo procedente o pedido da autora formulado na ação subjacente*, para condenar o INSS a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo, a contar da data da citação da ação subjacente (04.06.2003). As verbas acessórias serão calculadas na forma retro explicitada. Honorários advocatícios em 15% sobre o valor das prestações vencidas até a data do presente julgamento.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora *ARLINDO CHAGAS DE OLIVEIRA* a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício de *APOSENTADORIA RURAL POR IDADE* implantado de imediato, com data de início - DIB em *04.06.2003*, e renda mensal inicial no valor de um salário mínimo, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do CPC.

*É como voto.*

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator designado para o Acórdão

**AGRADO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**  
**0036905-09.2010.4.03.9999**  
**(2010.03.99.036905-8)**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 133/135

Parte Autora: RUTE FAGUNDES CUSTODIO MACHADO

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1<sup>a</sup> VARA DE NOVA GRANADA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI

Classe do Processo: AC 1551039

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AGRADO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante porque foram preenchidos os requisitos legais para a concessão da pensão por morte.

II - O benefício de pensão por morte encontra-se disciplinado pelos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91 e é devido ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida declarada. A Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações, estabelecendo que o deferimento contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido, até trinta dias desse; do pedido, quando requerido, após esse prazo e da decisão judicial, no caso de morte presumida.

III - O artigo 16, da Lei nº 8213/91 relaciona os dependentes do segurado, indicando no inciso I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido. No II - os pais; e no III - o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Na redação original, revogada pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, ainda contemplava, a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida. Frisa no parágrafo 4º que a “dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e, das demais, deve ser comprovada”.

IV - É vedada a concessão da pensão aos dependentes do segurado, que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

V - Constam dos autos: certidão de casamento da autora com o falecido, qualificado como lavrador, em 28.02.1978 (fls. 18); CTPS do *de cuius*, com anotações de vínculos empregatícios mantidos em períodos descontínuos compreendidos entre 25.11.1975 e 06.09.1996 (fls. 19/25); certidão de óbito do *de cuius*, ocorrido em 10.08.1998, sendo causas da morte “a) parada cardio-respiratória; b) cardiopatia hipertensiva”, qualificado o falecido como lavrador, com 54 anos de idade, casado com a autora (fls. 26).

VI - O INSS trouxe aos autos extratos do sistema Dataprev, verificando-se, em nome da autora, recolhimentos previdenciários efetuados entre 06.2004 e 03.2009, na qualidade de contribuinte/empregada doméstica (fls. 42/43). Quanto ao *de cuius*, constam recolhimentos como contribuinte empresário, vertidos de 12.1990 a 01.1991 (fls. 46/47), e dados referentes à empresa “Pedro Justino Machado ME”, de natureza

jurídica de empresa individual, ramo comércio/indústria, cujas atividades iniciaram-se em 06.1989, sendo o “último INSS” referente a 01.1991 (fls. 52/53). Posteriormente, foi apresentado extrato do sistema CNIS da Previdência Social em nome do marido da autora, relacionando vínculos mantidos de maneira descontínua entre 21.07.1976 e 06.09.1996 (fls. 81).

VII - A Autarquia apresentou, ainda, documentos extraídos do processo administrativo referente a um requerimento de benefício assistencial formulado pelo *de cuius*, destacando-se um comprovante de requerimento com data 12.03.1998, ocasião em que ele declarou estado civil de separado (fls. 56) e situação ocupacional “desempregado” (fls. 57) e uma declaração assinada pelo falecido em 11.11.1998, afirmando estar separado de fato da autora há mais de oito anos. (fls. 59). O pedido foi indeferido (fls. 64).

VIII - Em depoimento (fls. 89), a autora afirmou que nunca se separou do marido e continuava junto a ele por ocasião do óbito.

IX - Foram ouvidas duas testemunhas (fls. 90/91), que confirmaram a união do casal até o óbito e atestaram o trabalho rural do falecido.

X - A autora comprova ser esposa do falecido por meio de sua certidão de casamento. Assim, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

XI - Observe-se que não foi comprovada pela Autarquia a separação de fato do casal no momento do óbito. Na certidão de casamento, atualizada após o óbito, não há averbação a esse respeito. Na certidão de óbito, na qual consta como declarante pessoa de mesmo sobrenome do falecido, consta que ele continuava casado com a requerente. As testemunhas afirmaram que o casal continuava junto quando o *de cuius* faleceu. Assim, considerando que não há como conhecer as circunstâncias em que foi prestada e assinada a declaração digitada de fls. 59, não há elementos suficientes para desconsiderar a condição de casados.

XII - De outro lado, incumbe verificar se, por ter falecido após aproximadamente 1 (um) ano e 11 (onze) meses da cessação do seu último vínculo empregatício, o falecido teria perdido a qualidade de segurado.

XIII - O artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91, estabelece o “período de graça” de 12 (doze) meses, após a cessação das contribuições, em que o segurado mantém a qualidade de segurado. Aplica-se, ainda, o disposto no § 2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, estendendo o prazo para mais 12 (doze) meses para o segurado desempregado.

XIV - Note-se que a ausência de registro no “órgão próprio” não constitui óbice ao reconhecimento da manutenção da qualidade de segurado, tendo em vista a comprovação da referida situação nos autos.

XV - Dessa forma, não há que se falar em perda da qualidade de segurado pelo *de cuius*.

XVI - Comprovado que o falecido possuía a qualidade de segurado no momento da sua morte, o conjunto probatório contém elementos que induzem à convicção de que a autora está no rol dos beneficiários descritos na legislação.

XVII - A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

XVIII - Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês.

XIX - A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - *F* da Lei nº 9.494/97.

XX - Por fim, cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461 do C.P.C., é possível a antecipação de tutela.

XXI - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao C.P.C. ou aos princípios do direito.

XXII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

XXIII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

XXIV- Agravo improvido.

## **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 03 de fevereiro de 2014.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): O INSS interpõe agravo legal da decisão proferida a fls. 133/135, que, nos termos do art. 557, do CPC, negou seguimento ao apelo da Autarquia, mantendo a concessão de pensão pela morte do marido.

Alega, em síntese, que a decisão merece reforma, tendo em vista que o falecido não mais ostentava a qualidade de segurado na data do óbito. Sustenta que não houve comprovação de situação de desemprego, conforme exigido em lei. Pede seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Não procede a insurgência da parte agravante, porque foram preenchidos os requisitos para a concessão da pensão por morte.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

O pedido inicial é de concessão de pensão por morte, uma vez que a autora era dependente de seu falecido marido que, ao tempo do óbito (10.08.1998), possuía a condição de segurado. Segundo a autora, o marido exerceu atividades rurais ao longo de toda a vida.

A Autarquia Federal foi citada em 19.05.2009 (fls. 33).

A r. sentença de fls. 93/95, proferida em 29.03.2010, julgou procedente o pedido inicial e condenou o Instituto Nacional do Seguro Social a pagar a Rute Fagundes Custódio Machado a partir da citação (19.05.2009) o benefício de pensão por morte de Pedro Justino Machado, no valor de um salário mínimo mensal, nos termos dos artigos 74 da Lei nº 8.213/91, devidamente corrigidos desde os respectivos vencimentos e com juros legais a partir da citação. Por força da sucumbência, arcará o requerido com o pagamento das custas e despesas processuais atualizadas desde o desembolso, bem como honorários advocatícios, arbitrados em dez por cento sobre o valor atualizado da condenação, não incidentes sobre as prestações vincendas (Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça).

Inconformada, apela a Autarquia, sustentando, em síntese, que, diante do lapso temporal decorrido entre a cessação do último vínculo empregatício e o óbito, o falecido não mais ostentava a qualidade de segurado naquele momento.

Regularmente processados, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Com fundamento no art. 557 do CPC e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:

O benefício de pensão por morte encontra-se disciplinado pelos arts. 74 a 79 da Lei nº 8.213/91 e é devido ao conjunto de dependentes do segurado que falecer ou tiver morte presumida declarada.

O seu termo inicial, na redação original do preceito do art. 74, não continha exceções, sendo computado da data do óbito, ou da declaração judicial, no caso de ausência.

A Lei nº 9.528 de 10/12/97 introduziu alterações nessa regra, estabelecendo que o deferimento contar-se-á do óbito, quando o benefício for requerido, até trinta dias desse; do pedido, quando requerido, após esse prazo e da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Por sua vez, o artigo 16, da Lei nº 8213/91 relaciona os dependentes do segurado, indicando no inciso I: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido. No II - os pais; e no III - o irmão, não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Na redação original, revogada pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, ainda contemplava, a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida. Frisa no parágrafo 4º que a “dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e, das demais, deve ser comprovada”.

As regras subsequentes ao referido art. 74 dizem respeito ao percentual do benefício, possibilidade de convivência entre pensionistas, casos de extinção da pensão e condições de sua concessão, quando se tratar de morte presumida.

Dessas normas, a que se submeteu às modificações de maior relevância, desde a vigência do Plano de Benefícios, foi a relativa ao valor da pensão, que passou a 100% do valor da aposentadoria que recebia o segurado, ou da por invalidez a que tivesse direito, na data do falecimento (redação dada pela Lei nº 9.528 de 10/12/97).

É hoje prestação que independe de carência - de um número mínimo de contribuições por parte do segurado -, segundo o disposto no art. 26 da lei nº 8.213/91 que, com isso, trouxe uma novidade ao sistema anterior, da antiga CLPS, que não a dispensava (art. 18).

Aliás, na legislação revogada - a antiga CLPS - vinha expressa no art 47, devida aos dependentes descritos no art. 10, em percentual a partir de 50%.

Destaque-se, por oportuno, que é vedada a concessão da pensão aos dependentes do segurado, que perder essa qualidade, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.213/91, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Essas condições, com pequenas modificações, vêm se repetindo desde a antiga CLPS.

Bem, na hipótese dos autos, a inicial é instruída com documentos, dentre os quais destaco: certidão de casamento da autora com o falecido, qualificado como lavrador, em 28.02.1978 (fls. 18); CTPS do *de cuius*, com anotações de vínculos empregatícios mantidos em períodos descontínuos compreendidos entre 25.11.1975 e 06.09.1996 (fls. 19/25); certidão de óbito do *de cuius*, ocorrido em 10.08.1998, sendo causas da morte “a) parada cardio-respiratória; b) cardiopatia hipertensiva”, qualificado o falecido como lavrador, com 54 anos de idade, casado com a autora (fls. 26).

O INSS trouxe aos autos extratos do sistema Dataprev, verificando-se, em nome da autora, recolhimentos previdenciários efetuados entre 06.2004 e 03.2009, na qualidade de contribuinte/empregada doméstica (fls. 42/43). Quanto ao *de cuius*, constam recolhimentos como contribuinte empresário, vertidos de 12.1990 a 01.1991 (fls. 46/47), e dados referentes à empresa “Pedro Justino Machado ME”, de natureza jurídica de empresa individual, ramo comércio/indústria, cujas atividades iniciaram-se em 06.1989, sendo o “último INSS” referente a 01.1991 (fls. 52/53). Posteriormente, foi apresentado extrato do sistema CNIS da Previdência Social em nome do marido da autora, relacionando vínculos mantidos de maneira descontínua entre 21.07.1976 e 06.09.1996 (fls. 81).

A Autarquia apresentou, ainda, documentos extraídos do processo administrativo referente a um requerimento de benefício assistencial formulado pelo *de cuius*, destacando-se um comprovante de requerimento com data 12.03.1998, ocasião em que ele declarou estado civil de separado (fls. 56) e situação ocupacional “desempregado” (fls. 57) e uma declaração assinada pelo falecido em 11.11.1998, afirmando estar separado de fato da autora há mais de oito anos. (fls. 59). O pedido foi indeferido (fls. 64).

Em depoimento (fls. 89), a autora afirmou que nunca se separou do marido e continuava junto a ele por ocasião do óbito.

Foram ouvidas duas testemunhas (fls. 90/91), que confirmaram a união do casal até o óbito e atestaram o trabalho rural do falecido.

A autora comprova ser esposa do falecido por meio de sua certidão de casamento. Assim, dispensável a prova da dependência econômica, que é presumida.

Observe-se que não foi comprovada pela Autarquia a separação de fato do casal no momento do óbito. Na certidão de casamento, atualizada após o óbito, não há averbação a esse respeito. Na certidão de óbito, na qual consta como declarante pessoa de mesmo sobrenome do falecido, consta que ele continuava casado com a requerente. As testemunhas afirmaram que o casal continuava junto quando o *de cuius* faleceu. Assim, considerando que não há como conhecer as circunstâncias em que foi prestada e assinada a declaração digitada de fls. 59, não há elementos suficientes para desconsiderar a condição de casados.

De outro lado, incumbe verificar se, por ter falecido após aproximadamente 1 (um) ano e 11 (onze) meses da cessação do seu último vínculo empregatício, o falecido teria perdido a qualidade de segurado.

O artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91, estabelece o “período de graça” de 12 (doze) meses, após a cessação das contribuições, em que o segurado mantém a qualidade de segurado. Aplica-se, ainda, o disposto no § 2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, estendendo o prazo para mais 12 (doze) meses para o segurado desempregado.

Note-se que a ausência de registro no “órgão próprio” não constitui óbice ao reconhecimento da manutenção da qualidade de segurado, tendo em vista a comprovação da referida situação nos autos.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - CÔNJUGE - DEMONSTRADA A QUALIDADE DE SEGURADO DO *DE CUJUS* - DESEMPREGADO - ARTIGO 15, § 2º DA LEI N° 8.213/91 - PERÍODO DE GRAÇA - TERMO INICIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Aplica-se ao caso o disposto no parágrafo 2º do artigo 15 da Lei nº 8.213/91, observando-se que não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir em virtude de desemprego, liberando o segurado de registrar junto ao órgão do Ministério do Trabalho e da Previdência Social - para demonstrar essa situação.

2. (...)

8. Remessa Oficial parcialmente provida.

9. Apelação parcialmente provida."

(TRF 3ª REGIÃO; AC: 658032 - SP (200103990016707); Data da decisão: 27/06/2005; Relator: JUIZA EVA REGINA).

Dessa forma, não há que se falar em perda da qualidade de segurado pelo *de cuius*.

Ora, comprovado que o falecido possuía a qualidade de segurado no momento da sua morte, o conjunto probatório contém elementos que induzem à convicção de que a autora está no rol dos beneficiários descritos na legislação.

A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês.

A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - *F* da Lei nº 9.494/97.

Por fim, cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461 do C.P.C., de ofício, concedo a antecipação da tutela, para imediata implantação do benefício.

Cumpre ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao C.P.C. ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, incorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 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 julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data: 16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for possível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Neste sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

**PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.**

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. 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.

6. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

7. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada

em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0001624-15.2011.4.03.6100**  
**(2011.61.00.001624-9)**

Apelante: MARIA HELOISA SANTANA

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4<sup>a</sup> VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AMS 338409

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. PLANO DE DESLIGAMENTO INCENTIVADO. INICIATIVA UNILATERAL DO EMPREGADOR. DEMISSÃO INVOLUNTÁRIA. BENEFÍCIO DEVIDO.

I. Os documentos nas fls. 23/27 dos autos demonstram que a instituição do Plano de Desligamento Incentivado - PDI, foi elaborado em sede de acordo coletivo de trabalho, entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de São Paulo e empresas de telecomunicação, com a finalidade de amparar os funcionários dispensados sem justa causa, não descaracterizando a iniciativa unilateral da empresa na demissão dos funcionários contemplados pelo acordo.

II. Inclusive, a cláusula quarta, parágrafo único, do referido acordo esclarece “que o PDI - ABRIL 2008 constitui uma ‘dispensa imotivada’ decorrente de interesses da empregadora Telesp”, comprometendo-se as empregadoras no fornecimento de guias para saque de seguro-desemprego (fl. 25).

III. Ademais, consoante a carta de comunicação de dispensa, acostada aos autos na fl. 13, verifica-se que a inclusão da parte impetrante ao Plano de Desligamento Incentivado se deu por iniciativa exclusiva da empresa, restando, assim, efetivamente caracterizada a demissão involuntária.

IV. No mais, no termo de rescisão do contrato de trabalho consta como causa de afastamento a “dispensa sem justa causa” (fl. 14).

V. Portanto, tendo em vista o princípio da primazia da realidade que rege a legislação trabalhista, deve-se atentar ao que se sucede no plano fático, prevalecendo sobre a aparência formal do ato, tornando inaplicável, no presente caso, o art. 6º da Resolução nº 467/2005 do CODEFAT, por não configurar a PDI - Abril 2008 como plano de demissão voluntária.

VI. Apelação provida.

**ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2014.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança objetivando prestação jurisdicional que determine a liberação das parcelas de seguro-desemprego.

Sobrevinda a sentença, o MD. Juízo *a quo* houve por bem julgar improcedente o pedido, denegando a segurança. Isenção de custas processuais na forma da lei.

Inconformada, apela a parte impetrante, argumentando que não aderiu voluntariamente ao Plano de Desligamento Incentivado, tratando-se de demissão sem justa causa, de modo que faz jus ao benefício de seguro-desemprego.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

Em seu parecer, opina o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (fls. 182/184).

*É o relatório.*

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão do impetrante impõe aqui a análise do mérito.

No caso dos autos, verifico que a controvérsia se refere à impossibilidade de concessão de seguro-desemprego na hipótese de demissão voluntária.

Alega a parte impetrante que trabalhou na empresa Telecomunicações de São Paulo S/A - Telesp, no período de 28-03-1996 a 14-04-2008, tendo sido dispensada sem justa causa (fls. 13/15 e 23/27).

Defende que, não obstante a dispensa ter ocorrido por meio do Plano de Desligamento Incentivado da empresa, não restou des caracterizada a natureza involuntária do ato, uma vez que realizado de forma unilateral pelo empregador (fl. 14), de modo que faz jus ao recebimento das parcelas de seguro-desemprego.

A União, por sua vez, argumenta a impossibilidade de concessão do benefício tendo em vista a vedação expressa prevista no art. 6º, da Resolução nº 467/2005 do CODEFAT, no sentido de que “A adesão a Planos de Demissão Voluntária ou similar não dará direito ao benefício, por não caracterizar demissão involuntária”.

Em que pese a argumentação da União, assiste razão à parte impetrante.

Os documentos nas fls. 23/27 dos autos demonstram que a instituição do Plano de Desligamento Incentivado - PDI, foi elaborado em sede de acordo coletivo de trabalho, entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de São Paulo e empresas de telecomunicação, com a finalidade de amparar os funcionários dispensados sem justa causa, não descharacterizando a iniciativa unilateral da empresa na demissão dos funcionários contemplados pelo acordo.

Inclusive, a cláusula quarta, parágrafo único, do referido acordo esclarece “que o PDI - ABRIL 2008 constitui uma ‘dispensa imotivada’ decorrente de interesses da empregadora Telesp”, comprometendo-se as empregadoras no fornecimento de guias para saque de seguro-desemprego (fl. 25).

Ademais, consoante a carta de comunicação de dispensa, acostada aos autos na fl. 13, verifica-se que a inclusão da parte impetrante ao Plano de Desligamento Incentivado se deu por iniciativa exclusiva da empresa, restando, assim, efetivamente caracterizada a demissão involuntária.

No mais, no termo de rescisão do contrato de trabalho consta como causa de afastamento a “dispensa sem justa causa” (fl. 14).

Portanto, tendo em vista o princípio da primazia da realidade que rege a legislação trabalhista, deve-se atentar ao que se sucede no plano fático, prevalecendo sobre a aparência formal do ato, tornando inaplicável, no presente caso, o art. 6º da Resolução nº 467/2005 do CODEFAT, por não configurar a PDI - Abril 2008 como plano de demissão voluntária.

Neste sentido, já se manifestou esta E. Corte:

**AGRADO LEGAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. SEGURO-DESEMPREGO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DO EMPREGADO. DEMISSÃO INVOLUNTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO.**

- 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 Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- 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.

- O acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado estabeleceu o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação volitiva do empregado, o que caracteriza típica demissão involuntária do empregado.

- Requisitos legais para a concessão do seguro-desemprego preenchidos.

- Decisão recorrida mantida.

- Agravo desprovido.

(AC 0001864-28.2007.4.03.6105/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, Sétima Turma, DJ 14/01/2013)

**AGRADO LEGAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. SEGURO-DESEMPREGO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DO EMPREGADO. DEMISSÃO INVOLUNTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO.**

I. Em agravo, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

II. O acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado estabeleceu o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação volitiva do empregado, o que caracteriza típica demissão involuntária do empregado.

III. Requisitos legais para a concessão do seguro-desemprego preenchidos.

IV- Agravo improvido.

(AC 0009606-70.2008.4.03.6105/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, Nona Turma, DJ 27/09/2010)

Sendo assim, a parte impetrante faz jus à concessão da segurança.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação da parte impetrante*, para determinar à autoridade impetrada a imediata liberação das parcelas de seguro-desemprego a que faz jus a parte impetrante.

*É como voto.*

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**

**0024699-26.2011.4.03.9999**

**(2011.03.99.024699-8)**

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 123/127

Interessado: AGOSTINHO GOMES DE FREITAS (= ou > de 60 anos)

Origem: JUÍZO FEDERAL 3<sup>a</sup> VARA DE SÃO VICENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: ApelReex 1648167

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/02/2014

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.

- O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (I) houver obscuridade ou contradição; ou (II) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.
- No caso em exame, verificada omissão a ser suprida conforme apontado pelo embargante, o que impõe nova análise dos autos quanto à ocorrência da decadência do direito à revisão do benefício previdenciário concedido antes da vigência da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997.
- Após repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº626489/SE, o Pretório Excelso decidiu, em 16/10/2013, que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu.
- Provisto o Recurso Extraordinário para estabelecer que o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício, dispensando maiores discussões acerca do tema.
- Verificada, no caso em análise, a ocorrência de decadência do direito à revisão, considerado o lapso temporal entre a data de sua concessão e o ajuizamento da ação.
- Embargos de Declaração acolhidos para sanar a omissão, com atribuição de efeitos infringentes para reconsiderar a decisão anteriormente julgada e, em novo julgamento, dar provimento à apelação do INSS e ao reexame necessário para julgar improcedente o pedido inicial.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, *acolher os embargos de declaração* para sanar a omissão no acórdão e, emprestando-lhe efeitos infringentes, dar provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS para julgar improcedente o pedido inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de acórdão que, por maioria, negou provimento ao seu agravo legal e manteve a decisão, que com fulcro no art. 557 do CPC, negou seguimento à sua apelação, assegurando ao demandante o direito à revisão de seu benefício previdenciário para a inclusão das gratificações natalinas no cálculo do salário do benefício.

Sustenta o embargante, em preliminar, a ocorrência de repercussão geral proferida nos autos do RE 626.489/SE, e pugna pela reanálise do decidido à luz do recente entendimento do STF. Aduz ainda, a omissão pela não juntada do voto vencido e reitera seus argumentos quanto à improcedência do pedido inicial. Prequestiona a matéria.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos sob a alegação de omissão no acórdão proferido pela 9ª Turma deste E. Tribunal, em que a parte embargante, alega, em preliminar, a ocorrência da decadência do direito do demandante em obter à revisão de seu benefício previdenciário.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento” (EARESP nº 299.187-MS, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.6.2002, D.J.U. de 16.9.2002, Seção 1, p. 145).

O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, (I) houver obscuridade ou contradição; ou (II) for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 685/6), obscuridade é “a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença”; contradição é “a colisão de dois pensamentos que se repelem”; e omissão é “a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc.”

No caso em análise, observo que o acórdão embargado, por maioria, manteve a decisão monocrática que negou seguimento à apelação do INSS e manteve a sentença que julgou procedente o pedido para assegurar à parte autora o direito à revisão de seu benefício previdenciário visando a inclusão das gratificações natalinas no cálculo respectivo.

Requer a embargante, a atribuição de efeitos infringentes a fim de que seja sanada omissão com a aplicação, ao caso em tela, do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à decadência do direito à revisão pleiteada nestes autos.

Assiste razão ao embargante, razão pelo qual acolho os presentes embargos, emprestando-

lhes efeitos infringentes, para reconsiderar a decisão que em 14/05/2012 julgou o agravo da Autarquia (fls. 123/127).

**Passo às considerações quanto à preliminar.**

A respeito da decadência do direito em revisar os benefícios previdenciários, assim dispôs o art. 103 da Lei 8.213/91, alterado pela MP 1.523-9/1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/97:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Assim, a contagem do prazo decadencial para os benefícios concedidos depois de 28.06.1997 inicia no primeiro dia do mês seguinte ao recebimento da primeira prestação e, tendo em vista a impossibilidade de eficácia retroativa desse dispositivo legal, por regular instituto de direito material, o termo inicial da decadência dos benefícios anteriormente concedidos deve ser a data da entrada em vigor da norma que o estipulou, conforme recente julgado do Superior Tribunal de Justiça a seguir transscrito:

**PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.**

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1303988/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 21/03/2012)

Contudo, recentemente, em sede de repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº626489/SE, o Pretório Excelso decidiu, em 16/10/2013, que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu.

Por unanimidade, o Plenário deu provimento ao Recurso Extraordinário supracitado, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para reformar acórdão de Turma

Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que entendeu inaplicável o prazo decadencial para benefícios anteriores à vigência da MP. A decisão estabeleceu também que, no caso, o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício, dispensando maiores discussões acerca do tema.

*In casu*, considerando, então, a data de deferimento do benefício em 25/11/1992 e a data do ajuizamento desta ação (30/04/2008), e ainda, que não há nos autos comprovação de que foi feito requerimento administrativo da revisão ora requerida, antes de ultrapassado o prazo decadencial, transcorreu o prazo decadencial a que se refere à Medida Provisória 1.523-9/1997.

Posto isso, acolho os embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 123/126, para sanar a omissão apontada, e lhe atribuo efeitos infringentes para dar provimento ao re-exame necessário e à apelação do INSS julgando improcedente o pedido inicial.

Por fim, fica a autora desonerada do pagamento de custas e honorários, eis que beneficiária da Justiça Gratuita.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

**APELAÇÃO CÍVEL**  
**0001065-43.2012.4.03.6126**  
**(2012.61.26.001065-3)**

Apelante: JULIO PEREIRA DE ALMEIDA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: AC 1796287

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. RE-NÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA INOCORRENTE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. ADOTADAS AS RAZÕES DECLINADAS NA DECISÃO AGRAVADA. RECURSOS IMPROVIDOS.

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 do poder.

2 - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

3 - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício.

4 - Não há que se falar em decadência, pois a desaposentação não se trata de revisão de ato de concessão do benefício; refere-se a fatos novos, quais sejam, as novas contribuições vertidas ao sistema.

5 - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

6 - No que concerne à necessidade de restituição dos valores recebidos para que o tempo possa ser reutilizado na concessão de nova aposentadoria, tenho adotado o entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

7 - Agravos da parte autora e do INSS não providos.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento aos agravos da parte autora e do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator): Trata-se de Agravos Legais, com previsão no art. 557, § 1º, do CPC, interposto pelo INSS, objetivando a reforma da r. decisão proferida nos autos da ação previdenciária em que o segurado pleiteia a “desaposentação”, ou seja, o cancelamento de sua atual aposentadoria por tempo de contribuição e a concessão de nova aposentadoria integral por tempo de contribuição.

A decisão impugnada deu provimento ao apelo da parte autora.

Inconformada, agrava a autarquia sustentando a constitucionalidade da “desaposentação”, com a consequente improcedência da ação.

O autor, por sua vez, requer a majoração dos honorários advocatícios e o afastamento da incidência da Lei 11.960/09 sobre os juros moratórios.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator): As razões expostas pelos agravantes em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, reafirmo que é aplicável no presente caso o disposto no art. 557 do CPC, vez que inexiste qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

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 caso 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, 3<sup>a</sup> Turma, DJ 05.06.2006;

AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2<sup>a</sup> Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1<sup>a</sup> Turma, DJ 24.04.2006 e; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1<sup>a</sup> 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. Inexiste 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- 1<sup>a</sup> 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 arresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido.

(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3<sup>a</sup> TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230)

No mais, consoante constou da r. decisão agravada, não há que se falar em decadência, pois a desaposentação não se trata de revisão de ato de concessão do benefício; refere-se a fatos novos, quais sejam, as novas contribuições vertidas ao sistema, de sorte que há nova situação jurídica e não inércia do titular do direito e manutenção de uma mesma situação fática - pressupostos da decadência. Resta, pois, inaplicável o art. 103 da Lei nº 8.213/91.

A E. 3<sup>a</sup> Seção desta Corte, assim se posicionou:

**PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. “DESAPOSENTAÇÃO”. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ALEGADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE.**

I. Conheço dos embargos de declaração, vez que o Tribunal deve apreciar matéria de ordem

pública, como o caso de decadência, ainda que tenha sido suscitada pela parte interessada somente em sede de embargos declaratórios, consoante orientação firmada no E. STJ.

II. Na espécie, a parte autora pleiteia a “desaposentação” e o cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação. Cuida-se de pedido de desfazimento de ato em razão de circunstâncias motivadoras não preexistentes, uma vez que pretende a parte autora a renúncia da aposentadoria que vem recebendo cumulada com o requerimento de outra mais favorável.

III. Não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

IV. Não há que se falar em decadência no caso de “desaposentação”.

V. Embargos de declaração acolhidos para aclarar o v. acórdão quanto à não ocorrência de decadência na espécie.

(EI 0011986-55.2010.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Rel. p/Acórdão JUIZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, TERCEIRA SEÇÃO, j. 09.05.2013, DJe 20.05.2013)

O C. STJ, no julgamento do REsp 1.334.488/SC firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento, conforme acórdão assim ementado:

**RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E RE-APOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.**

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilamento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao resarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1334488/SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013)

Portanto, na esteira do decidido no REsp nº 1.334.488/SC, é de ser reconhecido o direito da parte autora à desaposentação, declarando-se a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada, condenando a autarquia à concessão de nova aposentadoria a contar

da citação ou, caso houver, do requerimento administrativo, compensando-se o benefício em manutenção, e ao pagamento das diferenças de juros de mora a partir da citação.

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 11.960/2009, a partir da sua vigência (STJ, REsp nº 1.205.946/SP). Os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF-AI-AgR nº 713.551/PR; STJ-REsp 1.143.677/RS).

A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações vencidas até a data da r. sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. STJ, no percentual em 10% (dez por cento), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Assim, a r. decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento aos agravos da parte autora e do INSS.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL**  
**0007558-65.2013.4.03.6105**  
**(2013.61.05.007558-1)**

Agravantes: MARISILIA APARECIDA RAVAGNANI E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 106/109

Apelante: MARISILIA APARECIDA RAVAGNANI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: AC 1920518

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/02/2014

**EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. FATOR PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA ESTRANHA AO FEITO. AGRAVO DO INSS DESPROVIDO. AGRAVO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

- Embargos de declaração da parte autora 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.
- 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 ou dos Tribunais Superiores.
- Não há que se falar em decadência no caso de desaposentação, uma vez que não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91. Precedente desta Corte.
- O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubilamento.
- Na esteira do quanto decidido no REsp 1.334.488/SC, é de ser reconhecido o direito da parte autora à desaposentação, declarando-se a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada, condenando a autarquia à concessão de nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção, e ao pagamento das diferenças de juros de mora a partir da citação.
- Não se conhece da parte relativa ao fator previdenciário, por tratar-se de matéria estranha ao objeto do presente feito.
- 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.

- Ante a demonstração do requerimento administrativo, o termo inicial do novo benefício deverá ser fixado em 29.06.2010.
- Agravo do INSS desprovido. Agravo da parte autora provido.

## **ACÓRDÃO**

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

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de agravos interpostos por MARISILIA APARECIDA RAVAGNANI e pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática de fls. 106/109 que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação da parte autora, em ação previdenciária de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso.

Sustenta a parte autora a reforma parcial da decisão agravada para que seja fixado o termo inicial do novo benefício de aposentadoria na data do requerimento administrativo em 29.06.2010, bem como para condenar a autarquia no pagamento das diferenças das parcelas vencidas desde 29.06.2010. Requer a reconsideração parcial da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sustenta o INSS, em síntese, a ocorrência da decadência nos termos do art. 103 da Lei 8.213/91. Alega a constitucionalidade e imperatividade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria, bem como a impossibilidade da renúncia pretendida em ofensa ao ato jurídico perfeito. Assevera a incidência do fator previdenciário no novo benefício previdenciário. Aduz, por fim, violação ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, bem como a necessidade de devolução dos valores já recebidos administrativamente. Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

## **VOTO**

### **EMENTA**

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

**DEVO LUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. FATOR PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA ESTRANHA AO FEITO. AGRAVO DO INSS DESPROVIDO. AGRAVO DA PARTE AUTORA PROVIDO.**

- Embargos de declaração da parte autora 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.
- 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 ou dos Tribunais Superiores.
- Não há que se falar em decadência no caso de desaposentação, uma vez que não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91. Precedente desta Corte.
- O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubilamento.
- Na esteira do quanto decidido no REsp 1.334.488/SC, é de ser reconhecido o direito da parte autora à desaposentação, declarando-se a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada, condenando a autarquia à concessão de nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção, e ao pagamento das diferenças de juros de mora a partir da citação.
- Não se conhece da parte relativa ao fator previdenciário, por tratar-se de matéria estranha ao objeto do presente feito.
- 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.
- Ante a demonstração do requerimento administrativo, o termo inicial do novo benefício deverá ser fixado em 29.06.2010.
- Agravo do INSS desprovido. Agravo da parte autora provido.

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Inicialmente, em que pese a impropriedade do meio processual utilizado pela parte autora, recebo os embargos de declaração 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.

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 ou dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARISILIA APARECIDA RAVAGNANI, em face da r. sentença proferida em ação previdenciária de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Sem condenação em honorários advocatícios, em face da ausência de contrariedade. Sem custas, ante a concessão da justiça gratuita.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, a constitucionalidade do instituto da desaposentação, inexistindo qualquer vedação legal à opção do segurado em renunciar ao benefício de origem, com intuito de obtenção de benefício mais vantajoso. Alega a desnecessidade de devolução de valores percebidos, ante o caráter alimentar dos benefícios previdenciários. Requer o provimento do apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões.

É o relatório.

*Decido.*

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Pretende a parte autora a renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição com DIB 18.03.1997 (fls. 17), e a concessão de posterior benefício da mesma natureza, mediante cômputo das contribuições realizadas após o primeiro jubilamento.

De início, não há que se falar em decadência no caso de desaposentação, uma vez que não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

Nesse sentido, precedente da E. Terceira Seção desta Corte, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ‘DESAPOSENTAÇÃO’. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ALEGADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE.”

I. Conheço dos embargos de declaração, vez que o Tribunal deve apreciar matéria de ordem pública, como o caso de decadência, ainda que tenha sido suscitada pela parte interessada somente em sede de embargos declaratórios, consoante orientação firmada no E. STJ.

II. Na espécie, a parte autora pleiteia a ‘desaposentação’ e o cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação. Cuida-se de pedido de desfazimento de ato em razão de circunstâncias motivadoras não preexistentes, uma vez que pretende a parte autora a renúncia da aposentadoria que vem recebendo cumulada com o requerimento de outra mais favorável.

III. Não se trata de revisão de ato de concessão do benefício, ou mesmo de seu valor, sendo, pois, indevida a extensão do disposto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

IV. Não há que se falar em decadência no caso de ‘desaposentação’.

V. Embargos de declaração acolhidos para aclarar o v. acórdão quanto à não ocorrência de decadência na espécie.”

(EI 0011986-55.2010.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Rel. p/Acórdão JUIZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, TERCEIRA SEÇÃO, j. 09.05.2013, DJe 20.05.2013)

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubilamento, consoante acórdão assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E RE-APOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE”.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis

de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubileamento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.  
5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao resarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ".

(REsp 1334488/SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013)

Seguindo a orientação adotada pela Corte Superior, precedentes deste Tribunal Regional: "DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE".

1. Remessa oficial conhecida, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.  
2. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compelí-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

3. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

4. O termo inicial do novo benefício a ser implantado é a data da citação, a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil.

5. 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 julgamento 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).

6. Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) do valor atualizado das prestações vencidas até a data em que foi proferida a sentença objeto do recurso, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

7. O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, devendo reembolsar, quando vencido, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora devidamente comprovadas nos autos.

8. Remessa oficial parcialmente provida."

(AC 0011611-83.2009.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, 10ª T., j. 16.07.2013, DJe 24.07.2013)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não há julgamento *extra petita* quando o acórdão, aplicando o direito à espécie, decide a matéria dentro dos limites propostos pelas partes.

2. Entendo que a falta de previsão legal para o desfazimento do ato de aposentação impede que a Autarquia Previdenciária, subordinada ao regime jurídico de direito público, desfaça referido ato. Reconheço, todavia, que este posicionamento é minoritário, e que as duas Turmas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com competência para decidir questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são favoráveis à possibilidade de o aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria.

3. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006.

4. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na 10<sup>a</sup> E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.

5. A compreensão desta Décima Turma, em conformidade com a orientação firmada pela PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1334488/SC, em 08/05/2013, publicado em 14/05/2013, de Relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ, é no sentido de que o desfazimento (renúncia) da aposentadoria, com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição, com vistas à concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois enquanto esteve aposentado o segurado fez jus aos seus proventos.

6. Quanto à verba honorária fixada em 10% é certo que incide sobre o valor atualizado da causa, desde a data do ajuizamento da ação, conforme o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal.

7. Preliminar e embargos de declaração opostos pelo INSS rejeitados. Embargos de declaração opostos pelo autor acolhidos.”

(AC 0001699-14.2002.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, 10<sup>a</sup> T., j. 18.06.2013, DJe 26.06.2013)

**“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. CUSTAS. ISENÇÃO.**

I - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

II - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício.

III - Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita.

IV - Esta 10<sup>a</sup> Turma consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

V - A desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema prote-

tivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

VI - A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

VII - Apelação da parte autora parcialmente provida."

(AC 0011332-61.2013.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, 10ª T., 18.06.2013, DJe 26.06.2013)

Assim, na esteira do quanto decidido no REsp 1.334.488/SC, é de ser reconhecido o direito da parte autora à desaposentação, declarando-se a desnecessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada, condenando a autarquia à concessão de nova aposentadoria a contar do ajuizamento da ação, compensando-se o benefício em manutenção, e ao pagamento das diferenças de juros de mora a partir da citação.

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 11.960/2009, a partir da sua vigência (STJ, REsp nº 1.205.946/SP). Os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV (STF - AI-AgR nº 713.551/PR; STJ - Resp 1.143.677/RS). No que se refere à verba honorária, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (v.g. EDcl no REsp nº 984.287/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 24.11.2009, DJe 14.12.2009).

Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/96) e da justiça gratuita deferida.

Indefiro o pedido de antecipação de tutela, ante a ausência de fundado receio de dano irreparável e de perigo de demora, haja vista que a parte autora está recebendo mensalmente seu benefício.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

Outrossim, não se conhece da parte relativa ao fator previdenciário, por tratar-se de matéria estranha ao objeto do presente feito.

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.

Ante a demonstração do requerimento administrativo (fls. 15/34), o termo inicial do novo benefício deverá ser fixado em 29.06.2010, sendo devidas as diferenças das parcelas vencidas a partir desta data.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo do INSS e dou provimento ao agravo da parte autora para fixar o termo inicial do novo benefício na data do requerimento administrativo, com o pagamento das diferenças das parcelas vencidas a partir de 29.06.2010, mantendo no mais a decisão recorrida.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora



# **Direito Processual Civil**





**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**  
**0027379-71.2012.4.03.0000**  
**(2012.03.00.027379-0)**

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR - TERCEIRA TURMA  
Suscitada: PRIMEIRA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

Parte Autora: MINAS ZINCO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO

Classe do Processo: CC 14681

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2014

**DECISÃO**

*Vistos, etc.*

I- Suscitou o I. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, então integrante da E. 1<sup>a</sup> Seção desta Corte Regional, Conflito Negativo de Competência em face do I. Desembargador Federal Nery Junior, integrante da E. 2<sup>a</sup> Seção desta Corte, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por MINAS ZINCO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA. em face da UNIÃO, objetivando, em síntese, “compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência de domínio útil, inscrevendo a impetrante como foreira responsável pelo imóvel descrito na inicial” (fls. 8).

Sustentou o I. Suscitante a competência da 2<sup>a</sup> Seção deste Tribunal para julgamento da matéria de Direito Público.

II- Passo à análise do feito.

Quanto ao aspecto competencial, determina o Regimento Interno desta E. Corte Recursal:

Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 1º - À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:

I - à matéria penal;

II - às contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social, ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

III - à matéria de direito privado, dentre outras:

a) domínio e posse;

b) locação de imóveis;

c) família e sucessões;

d) direitos reais sobre a coisa alheia;

e) constituição, dissolução e liquidação de sociedades;

IV - à matéria trabalhista de competência residual;

V - à propriedade industrial;

VI - aos registros públicos;

VII - aos servidores civis e militares;

VIII - às desapropriações e aposseamentos administrativos.

§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:

- I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;
  - II - licitações;
  - III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;
  - IV - ensino superior;
  - V - inscrição e exercício profissional;
  - VI - tributos em geral e preços públicos;
  - VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção.
- § 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção.

Depreende-se da normação posta que a competência das Seções desta Corte Regional é determinada em função da matéria e da natureza da relação jurídica travada.

Analisado o processado e ressalvado meu entendimento pessoal, dou à espécie a orientação sedimentada no âmbito do C. Órgão Especial, competente a 1ª Seção para julgamento da matéria:

**CIVIL E PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - TAXA DE OCUPAÇÃO - NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA - COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.** 1. A competência para processar e julgar ação referente ao direito real sobre coisa alheia é da 1ª Seção, nos termos do art. 10, § 1º, III, d, do Regimento Interno, o que inclui as ações em que se discute a enfiteuse ou o laudêmio, conforme decidido no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. Conflito negativo de competência procedente. Competência da Primeira Turma declarada. (CC 00308680919994036100, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2011 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

**PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE POSICIONAMENTO FIRMADO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. EXECUÇÃO FISCAL. LAUDÊMIO. TAXA DE OCUPAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.**  
(CC 00307727220104030000, DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/06/2011 PÁGINA: 1 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENFITEUSE. TAXAS DE FORO E LAUDÊMIO. NATUREZA JURÍDICA. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO.** I - O interesse que perpassa o instituto da enfiteuse é eminentemente particular, não obstante o envolvimento de ente público, caracterizando-se como relação de Direito Privado. Precedentes. II - As taxas e o foro, decorrentes da enfiteuse são encargos de natureza civil, não tendo natureza jurídica tributária, não se lhe aplicando o Código Tributário Nacional, donde inexistir a competência da Segunda Seção desta E. Corte. III - Conflito negativo de competência julgado procedente. (CC 00054692220114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2011 PÁGINA: 239 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

Isto posto, julgo improcedente o presente Conflito e declaro competente o I. Desembargador Federal integrante da E. 1ª Seção desta Corte Regional.

**III- Comunique-se.**

*IV- Publique-se e intimem-se.*

*V- Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao arquivo.*

São Paulo, 07 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO

**AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO****0010426-95.2013.4.03.0000****(2013.03.00.010426-0)**

Agravante: LOGOS BRASIL TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: LOGOS BRASIL TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE TABOÃO DA SERRA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AI 503245

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2013

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O agravo regimental interposto deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do código de processo civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

2. A atual redação do art. 557 do Código de Processo Civil indica que o critério para se efetuar o julgamento monocrático é, tão somente, a existência de jurisprudência dominante, não exigindo, para tanto, jurisprudência pacífica ou, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito *erga omnes*. Precedentes.

3. Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a Súmula 393 do STJ, segundo a qual *a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*.

4. No caso dos autos, o exame das certidões de dívida ativa e dos respectivos discriminativos de débito revela que constam dos títulos executivos extrajudiciais o valor originário da dívida inscrita, sua origem, natureza e fundamento legal, a indicação de estar a mesma sujeita a atualização monetária e demais elementos necessários à execução fiscal, devidamente esclarecidos nos campos respectivos.

5. Assim, o título executivo está em conformidade com o disposto no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei nº 6830/80, sendo certo que, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal, a sua presunção de liquidez e certeza só poderá ser ilidida por prova inequívoca, cabível na fase instrutória própria dos embargos do devedor.

6. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.

7. Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, RECEBER O AGRAVO REGIMENTAL COMO AGRAVO LEGAL E NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de outubro de 2013.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por LOGOS BRASIL TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA. contra decisão monocrática que, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo de Direito do SAF de Taboão da Serra - SP, que, nos autos do processo da ação de execução fiscal ajuizada pela União Federal, para cobrança de contribuições previdenciárias, rejeitou a exceção de pré-executividade.

Requer a parte agravante a reforma da decisão, repisando os argumentos anteriormente esposados.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo o agravo regimental oposto como agravo legal previsto no artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil.

Depreende-se da atual redação do art. 557 do Código de Processo Civil que o critério para se efetuar o julgamento monocrático é, tão somente, a existência de jurisprudência dominante, não exigindo, para tanto, jurisprudência pacífica ou, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito *erga omnes*.

A este respeito, confiram-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO JULGADA MONOCRATICAMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO DA PARTE AUTORA QUE APENAS REITERA OS ARGUMENTOS DA APELAÇÃO NÃO CONHECIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE AS VERBAS PAGAS PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO A TÍTULO DE AFASTAMENTO POR AUXÍLIO DOENÇA/ACIDENTE, ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E AVISO PRÉVIO INDENIZADO. AGRAVO LEGAL DA UNIÃO FEDERAL IMPROVIDO.

1. O agravo legal interposto pela parte autora é manifestamente inadmissível vez que a agravante simplesmente reitera os argumentos da apelação sem questionar porque o apelo não poderia ser julgado monocraticamente.

2. O emprego de recurso manifestamente inadmissível merece a censura do § 2º do artigo

557 do Código de Processo Civil, com multa de 1% do valor da causa corrigido.

3. O artigo 557 autoriza o julgamento unipessoal à vista de jurisprudência “dominante”, não sendo, portanto, necessário que se trate de jurisprudência “pacífica”.

(...)

8. Agravo legal da impetrante não conhecido e agravo legal da União Federal improvido.

(TRF 3ª Região, AMS nº 00059785320114036110, Rel. Des. Fed. Johonsom Di Salvo, 1ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 20/9/2012)

**AGRADO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO: POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. DESIGNAÇÃO PRÉVIA. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSABILIDADE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PROPOSITURA DA AÇÃO POSTERIOR AO ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001. APPLICABILIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI N° 9.494/97.**

I - O julgamento monocrático pelo relator está autorizado no art. 557 do Código de Processo Civil, o qual consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

II - As questões analisadas nos autos foram fundamentadas não só com base nos entendimentos jurisprudenciais dominantes deste E. Tribunal, como também em jurisprudências proferidas pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, o que, por si só, já permite o julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil. Ademais, a opção pelo julgamento singular não resulta em prejuízo ao recorrente, pois, no julgamento do Agravo interno, as questões levantadas no recurso de Apelação são apreciadas pelo órgão Colegiado, o que supera eventual violação do artigo 557 do Código de Processo Civil, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte.

(...)

**IX - Agravo legal improvido.**

(TRF 3ª Região, ApelReex nº 00041742220074036100, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães 2ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 18/8/2011)

**PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. ELETRICIDADE. TELESP. EQUIPARAÇÃO.**

- Aplicável a autorização legal de julgamento monocrático, prevista no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, diante de jurisprudência dominante do STJ.

(...)

**- Agravos improvidos.**

(TRF 3ª Região, AC nº 00058026220024036119, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, 8ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 30/3/2012)

**PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA ON-LINE. BACENJUD. MEDIDA PREFERENCIAL. EXAURIMENTO DAS VIAS EXTRAJUDICIAIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA.**

I - Agravo Interno em face de decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento na forma do art. 557, *caput*, do CPC, c/c art. 44, § 1º, II do Regimento Interno deste Tribunal, por improcedência da pretensão de acordo com a jurisprudência dominante do STJ, no sentido de que, a partir da vigência da Lei nº 11.382/06, a penhora sobre depósitos e aplicações e instituições financeiras equipara-se à penhora em dinheiro, como medida preferencial arrolada no inciso I do art. 655 do CPC, dispensando-se, assim, a pesquisa prévia

de outros bens passíveis de constrição.

II - O sucesso do agravo interno, manifestado com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, depende da demonstração de que o julgamento monocrático não seguiu a orientação jurisprudencial dominante, e, definitivamente, este não é o caso. As razões da agravante não se mostram suficientes a ensejar a modificação da r. decisão que negou provimento ao recurso, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

III - Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 2ª Região, AG nº 200902010101900, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, 4ª Turma Especializada, e-DJF2R 17/12/2010)

Portanto, não há nada que obste o julgamento deste feito nos termos da autorização preconizada pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, e em prestígio aos princípios da economia e celeridade processuais.

*No mérito*, insurge-se a parte agravante contra decisão que negou seguimento ao recurso nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, cujo teor transcrevo:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LOGOS BRASIL TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA. contra decisão proferida pelo Juízo de Direito do SAF de Taboão da Serra - SP que, nos autos da execução fiscal ajuizada pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), para cobrança de contribuições previdenciárias, rejeitou a exceção de pré-executividade que opôs. Neste recurso, pede a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de suspender a execução até o julgamento do presente recurso.

Sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade das contribuições que embasam a presente execução fiscal, vez que foram calculadas sobre verbas indenizatórias.

Pede, ao final, o provimento do agravo, de modo a declarar a nulidade da certidão de dívida ativa, reconhecendo a inconstitucionalidade dos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, com a consequente nulidade do título ora exigido.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

A exceção de pré-executividade, ainda que não esteja prevista em nosso ordenamento jurídico, tem sido admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, mas apenas nos casos em que o juiz pode conhecer, de ofício, a matéria e sem a necessidade de dilação probatória.

Nesse sentido, é o entendimento expresso na Súmula nº 393 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem diliação probatória.

Assim sendo, a inexigibilidade do título, em razão da ausência de seus requisitos em decorrência de nulidade na sua constituição (inconstitucionalidade de incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas eminentemente indenizatórias), é tema a ser arguido em sede de embargos, na forma estabelecida pela Lei de Execução Fiscal.

Além disso, a Lei de Execução Fiscal, reproduzindo o conteúdo do artigo 202, seus incisos e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, estabelece, em seu artigo 2º, parágrafos 5º e 6º, os requisitos que devem ostentar o Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa: “§ 5º - O Termo de Inscrição da Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo momento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

No caso dos autos, o exame da certidão de dívida ativa e do respectivo discriminativo de débito, constantes de fls. 47/58, revela que consta do título executivo extrajudicial, o valor originário da dívida inscrita, sua origem, natureza e fundamento legal, a indicação de estar a mesma sujeita a atualização monetária e demais elementos necessários à execução fiscal, devidamente esclarecidos nos campos respectivos.

Este, ademais, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**"AGRADO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM DE QUE AS PROVAS SÃO INSUFICIENTES. SÚMULA N° 7/STJ.**

1. É cabível a exceção de pré-executividade, em execução fiscal, relativamente às questões de ordem pública, dès que verificável de plano a nulidade argüida à luz de prova pré-constituída, vedada, em consequência, a dilação probatória.

2. Compete às instâncias ordinárias o exame da suficiência da prova que embasa a exceção de pré-executividade, assim não reconhecida no acórdão impugnado, sendo vedado a este Superior Tribunal de Justiça proceder a tal análise em sede de recurso especial, uma vez que conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida inexequível na via da instância especial, à luz do enunciado nº 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no Ag nº 1014366/PR, 1ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 18/08/2008)

**"TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA COMPROVAÇÃO DE SUPosta PREScrição - IMPOSSIBILIDADE - CDA - AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO "A QUO" - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DISPOSTO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211/STJ - PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ - SÚMULA 83/STJ.**

1. A controvérsia essencial dos autos restringe-se ao exame da possibilidade de análise, por meio de exceção de pré-executividade, da existência de crédito tributário e de suposta ilegitimidade de inclusão de sócio-gerente no pôlo passivo de execução fiscal, porquanto necessitam de dilação probatória.

2. A matéria infraconstitucional supostamente violada não foi objeto de análise por parte do Tribunal de origem, razão pela qual ausente o necessário prequestionamento.

3. É pacífico o entendimento de que, por meio de exceção de pré-executividade, a nulidade da execução fiscal pode ser apontada, mas exclusivamente quando desnecessária dilação probatória, ao contrário do caso apresentado nestes autos; porquanto, o Tribunal de origem assentou que o reconhecimento da causa impeditiva da execução do crédito tributário demandaria produção de provas, o que elide o manejo da exceção de pré-executividade.

4. O acórdão 'a quo' encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ, na hipótese de os sócios constarem, juntamente com a empresa executada, da certidão de dívida ativa - CDA, a qual detém presunção de certeza e liquidez, cabe a eles provarem, por meio de embargos à execução, a inexistência de excesso de mandato, infringência à lei ou ao contrato social.

5. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp nº 1048424/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 20/08/2008)

O título executivo, portanto, está em conformidade com o disposto no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei nº 6830/80, sendo certo que, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal, a sua presunção de liquidez e certeza só poderá ser ilidida por prova inequívoca, cabível na fase instrutória própria dos embargos do devedor.

Diante do exposto, tendo em vista que o recurso está em confronto com a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, NEGO-LHE SEGUIMENTO, com fulcro no artigo 557, “caput”, do Código de Processo Civil.

Publique-se e intimem-se.

Pois bem.

Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a Súmula 393 do STJ, segundo a qual *a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*.

No caso dos autos, o exame das certidões de dívida ativa e dos respectivos discriminativos de débito revela que constam dos títulos executivos extrajudiciais o valor originário da dívida inscrita, sua origem, natureza e fundamento legal, a indicação de estar a mesma sujeita a atualização monetária e demais elementos necessários à execução fiscal, devidamente esclarecidos nos campos respectivos.

Assim, o título executivo está em conformidade com o disposto no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei nº 6830/80, sendo certo que, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal, a sua presunção de liquidez e certeza só poderá ser ilidida por prova inequívoca, cabível na fase instrutória própria dos embargos do devedor.

Ante o exposto, RECEBO o agravo regimental como AGRAVO LEGAL e NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

**AGRADO DE INSTRUMENTO****0017834-40.2013.4.03.0000****(2013.03.00.017834-6)**

Agravante: SUZANA DE MACEDO FAJOLI

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: AI 509792

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/02/2014

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. LEI Nº 10.188/01, ART. 9º. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO À MORADIA (CR, ART. 6º), DEVIDO PROCESSO LEGAL (CR, ART. 5º, LIV). CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA (CR, ART. 5º, LV). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PREVISÃO CONTRATUAL FUNDAMENTADA NA LEI Nº 10.188/01. VALIDADE. PURGAÇÃO DE MORA. POSSIBILIDADE.

1. O art. 9º da Lei nº 10.188/01 é constitucional, dado que se limita a estabelecer as condições exigidas para a reintegração de posse, modalidade de tutela jurisdicional com evidente compatibilidade com a Constituição da República. Por essa razão, não conflita com o direito à moradia (CR, art. 6º) nem com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV, LV), pois cabe ao Poder Judiciário observar o *due process of law* aplicável a essa espécie de tutela. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor não enseja juízo de nulidade da cláusula contratual que estipule a reintegração de posse, visto que tal cláusula tem fundamento na própria lei.

2. As alienações de imóveis vinculadas ao PAR somente podem ser realizadas pela CEF, que é a proprietária do imóvel, sob pena de rescisão contratual, conforme dispõe o item III da cláusula décima nona do contrato. Assim, à parte a afirmação da agravante de que também poderia ser beneficiária do programa, verifica-se dos autos que a alienação do imóvel não foi realizada com a intervenção da CEF, o que autoriza a reintegração de posse (Lei nº 10.188/01, art. 9º).

3. Aduz a agravante que apresentou pedido de composição para a CEF, pois se dispõe a adimplir a dívida, bem como que restaram demonstradas as alegações de que teria quitado 108 (cento e oito) parcelas das 180 (cento e oitenta) previstas até o momento, sendo que o contrato foi celebrado em 09.01.04, mas o inadimplemento se deu apenas em relação às taxas de arrendamento e do condomínio de 3 (três) meses (março, abril e maio de 2013) em razão de comprovada situação de desemprego.

4. A agravante celebrou contrato de arrendamento residencial com a Caixa Econômica Federal nos termos da Lei nº 10.188/01. Tendo em vista o inadimplemento contratual por parte da agravante, a CEF notificou-a extrajudicialmente em 27.04.13 para pagamento do débito, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de restar configurado esbulho possessório.

5. Decorrido o prazo sem pagamento, a CEF ajuizou ação de reintegração de posse em 02.07.13 e a liminar foi deferida em 05.07.13, tendo o mandado de reintegração

sido cumprido em 16.07.13 e o presente recurso interposto em 24.07.13.

6. A Lei nº 10.188/01 garante à CEF o direito à tutela possessória assim que esgotado o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso.

7. A decisão agravada já foi cumprida, de modo que não subsiste, efetivamente, utilidade em suspender seus efeitos no que tange o exercício do direito da CEF de reaver o imóvel, objetivo último do feito de reintegração possessória.

8. Agravo de instrumento 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 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto por Suzana de Macedo Fajoli contra a decisão de fls. 27/29, que deferiu pedido liminar em ação de reintegração de posse ajuizada pela Caixa Econômica Federal para determinar a desocupação do imóvel objeto do Programa de Arrendamento Residencial.

A agravante alega, em síntese, o seguinte:

a) a agravante firmou contrato de arrendamento em 9 de janeiro de 2004, com recursos do Programa de Arrendamento Residencial;

b) “a agravante que é mãe de três filhos conforme certidões de nascimento anexas, sempre cumpriu fielmente com os respectivos pagamentos desde o início de 9 de janeiro de 2004”, mas esteve desempregada entre 21 de novembro de 2012 e 2 de maio de 2013, tendo atrasado o pagamento do contrato de arrendamento e da taxa condominial somente em tal período;

c) a agravada foi inflexível e exigiu o pagamento integral do débito;

d) a agravada propôs a ação de reintegração de posse requerendo liminarmente a reintegração mediante concessão de prazo de 30 (trinta) dias para desocupação do imóvel, mas o MM. Juízo *a quo* concedeu liminar determinando a imediata reintegração, motivo pelo qual foi a agravante retirada do imóvel sem qualquer prévio conhecimento;

e) “a agravante está morando de favor do outro lado da cidade e seus filhos, que moravam perto das escolas públicas, encontram-se sem condições de freqüentarem as escolas”;

f) foi efetuado o pagamento de 108 das 180 parcelas do contrato, mas devido à situação de desemprego não foi possível adimplir com as obrigações por 3 (três) meses;

g) não foi concedido à agravante o prazo de 30 (trinta) dias, solicitado pela própria agravada ao MM. Juízo *a quo*, cuja concessão possibilitaria composição entre as partes, em especial devido ao fato de que a agravante já está empregada;

h) a decisão agravada deve ser reformada, considerando que o Programa de Arrenda-

mento Residencial tem cunho social, levando-se em conta, ainda, a função social dos contratos e o direito à moradia;

i) o contrato foi celebrado em 09.01.04, mas o inadimplemento da agravante se deu apenas em relação às taxas de arrendamento e do condomínio de março, abril e maio de 2013 (fls. 2/8).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 51/52v.).

Sobreveio sentença no processo originário (fls. 53/58v.).

A agravante foi intimada a se manifestar sobre eventual interesse no prosseguimento do feito (fl. 60), e requereu seu julgamento (fl. 61).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Programa de Arrendamento Residencial. Reintegração de posse. Possibilidade.* A Lei nº 10.188, de 12.02.01, criou o Programa de Arrendamento Residencial (atual Fundo de Arrendamento Residencial) e instituiu o arrendamento residencial com opção de compra. Em seu art. 9º, dispõe que na hipótese de inadimplemento, fica o arrendador autorizado a intentar reintegração de posse:

Art. 9º Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.

Esse dispositivo não é constitucional. Não conflita com a garantia de acesso à moradia (CR, art. 6º), visto que a reintegração de posse é medida admitida pela ordem constitucional. O art. 9º da Lei nº 10.188/01 limita-se a instituir os requisitos necessários para que o arrendador possa postular a tutela possessória.

Também não contraria as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CR, art. 5º, LIV, LV). A reintegração de posse é medida judicial que se efetiva por intermédio do próprio Poder Judiciário, ao qual cabe observar o *due process of law* na sua efetivação.

A cláusula que prevê a reintegração de posse em favor do arrendador não contraria o Código de Defesa do Consumidor, pois encontra fundamento na própria Lei nº 10.188/01, de mesmo nível que a Lei nº 8.078/90.

Em síntese, o art. 9º da Lei nº 10.188/01 é constitucional, dado que se limita a estabelecer as condições exigidas para a reintegração de posse, modalidade de tutela jurisdicional com evidente compatibilidade com a Constituição da República. Por essa razão, não conflita com o direito à moradia (CR, art. 6º) nem com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV, LV), pois cabe ao Poder Judiciário observar o *due process of law* aplicável a essa espécie de tutela. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor não enseja juízo de nulidade da cláusula contratual que estipule a reintegração de posse, visto que tal cláusula tem fundamento na própria lei.

*Do caso dos autos.* Aduz a agravante que apresentou pedido de composição para a CEF, pois se dispõe a adimplir a dívida, bem como que restaram demonstradas as alegações de que

teria quitado 108 (cento e oito) parcelas das 180 (cento e oitenta) previstas até o momento, sendo que o contrato foi celebrado em 09.01.04, mas o inadimplemento se deu apenas em relação às taxas de arrendamento e do condomínio de 3 (três) meses (março, abril e maio de 2013) em razão de comprovada situação de desemprego (fls. 24/26, 27/29 e 37/45).

Depreende-se dos autos que a agravante celebrou contrato de arrendamento residencial com a Caixa Econômica Federal nos termos da Lei nº 10.188/01 (fls. 14/22). Tendo em vista o inadimplemento contratual por parte da agravante, a CEF notificou-a extrajudicialmente em 27.04.13 para pagamento do débito, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de restar configurado esbulho possessório (fl. 26).

Decorrido o prazo sem pagamento, a CEF ajuizou ação de reintegração de posse em 02.07.13 (fl. 9) e a liminar foi deferida em 05.07.13 (fls. 27/29), tendo o mandado de reintegração sido cumprido em 16.07.13 (fl. 47) e o presente recurso interposto em 24.07.13. Afirma a agravante que o mandado foi cumprido sem que se concedesse à parte o prazo de 30 (trinta) dias solicitado pela própria CEF em sua petição inicial, no qual poderia ter sido firmado acordo (fl. 11).

Pretende a agravante, assim, “sejam suspensos os efeitos da decisão que deferiu liminar de reintegração de posse antes do prazo requerido pela Agravada, autorizando o retorno imediato de todos os ocupantes dos imóveis objeto da presente”.

A Lei nº 10.188/01 garante à CEF o direito à tutela possessória assim que esgotado o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso. Ainda que a CEF tenha requerido a concessão da liminar “concedendo-se o prazo de 30 dias para a desocupação”, trata-se de liberalidade por parte da instituição financeira, inexistindo previsão legal para tanto.

Observe-se que a decisão agravada já foi cumprida, de modo que não subsiste, efetivamente, utilidade em suspender seus efeitos no que tange o exercício do direito da CEF de reaver o imóvel, objetivo último do feito de reintegração possessória. Insta apontar, ademais, que nada obsta a agravante de apresentar extrajudicialmente sua proposta de composição à CEF, mesmo porque o cumprimento do mandado de reintegração se deu em 16.07.13 e o presente agravio de instrumento foi proposto somente em 24.07.13.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravio de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator



# **Direito Processual Penal**



Marcé Leite



## **AGRADO REGIMENTAL EM AÇÃO PENAL**

**0002731-90.2009.4.03.6124**

**(2009.61.24.002731-4)**

Agravantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PEDRO ITIRO KOYANAGI E JOSÉ AFONSO COSTA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: PEDRO ITIRO KOYANAGI E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: APN 462

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2013

### **EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL EM PROCESSO-CRIME REMETIDO AO TRIBUNAL COM INSTRUÇÃO EM ANDAMENTO. AGRADO REGIMENTAL. CABIMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE DESAFIA RECURSO PARA O ÓRGÃO COLEGIADO COM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO DA INVALIDADE ATINENTES AOS CRIMES PRÓPRIOS DE PREFEITO, E NÃO QUANTO À REJEIÇÃO DA PRETENSÃO DE ANULAÇÃO REFERENTE AOS DELITOS PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO NA PARTE RECORRÍVEL.

- A admissão, nas ações penais originárias, em que a instrução criminal corre sob o crivo do relator, de decisões monocráticas irrecorríveis, objetivando-se a racionalização do procedimento e agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação (artigos 1º a 12 da Lei 8.038/90, Lei 8.658/93 e parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno desta Corte Regional), não exclui a possibilidade de reexame pelo órgão competente quando as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as consequências óbvias da interlocutória proferida, impeçam que o colegiado, *a posteriori* ou em momento ainda útil, aproprie-se de determinada questão no curso do feito criminal.

- Aceitação do agrado regimental em excepcionais situações, espelhadas em hipóteses resguardadas no regime geral de impugnação estipulado pelo artigo 581 do Código de Processo Penal - reconhecimento da incompetência do juízo, decretação de prescrição, pronúncia de extinção da punibilidade, declaração de nulidade do processo (caso dos autos) -, como única forma viável de submeter a controle o exercício jurisdicional inerente ao desempenho das atribuições conferidas ao relator no processo penal de instância exclusiva no Tribunal.

- Cabimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, sem sucesso, contudo, no mérito propriamente dito: nulidade da decisão de recebimento de denúncia, especificamente com relação ao alegado cometimento de aplicação indevida de verbas públicas federais ("Fato 2" e "Fato 4" na peça acusatória), à vista da inobservância da previsão contida no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, de notificação para apresentação de defesa previamente à instauração do processo-crime - vício de natu-

reza absoluta, segundo a orientação prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça -, e conseqüente decretação da extinção da punibilidade dos réus no tocante a essas imputações que versam sobre crimes próprios de prefeito, ante a ocorrência da prescrição.

- Juízo de admissibilidade negativo quanto à insurgência dos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa contra o afastamento da nulidade relativamente às acusações remanescentes, consubstanciadas na prática de delitos tipificados nos artigos 89 e 92 da Lei 8.666/93 (“Fato 1” e “Fato 3”), almejando-se a extensão da aludida proclamação de invalidade a toda a decisão de recebimento da denúncia.

- Pretensão que esbarra não apenas na limitação imposta pela dicção do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno, mas de igual modo na sistemática retratada no inciso XIII do artigo 581 do Código de Processo Penal, cujo rol para o recurso em sentido estrito não contempla modelo de impugnação próprio à espécie, aceitando-se tão-somente o *habeas corpus* como remédio cabível.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, não conhecer do recurso interposto pelos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa e negar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de dezembro de 2013.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

## RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Agravos regimentais interpostos pelo Ministério Público Federal (fls. 632/639) e pela defesa de Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa (fls. 641/648), inconformados com decisão que, nos autos de ação penal (remetida a esta Corte após um dos co-réus ter reassumido o cargo de prefeito municipal) com instrução criminal em andamento em que se imputa aos acusados a prática de crimes tipificados nos artigos 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67 (duas vezes), e 89 e 92, da Lei 8.666/93, declarou a nulidade do “recebimento da denúncia (fl. 85) quanto às acusações de prática de delitos previstos no artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, correspondentes na peça acusatória aos ‘Fato 2’ e ‘Fato 4’, decretando-se em razão disso a extinção da punibilidade dos réus especificamente a respeito dessas imputações que versam sobre crimes próprios de prefeito”, irrecorrido, nesse ínterim, o reconhecimento da “nulidade da decisão de fl. 567, eis que proferida por juiz já incompetente à época” (fls. 626/629).

No dizer da Procuradoria Regional República, “o Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Federal de Jales/SP, à época em que era competente para processamento do presente feito, já havia rechaçado a alegação dos ora agravados”, *decisum* que “não era merecedor de reparo”, pois, afinal, “a defesa preliminar prevista no art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, tal como a prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal e a do artigo 4º da Lei nº 8.038/90, existe para conferir maior proteção ao cargo público contra denúncia desprovida de lastro probatório suficiente, e não à

pessoa que o ocupa transitoriamente”, razão pela qual, “considerando que o corréu Itiro não mais era detentor do cargo de Prefeito à época do oferecimento e recebimento da denúncia, não há outra conclusão senão a de que desnecessária a pretendida intimação dos corréus para apresentação da defesa preliminar referida” (fl. 636, verso).

Outrossim, “mesmo que se exigisse a prática de tal ato, sua ausência poderia ou não implicar nulidade, já que esta, no caso, é relativa, sendo imprescindível para o seu reconhecimento a demonstração do efetivo prejuízo, ônus este que os corréus não lograram êxito em se desvincilar” (fl. 636, verso).

Invoca-se, ainda, a existência de precedentes na linha da tese defendida, inclusive que “esta E. Corte Regional também manifestou-se neste sentido, ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor de Pedro Itiro e José Jorge dos Santos, contra ato semelhante praticado pelo Juízo ora impetrado nos autos da ação penal nº 0002730-08.2009.4.03.6124” (fl. 638, verso), concluindo-se que “ao contrário do que constou da decisão ora agravada, a posição jurisprudencial prevalecente nos dias atuais é no sentido da prescindibilidade da intimação para oferecimento de defesa preliminar quando o acusado não mais ostentava o cargo de Prefeito (ou qualquer outro em que assegurada prerrogativa de foro) à época do oferecimento da denúncia” (fl. 639).

Requer-se “que o presente agravo regimental seja recebido e, caso não seja reconsiderada a decisão proferida pela Relatora, seja submetido ao E. Órgão Especial desta C. Corte Regional, nos termos dos arts. 247, I, ‘a’, 250 e 251 do RI-TRF3, bem como do art. 1º da Lei 8.658/93 e art. 39 da Lei 8.038/90, onde deverá ser conhecido e provido, reformando-se a decisão monocrática no sentido de afastar a nulidade da decisão que recebeu a denúncia, e, consequentemente, também da declaração de extinção da punibilidade do ‘Fato 2’ e do ‘Fato 4’” (fl. 639).

Segundo os co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa, por sua vez, “a conexão ou continência em caso como o dos autos, onde há imputação de crimes com procedimentos diversos, implica no dever de observância do procedimento mais amplo, sob pena de nulidade absoluta” (fl. 643), ou seja, “não poderá ser seguido o rito mais célere porque isso importará inquestionável prejuízo às partes, que, em relação a um ou mais crimes conexos, têm direito ao procedimento de maior amplitude” (fl. 644).

Pedem “seja revista a r. decisão recorrida, reconhecendo a nulidade de toda decisão que recebeu a denúncia, uma vez que todo processo tramitava pelo rito do Decreto-Lei nº 201/67, em face da conexão, a decisão se estende aos crimes previstos na Lei de Licitações” (fls. 647/648).

#### *É o relatório.*

Em mesa para julgamento, eis que não reconsiderada a decisão.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

#### **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). O caso comporta, no que concerne ao cabimento do regimental, juízos de admissibilidade positivo em relação à insurgência ministerial e negativo quanto ao recurso interposto por Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa.

No âmbito deste colegiado há precedentes diversos - entre eles o de minha relatoria abaixo ementado, em acórdão datado de 25 de março de 2004, nos autos de reg. nº

2004.03.00.004276-9 - no sentido de que o agravo, em sede de ação penal originária, serve a hipóteses específicas, em princípio balizadas pela previsão contida no parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno desta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. OPERAÇÃO ANACONDA. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA OU BANDO. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL.

- Cuidando-se de ação penal originária no Tribunal (Lei nº 8.038/90, artigos 1º a 12), o *habeas corpus* é o remédio cabível contra a decisão do relator que indeferir pedido de revogação de prisão preventiva, não se permitindo a utilização do agravo regimental.

- Inteligência da Lei nº 8.658/93 e do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno do TRF - 3ª Região, segundo o qual “caberá agravo regimental para o Plenário sem efeito suspensivo e na forma do Regimento, da decisão do relator que: a) receber ou rejeitar a denúncia; b) decretar ou denegar fiança ou arbitrar; c) decretar prisão preventiva; d) recusar produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência”.

- Impossibilidade de ampliação, por analogia, do rol recursal e das hipóteses de cabimento, que configuram elenco taxativo, em decorrência da regra da irrecorribilidade das interlocutórias no processo penal.

- Agravo regimental não conhecido.

Colhem-se, do voto que proferi à ocasião, os seguintes fundamentos, *in verbis*:

As ações penais de competência originária dos tribunais - à época, Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Apelação -, eram reguladas pelo Título III do Livro II do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

O advento da Constituição Federal de 1988, principalmente em razão da criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e da extinção do Tribunal Federal de Recursos, modificou de modo notável o panorama do conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos. Alterou substancialmente a competência, quanto à escolha do organismo judiciário competente (*Teoria Geral do Processo*, Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Malheiros, 19ª edição, pp. 230-245) para processar e julgar a demanda.

Naturalmente, a mudança da sistemática constitucional refletiu-se no plano da legislação ordinária. Em 28 de maio de 1990, sobreveio a Lei nº 8.038, que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Referida lei cuidou de regular não só a Ação Penal Originária (Capítulo I, Título I) porventura proposta nos tribunais superiores, como também, no Título I, a Reclamação (Capítulo II), a Intervenção Federal (Capítulo III), o *Habeas Corpus* (Capítulo IV) e outros procedimentos (Capítulo V); e, no Título II, os recursos, mais especificamente, os Recursos Extraordinário e Especial (Capítulo I), o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (Capítulo II), o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (Capítulo III) e a Apelação Cível e o Agravo de Instrumento (Capítulo IV); por fim, no Título III, trouxe disposições gerais, entre elas, o preceito normativo constante do artigo 39, segundo o qual “Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias”.

Tardou pouco, e o legislador imprimiu nova mudança, desta vez afeta aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, dispondo a Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993, sobre a aplicação das regras da Lei nº 8.038/90 às ações penais originárias. De forma expressa, o artigo 1º prescreveu que ‘As normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais’. Ainda, restou estabe-

leido pelo artigo 3º que “Revogam-se o Título III do Livro II do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e demais disposições em contrário”.

(...)

A aplicação dos artigos 1º a 12 da Lei nº 8.038/90 decorre da construção legislativa que tratei de esmiuçar, e as disposições do Regimento Interno, do comando que exsurge do artigo 96, inciso I, letra a, da Constituição Federal, já que compete privativamente aos tribunais “eleger seus diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. Cândido Rangel Dinamarco, em suas Instituições, não deixa dúvidas: “À regra do autogoverno do Poder Judiciário, ditada pela Constituição Federal (art. 99), associa-se a independência de cada um dos tribunais, mesmo em relação aos demais tribunais da mesma Justiça. Daí a competência normativa de cada um deles em temas de sua própria organização e funcionamento, cabendo-lhes, entre outras providências, elaborar seus próprios regimentos internos (Const., art. 96, inc. I, letra a). Esses regimentos são fontes formais de direito processual na medida das disposições que contenham a respeito das competências internas (câmaras, grupos, seções), das atribuições jurisdicionais do presidente, vice-presidente e relator, de eventuais recursos contra atos monocráticos destes (agravos regimentais), critérios para a prevenção de seus próprios juízes etc” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Malheiros, 2ª edição, pp. 8182).

Não se discute, em matéria processual prevalecem as leis, portadoras de normas gerais e abstratas alusivas ao processo, a disciplinar o exercício da jurisdição, da ação e da defesa mediante os atos e formas processuais. Vale dizer, as decisões são recorríveis ou irrecorríveis de acordo com o traçado pela lei.

Nada obstante, o Código de Processo Penal, após a revogação efetuada pela Lei nº 8.658/93, nada mais fala, nos processos de competência originária, sobre o cabimento de agravo para o próprio tribunal. Indiscutível, portanto: no CPP, não há recurso previsto para essa hipótese. Outrossim, o dispositivo da Lei nº 8.038/90, que regulamenta o procedimento no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, inclusive os criminais, prevendo, sem quaisquer restrições, o cabimento, no prazo de 5 (cinco) dias, de agravo da decisão do Relator que causar gravame à parte - mais precisamente, o artigo 39 -, conforme já estudado, não se aplica aos casos iniciados nos TRFs. Remarque-se, o legislador cuidou de restringir às ações penais de competência originária dos Regionais a aplicação das normas dos artigos 1º a 12 da Lei nº 8.038/90.

Imediatamente, sem se descuidar do escalonamento kelseniano, invocam-se as disposições regimentais.

O Regimento Interno deste Tribunal, na Parte II (Do Processo), Título VIII (Dos Recursos em Geral), Capítulo II (Dos Agravos), Seção I (Do Agravo Regimental), dispõe que “A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator, poderá requerer, no prazo de 5 (cinco) dias, a apresentação do feito em mesa, para que o Plenário, a Seção ou a Turma sobre ele se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a” (artigo 250), e que “O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, o qual poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento do órgão competente, caso em que computar-se-á, também, o seu voto” (artigo 251).

Contudo, na mesma parte, mas no Título VI (Da Competência Originária), Capítulo V (Da Ação Penal Originária), prescreve, em seu artigo 207, que “O Relator, como Desembargador Federal de instrução do processo, terá as atribuições que a legislação processual confere aos Juízes singulares”, e, no parágrafo único, que “Caberá agravo regimental para o Plenário em efeito suspensivo e na forma do Regimento, da decisão do Relator que: a) receber ou rejeitar a denúncia; b) decretar ou denegar fiança ou a arbitrar; c) decretar prisão preventiva; d) recusar produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência”.

Princípio basilar, que os bancos acadêmicos cuidam de transmitir: regra especial derroga a geral.

*In casu*, a norma contida no § único do artigo 207 do Regimento Interno tem aplicação porque especialmente introduzida no ordenamento para reger ações penais originárias, em detrimento dos artigos 250 e 251, que se aplicam aos feitos comuns, que integram a competência recursal da Corte, a teor do disposto no artigo 108, inciso II, da Constituição Federal.

A competência para processar e julgar a ação penal originária é do Tribunal, dele é a decisão definitiva ou terminativa. A instrução, porém, corre sob o crivo do Desembargador Federal Relator, como dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.038/90: “O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal”. Em razão disso a lei lhe concede, como prerrogativa, decisões monocráticas objetivando a agilização e simplificação dos julgamentos (do que são exemplos as atribuições descritas nos artigos 7º a 11, da mesma lei), legitimado por uma delegação implícita a ele outorgada pelo órgão de que é integrante. Os atos, por ele praticados, são como se fossem atos praticados pelo próprio órgão, no caso, o Órgão Especial deste TRF, competente para decidir o processo. É em nome deste que age o magistrado responsável pela instrução.

Não se retira ou exclui, pois, competência do Tribunal, pelo seu órgão colegiado competente - que, de mais a mais, é responsável pela decisão de recebimento da denúncia e pelo julgamento da causa - , mas apenas se racionaliza a atividade procedural, restringindo o Regimento as hipóteses de agravo regimental que entendeu relevantes. Situações outras, v.g., decisões que determinam oitiva de testemunha, ou indeferem pedido de revogação de prisão preventiva, reclamam a impetração de *habeas corpus*, remédio adequado às hipóteses, não se permitindo a utilização do agravo regimental. Não, nos casos de competência originária deste Tribunal. A tese explicitada não representa novidade alguma no processo penal. A regra, no âmbito dos recursos, perfaz-se obedecendo ao princípio da taxatividade. Vale dizer, “os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo”, pois, “na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica”; “a possibilidade de revisão das decisões judiciais há de ser prevista em lei” (*Recursos no Processo Penal* (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes), RT, 3ª edição, p. 36).

Com efeito, a regra é a irrecorribilidade das interlocutórias, não se permitindo ampliação por analogia. O rol legal deve ser taxativo, e não admite, em regra, ampliação. O paralelo clássico que se faz, no presente caso, é com o recurso em sentido estrito (CPP, artigos 581 e seguintes), que, correspondendo, em linhas gerais, ao agravo do Código de Processo Civil, serve, em regra, para impugnação de decisões interlocutórias. Como imposto pela norma que rege o recurso previsto no § único do artigo 207 do Regimento Interno desta Corte, são igualmente taxativas as hipóteses de utilização do recurso em sentido estrito, elencadas pela lei no artigo 581. Não discrepam dessa orientação Vicente Greco Filho, Damásio de Jesus, Frederico Marques, Nucci, Mirabete e Tourinho Filho.

Especificamente em relação ao indeferimento de revogação da prisão preventiva, a doutrina de ponta indica que o *habeas corpus* é a medida cabível. Julio Fabbrini Mirabete, em comentário ao artigo 581 do CPP, que cuida das hipóteses de recurso em sentido estrito, ensina que “é incabível recurso no caso do juiz decretar a medida cautelar ou indeferir pedido de relaxamento da prisão decretada. Na hipótese de haver constrangimento ilegal por defeito formal ou material da decisão que decretou a prisão, ou, por haverem desaparecido as razões da medida cautelar, cabe o pedido de *habeas corpus*” (*Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 8ª edição, p. 1.217).

No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho: “Também caberá o recurso em sentido estrito quando o juiz indeferir requerimento para a decretação de prisão preventiva. E se deferir? *Habeas corpus*. Se o Juiz revoga a prisão preventiva, também cabe aquele recurso. E se não revoga? *Habeas corpus*” (*Código de Processo Penal Comentado*, Saraiva, 7ª edição, p. 305/306).

Ainda, Guilherme de Souza Nucci: “Em se tratando de prisão preventiva, pode o juiz indeferir o pedido formulado pelo promotor, não acolher a representação feita pelo delegado ou revogá-la, propiciando recurso por parte do Ministério Público. Não se tratou das situações envolvendo a decretação da preventiva ou indeferimento de sua revogação, o que provoca, como alternativa única para o interessado, a impetração de *habeas corpus*” (*Código de Processo Penal Comentado*, RT, 2ª edição, p. 792).

Na mesma linha, julgado datado de 14 de junho de 2007, no processo-crime de registro nº 2005.03.00.082007-2, relatora a Desembargadora Federal Cecília Marcondes, assim resumido:

**PROCESSUAL PENAL - DECISÃO DO RELATOR - INDEFERIMENTO DO DESMEMBRAMENTO DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA - AGRAVO REGIMENTAL - NÃO CABIMENTO.**

I - A decisão do relator que indefere pedido de desmembramento da ação penal originária, para processamento nesta Corte somente em relação ao réu detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função, não se subsome a qualquer das hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 207, do Regimento Interno deste Tribunal, cujo rol é taxativo.

II - O parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno tem aplicação porque especialmente introduzido no ordenamento para reger ações penais originárias, em detrimento dos artigos 250 e 251, que se aplicam aos feitos comuns, que integram a competência recursal da Corte, a teor do disposto no artigo 108, inciso II, da Constituição Federal.

III - Agravo regimental não conhecido.

Mais recentemente ainda, pronunciamento resultante da apreciação, em 14 de agosto do corrente ano, de recurso apresentado à mesa pela Desembargadora Federal Alda Basto, nos autos da Ação Penal de reg. nº 2006.61.23.002070-0, contra decisão “que suspendeu a pretensão punitiva estatal e o prazo prescricional, em razão da inclusão de débito em parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09, deixando a cargo do *Parquet* Federal o acompanhamento do regular cumprimento do acordo, bem como prejudicou o recurso em sentido estrito de fls.”:

**PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DENÚNCIA RECEBIDA. DECISÕES MONOCRÁTICAS DO RELATOR DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA IRRECORRÍVEIS. ROL TAXATIVO DO ART. 207 DO REGIMENTO INTERNO. CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL.**

I. A jurisprudência do Órgão Especial consolidou-se no sentido de o rol disposto no art. 207 do Regimento Interno ser taxativo, não se admitindo sua ampliação por analogia.

II. A irrecorribilidade das decisões monocráticas do Relator de ação penal originária tem como escopo a celeridade na tramitação do processo, evitando-se a perpetuação de recursos em casos não previstos pelo Regimento Interno, obstando a adequada prestação jurisdicional.

III. Agravo regimental não conhecido.

Nada obstante, também já se chegou à conclusão de que, conquanto se faculte ao relator escolhido na forma regimental “decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei”, nos termos do inciso II do artigo 3º da Lei nº 8.038/90, que rege os processos de competência originária dos Tribunais, previsão repetida integralmente no inciso II do artigo 206 do Regimento Interno desta Casa, a prolação de *decisum* nesses termos não pode eliminar a oportunidade de o órgão competente para o julgamento da ação penal se apropriar da matéria decidida, ainda que na esfera recursal.

Quando do exame, em 14 de junho de 2007, do Inquérito 732 (reg. nº 2006.03.00.071052-0), de relatoria do Desembargador Federal Fábio Prieto, repeliu-se a competência exclusiva do relator, nos termos do voto do Desembargador Federal Baptista Pereira, acompanhando, a tese

majoritária, os Desembargadores Federais Therezinha Cazerta, Nery Júnior, Márcio Moraes, André Nabarrete, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Peixoto Júnior e Suzana Camargo, forte em que “afigura-se inconcebível a predileção por um tipo de interpretação normativa que culmina com a impossibilidade absoluta de se recorrer de decisão que declara extinta a punibilidade do agente”, sob pena de se fazê-la “um decreto imune a qualquer controle judicial por Órgãos superiores, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”, além de transformar o poder-dever do relator em “um super-poder”.

Veja-se, a propósito, a ementa do julgado, *in verbis*:

#### **EMENTA**

**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - SUPOSTA SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PAGAMENTO - DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR ATO MONOCRÁTICO DE RELATOR - AGRAVO - CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO.**

1. Nos tribunais, “compete ao relator decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei” (art. 3º, inc. II, da LF nº 8.038/90).
2. A declaração de extinção da punibilidade, por decisão monocrática do relator, é ato recorável.
3. A declaração de extinção da punibilidade é tema autônomo em relação ao juízo de admissibilidade da denúncia.
4. O pagamento do débito previdenciário é causa de extinção da punibilidade, nos termos da Lei Federal nº 10.684/03, independentemente do início da ação fiscal ou do recebimento da denúncia.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores Federais do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria de votos, em conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Federal Baptista Pereira, e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator, que fazem parte integrante do presente julgado. Vencidos, quanto ao conhecimento do agravo regimental, os Desembargadores Federais Fábio Prieto, Cecília Marcondes e Newton de Lucca e, quanto ao mérito, os Desembargadores Federais André Nabarrete e Ramza Tartuce, que davam provimento ao agravo regimental, para reconhecer que o Relator não poderia decretar a extinção da punibilidade por decisão monocrática após o oferecimento da denúncia.

Ao se defrontar com a outra hipótese de atuação em substituição ao colegiado prenunciada na Lei 8.038/90 - “Art. 3º - Compete ao relator: I - determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal” (inciso I do artigo 206 do Regimento Interno do Tribunal) -, em julgamento agravo regimental extraído do feito de reg. nº 2009.03.00.041521-3, sobreveio deliberação nos termos abaixo:

#### **EMENTA**

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. ARQUIVAMENTO DE REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO. MANUTENÇÃO.**

- O acolhimento, pelo Relator, de promoção de arquivamento de representação criminal, em procedimentos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, dada a inexistência de atuação do Procurador-Geral da República como membro acusatório, não exclui a possibilidade do reexame da decisão pelo órgão colegiado competente, que, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a providência em questão, está autorizado a

acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, nos moldes do artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/93.

- Caso que não guarda semelhança com diversas outras hipóteses em que o Órgão Especial, em razão da instrução na ação penal originária correr sob o crivo do Relator, como dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.038/90, tem admitido decisões monocráticas irrecorríveis objetivando a agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação.

- Já neste, em que o provimento assemelha-se a decisão verdadeiramente terminativa, barrando o prosseguimento da atividade persecutória, conquanto se faculte a atividade unipessoal, o raciocínio desenvolvido não pode ser alargado, ante o risco de se suprimir competência do colegiado, ao qual cumpre ratificar ou discordar do arquivamento da representação criminal monocraticamente determinado, constituindo-se, pois, em ato passível de ataque pela via recursal.

- Apesar de que óbvio e intuitivo o interesse na alteração do conteúdo do pronunciamento ministerial, por entender, o recorrente, que a acusação pelo delito de comunicação falsa de crime ou de contravenção (Código Penal, artigo 340), formalizada contra si, resulta de fato imputado falsamente e com abuso de poder, inexiste qualquer circunstância que possa justificar o envio dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

- O próprio órgão dominus litis entende não se justificar o prosseguimento, insistindo no propósito do arquivamento, eis que as razões e documentos trazidos não agregam fato ou argumento novos a evidenciar a prática de crimes por parte da representada e a necessidade de se avançar com a investigação ou adoção de outras medidas.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

#### 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, conhecer do agravo regimental, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Mairan Maia, Nery Júnior, Carlos Muta, Consuelo Yoshida (convocada para compor quórum), Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), Suzana Camargo, André Nabarrete, Marli Ferreira, Peixoto Júnior e Fábio Prieto, vencidos os Desembargadores Federais Newton de Lucca e Cecília Marcondes, que dele não conheciam, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso. São Paulo, 29 de setembro de 2010.

THEREZINHA CAZERTA

Desembargadora Federal Relatora

Na esteira dos precedentes firmados no Órgão Especial, a partir das premissas adotadas e da evolução do entendimento acerca do cabimento do agravo, em que pese a singularidade do comando disposto no artigo 207, parágrafo único, do Regimento Interno (ainda mais reduzido agora, após a supressão da alínea “a” do dispositivo em questão - “receber ou rejeitar a denúncia” -, implementada nos termos da Emenda Regimental nº 14, publicada no Diário Eletrônico de 17 de setembro próximo passado), parece possível concluir, ao passo que não se pretende mitigar os poderes conferidos ao relator no curso da instrução criminal - cuja atuação, remarque-se, dá-se sempre em nome do colegiado, com o intuito de racionalizar o procedimento -, que determinadas decisões desafiam mesmo recurso ao órgão competente para o julgamento verdadeiramente dito, detentor do domínio de toda a atividade específica do processo penal de instância exclusiva no Tribunal.

Notadamente naquelas situações, ainda circunstanciadas pela excepcionalidade, em que as soluções encaminhadas por intermédio do juízo unipessoal, dadas as consequências óbvias da natureza da decisão proferida, acabam por obstar a possibilidade de o colegiado, *a posteriori* ou em momento ainda útil, apropiar-se de determinada questão, de resto espelhadas

em hipóteses resguardadas no regime geral de impugnação das interlocutórias estipulado pelo artigo 581 do Código de Processo Penal, consoante se verifica nos casos de reconhecimento da incompetência do juiz (Ação Penal 0082007-54.2005.4.03.0000/SP, rel. Des. Cecília Marcondes, 20.5.2013; Ação Penal 0083366-68.2007.4.03.0000/SP, rel. Des. Peixoto Júnior, 4.2.2013; Ação Penal 0006971-81.2006.4.03.6107/SP, rel. Des. Marli Ferreira, 9.1.2013), decretação de prescrição (Ação Penal 0018319-31.1999.4.03.0000/SP, rel. Des. Márcio Moraes, 18.10.2010), pronúncia de extinção da punibilidade (Ação Penal 0008409-19.2004.4.03.6106/SP, rel. Des. Carlos Muta, 25.5.2012; Ação Penal 0077851-91.2003.4.03.0000/SP, rel. Des. Therezinha Cazerta, 11.9.2007) e, tal como aqui verificado, declaração de nulidade do processo (Ação Penal 0006870-51.2009.4.03.6103/SP, rel. Desembargadora Federal Salette Nascimento, 19.11.2013; Ação Penal 0002730-08.2009.4.03.6124/SP, rel. Desembargador Federal Carlos Muta, 11.9.2013), impõe-se de rigor a aceitação do agravo regimental como única forma viável de submeter a controle o exercício jurisdicional inerente ao desempenho das atribuições conferidas ao Relator na ação penal originária.

Como assinala Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma da Reforma*, Malheiros, p. 192), “constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) - porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático”.

E Eduardo Talamini (*Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, p. 181.): “em qualquer caso, a atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir - sob pena de inconstitucionalidade - mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Essa é a forma de verificar se o relator correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, ao pretendido pelo órgão colegiado”.

Diante disto, no que se refere ao pleito de reapreciação formulado pela Procuradoria Regional da República (fls. 632/639), aceita a insurgência pela via adotada, no mérito, não lhe traz melhor sorte, em nada infirmando, a argumentação ora trazida à reavaliação - que não invoca qualquer elemento novo de relevo, insistindo na tese da dispensabilidade da notificação para defesa preliminar prevista no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em se tratando de ex-detentor de mandato de prefeito à época do oferecimento da peça de acusação, ou, ainda, na ocorrência de nulidade relativa, ausente a demonstração de prejuízo efetivo -, os fundamentos constantes da decisão contestada, por si próprios preservados (fls. 627/628):

No que concerne às imputações com incursão nas penas do artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67, relacionadas à eventual ocorrência de aplicação indevida de verbas federais, correspondentes ao “Fato 2” (utilização de recursos para compra de produtos alimentícios destinados a escolas do município, em detrimento da aquisição de merenda escolar para a creche a que destinado originariamente o numerário recebido) e “Fato 4” (emprego de quantia vinculada ao transporte escolar na zona rural em benefício dos alunos da zona urbana), o recebimento da inicial acusatória sem a observância da previsão contida no inciso I do artigo 2º do decreto-lei em questão – “Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro do mesmo prazo” -, tem sido entendido predominantemente como motivo determinante do reconhecimento de nulidade da decisão que dá início ao processo-crime.

Conforme asseverado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura ao enejo da apreciação pela 6ª Turma do STJ, em 12.5.2009, do *Habeas Corpus* 55.575/RR, “A *mens legis* que inspirou a fase preliminar do procedimento em testilha é clara: proteger o bom nome da Administração Pública do ajuizamento de ações penais desprovidas de lastro. Apesar de sua precariedade, a sua só pendência já colocaria na berlinda o agente público e, via de consequência, exporia a risco a credibilidade estatal”.

Assim, e independentemente de o prefeito não ser mais detentor do mandato eletivo quando do fornecimento da denúncia ou mesmo da demonstração pela defesa de prejuízo efetivo algum ante a desconsideração do rito específico, a defesa prévia “é necessária, nos termos do art. 2º, inciso II, do DL 201/67, e do art. 4º da Lei 8.038/90, tendo o sentido de evitar perseguições penais causadas por interesses escusos ou decorrentes da atividade político-partidária exercida pelos mandatários (Bazílio: 106; Fernandes; Mesquita; Romão: 15), sendo que a sua falta é causa de nulidade absoluta (STJ, HC 92209, Napoleão Maia, 5ª T., u., 5.5.09), ainda que o acusado não mais exerça o cargo de Prefeito ao tempo em que oferecida a acusação (STJ, HC 102821, Arnaldo Lima, 5ª T., u., 24.6.08) (José Paulo Baltazar Junior, *Crimes Federais*, Livraria do Advogado, 8ª edição, p. 355-356).

Embora não se desconheça orientação jurisprudencial em sentido contrário, como se verifica inclusive dos precedentes alinhados pelo Ministério Pùblico Federal em sua manifestação de fls. 622/624, a posição prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça encontra-se espelhada nas ementas abaixo:

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67. COAUTORIA. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. CITAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA. PRERROGATIVA DE FORO. RITO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, não se trata de matéria de definição de competência, em face da prerrogativa de foro, e sim de rito estabelecido em lei especial aplicável aos crimes nela previstos (art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67).

2. Imputados os crimes do Decreto-Lei 201/67 e, sendo a estes aplicado rito especial estabelecido na norma incidente, em observância ao princípio do devido processo legal, deve ser conferida a oportunidade da defesa prévia, nos termos do dispositivo supracitado.

3. Não há aplicar a regra, *mutatis mudandis*, do art. 514 do CPP, uma vez que, inserido na norma processual comum, aplica-se a todos os crimes que seguem o procedimento do estatuto processual penal, o que não é o caso.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no Recurso Especial 958.634/MG, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 17.5.2010)

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO, APENAS, DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DO ACUSADO, POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL. OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Apresentada a denúncia ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para apresentar resposta preliminar. É patente o constrangimento ilegal quando existe apenas publicação no Diário de Justiça, em nome do advogado constituído do denunciado.

2. A ausência de defesa preliminar constitui nulidade absoluta, porque desrespeita o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, encerrando inegável prejuízo ao acusado.

3. *Habeas corpus* concedido para declarar a nulidade *ab initio* do processo instaurado em desfavor do Paciente, desde o despacho de recebimento da denúncia, determinando sua notificação pessoal para oferecer defesa preliminar, nos termos do disposto no art. 4º da Lei nº 8.038/90.”

(*Habeas Corpus* 99.056/PR, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 16.2.2009)

“PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO DL 201/67. ATOS ILÍCITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS NA CONDIÇÃO DE

PREFEITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA. NULIDADE ABSOLUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A notificação para apresentar defesa prévia, nos termos do art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67, é medida que se impõe, sob pena de nulidade da decisão que recebe a denúncia sem a observância da referida norma, cujo reconhecimento independe da comprovação de prejuízo.
2. Recurso provido para anular o Processo 2005.39.00.010166-2, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará, a partir do recebimento da denúncia, a fim de que seja notificado o paciente para apresentação da defesa prévia."

(Recurso em *Habeas Corpus* 20.179/PA, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 1.9.2008)

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS. ARTIGO 2º DO DECRETO-LEI 201/1967. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. EX-PREFEITO. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A garantia do contraditório prévio, em tema de crimes de responsabilidade dos prefeitos, é obrigatória, ainda que o acusado não exerça mais a Chefia da Municipalidade e a denúncia tenha sido instruída com processo administrativo, no qual apresentou defesa.
2. Ordem concedida."

(*Habeas Corpus* 65.843/MT, 6ª Turma, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 9.4.2007) Declarada, pois, a nulidade da decisão de fl. 85 no tocante às hipóteses delitivas que tratam de crime próprio de prefeito, previstas no artigo 1º, inciso III, do Decreto-Lei nº 201/67 – “Fato 2” e “Fato 4” -, por conseguinte impõe-se de rigor o reconhecimento do desaparecimento do direito do Estado em fazer valer sua pretensão punitiva, ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, que, regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada - 8 (oito) anos (artigo 109, inciso IV, do Código Penal), tomado-se em consideração o disposto no artigo 1º, § 1º, do aludido decreto-lei, que prevê “pena de detenção, de três meses a três anos” -, consumou-se em dezembro de 2012 para ambos os crimes.

Consigne-se que em situação bastante assemelhada ao caso dos autos, no feito de registro nº 2009.61.24.002730-2, também envolvendo o alcaide de Estrela D’Oeste ora réu, em decisão de Relator neste Órgão Especial, Desembargador Federal Carlos Muta, datada de 11 de setembro do corrente ano, pronunciou-se igualmente a invalidade da aceitação da inicial acusatória e consequente extinção da punibilidade em decorrência do esgotamento do prazo prescricional.

Já quanto ao agravo de Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa (fls. 641/648), a situação retratada, a seu turno, não está a aceitar a oportunização do regimental, cujo manejo, conforme explicitado acima, circunscreve-se a hipóteses particulares, dentre as quais não se encontra o *decisum* de fls. 626/629 no tocante ao excerto em que preservada “a instauração da ação penal com relação às acusações remanescentes, em especial porque determinada por juízo àquele tempo competente para tanto, correspondentes aos ‘Fato 1’ e ‘Fato 3’, alegadamente enquadrados em tipos penais da Lei de Licitações, cujo rito específico não alberga previsão de resposta anteriormente ao recebimento da denúncia” (fl. 628, verso).

Batendo-se os co-réus contra o afastamento da nulidade relativamente à deflagração de processo-crime embasado no possível cometimento de delitos previstos nos artigos 89 e 92 da Lei 8.666/93, almejando a extensão da aludida proclamação de invalidade a toda a decisão de recebimento da denúncia, a pretensão em tela esbarra não apenas na limitação imposta pela dicção do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno, mas de igual modo na sistemática recursal retratada no inciso XIII do artigo 581 do Código de Processo Penal, que não contempla modelo de impugnação próprio à espécie:

**581.13. Recurso contra a decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte (inciso XIII):** O art. 573, CPP, determina que os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados, sendo que a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a (e, no máximo, só deles) dos atos que dele diretamente dependam ou seja circunstância, cabendo ao juízo que pronunciar a nulidade declarar os atos a que ela se estende.

Desse modo, sendo reconhecida e declarada determinada nulidade pelo juízo monocrático referente à instrução criminal, a parte que se sentir prejudicada com tal ato deverá - se assim entender conveniente - utilizar o recurso em sentido estrito.

Normalmente, as nulidades do processo são reconhecidas em favor da defesa, de modo que a utilização de tal expediente recursal se dá pelo Ministério Público ou pelo assistente da acusação. Mas não há de se esquecer que, nos termos do art. 563, CPP, as nulidades podem ser declaradas não só em favor da defesa, mas também aproveitando a acusação.

Por fim, há de se explicitar que, havendo reconhecimento de nulidade do processo pelas instâncias superiores, não há de se falar em utilização do recurso em sentido estrito, limitado que é às impugnações desse jaez em instância de primeiro grau.

Se não houver o acolhimento de nulidade argüida, a hipótese somente poderá ser impugnada mediante *habeas corpus* (se cabível) ou então suscitada como preliminar na apelação após a sentença.

(Eugenio Pacelli, Douglas Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4<sup>a</sup> ed. rev. e atual. até dezembro de 2011 - São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.111-1.112)

**Nulidade do processo:** reconhecida essa hipótese, que é típica decisão interlocatória, cabe à parte inconformada em ter que reiniciar a instrução ou reproduzir determinados atos, impugnar a decisão anulatória pelo recurso em sentido estrito. É preciso ressaltar, no entanto, que dificilmente o recurso será julgado antes da reprodução dos atos processuais, perdendo o sentido prático a sua interposição. *Negando o magistrado a anulação do processo, requerida por qualquer das partes, não cabe recurso, salvo, em casos teratológicos, a impugnação por habeas corpus* - por parte do réu, como regra - ou mesmo a reiteração da questão em preliminar de futura apelação, pela parte prejudicada.

(Guilherme de Souza Nucci, obra citada, 10<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl., p. 1.010-1.011)

“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, consoante dispõe o art. 563 do CPP, cuja incidência, de modo especial, concerne às nulidades relativas. É cristalizada a jurisprudência no sentido de que não se anula o processo, sem a comprovação desse prejuízo. A parte que lhe deu causa, por sua vez, não pode argüi-la. Consigna-se, ademais, que a nulidade há de ser suscitada na primeira intervenção processual da parte, fixando o art. 571 o momento e a oportunidade, sob pena de preclusão e considerarem-nas sanadas (art. 572). Além da tempestividade, dispõe seu inc. II: “se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim”, e o inc. III: “se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos”.

*Da decisão que rejeita o pedido de anulação*, não é cabível qualquer recurso. Admite-se sua renovação em preliminar de apelação, podendo-se a parte que se julgar prejudicada, valer-se do *habeas corpus*.

(Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2004, p. 1.462)

A corroborar que o caminho a ser seguido, à insatisfação com a rejeição da nulidade argüida no feito criminal, desborda do rol de previsão para o recurso em sentido estrito - e por tabela, pode-se bem dizer, das hipóteses de cabimento do agravo regimental no bojo da ação penal originária -, suficiente a constatação de que a via primeiramente utilizada em favor dos

acusados, quando ainda em trâmite perante o juízo de primeiro grau o processo-crime, “com vistas à declaração de nulidade do processo, determinando-se que haja citação dos Pacientes para que ofertem sua defesa preliminar ao recebimento da acusação”, consistiu no *habeas corpus* (fls. 249/255).

Rechaçado em julgamento da 2<sup>a</sup> Turma ao pressuposto de que “As questões aduzidas na presente impetração não foram submetidas à apreciação do juiz de primeiro grau, afigurando-se inadmissível o conhecimento do presente writ, sob pena de supressão de instância, consoante entendimento pacificado pela jurisprudência” (HC 2011.03.00.036279-3, rel. Des. Cecilia Mello, Diário Eletrônico de 10.2.2012), o Superior Tribunal de Justiça o confirmou sob idêntico fundamento - “Não tendo sido submetido ou apreciado pelo Tribunal a quo o tema relativo à nulidade por impedimento de apresentação de defesa prévia, não há como o Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre a matéria, vedada a supressão de instância” - (AgRg no RHC 32.863, 5<sup>a</sup> Turma, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 18.3.2013).

Quando efetivamente analisada a questão pelo juízo federal da Subseção Judiciária de Jales/SP, a pedido dos co-réus (fls. 319/321), o *decisum* proferido a esse respeito - “Indefiro o requerido pela defesa, tendo em vista que o rito previsto no Decreto-Lei nº 201/67 é aplicável somente aos Prefeitos e Vereadores, durante o exercício funcional. Segundo a denúncia, o acusado Pedro Itiro Koyanagi não exercia mais o mandato eletivo. Anoto, ademais, que a denúncia está embasada em procedimento do Ministério Público Federal, instaurado a partir de relatório da Controladoria Geral da União, dispensando a prévia notificação para a defesa preliminar.” (fl. 348) - restou inatacado, tornando à carga a defesa somente após a remessa dos autos a esta Corte, ocasião em que reiterado “o pedido de reconhecimento de nulidade da r. decisão que recebeu a denúncia, haja vista a inexistência de intimação para apresentação de defesa prévia” (fl. 619), objeto da decisão ora hostilizada.

Ainda que assim não fosse, vale dizer, mesmo que se entendesse cabível o agravo aparelhado em nome de Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa (fls. 641/648), de modo a habilitá-lo ao reexame da matéria impugnada, sucesso algum existiria na pretensão recursal de fundo, cediço que a obrigatoriedade da intimação para apresentação de defesa previamente ao recebimento da denúncia impõe-se tão-somente em se tratando de crimes próprios de prefeito constantes do Decreto-Lei 201/67, inexistindo, em relação aos delitos tipificados na Lei de Licitações - e independentemente da compreensão que se tenha sobre a conservação do rito específico da Lei 8.666/93, em detrimento do disposto no § 4º do artigo 394 do Código de Processo Penal alterado pela Lei 11.719/2008 (“As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”) -, previsão análoga nesse sentido.

Nem se diga, por fim, como aventado pelos co-réus - e sempre conjecturando hipotética aceitação do regimental -, amparados em precedente do Superior Tribunal de Justiça - “Restando demonstrado nos autos a condição de Prefeito exercida pelo paciente, quando da suposta prática de condutas ilícitas, e sendo tais condutas previstas em regulamento especial, em razão de tratar-se de prefeito municipal, afasta-se a aplicação das normas gerais, *in casu*, a Lei de Licitações, para se aplicar o DL 201/67” (RHC 11.290/MG, 5<sup>a</sup> Turma, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 15.10.2001) -, que “muitas das imputações fundadas na Lei de Licitações dispõem de tipos correlatos na Lei de Responsabilidade, sendo a oferta da defesa prévia o momento para se requerer aplicação do princípio da especialidade”, bem como que “a toda evidência os fatos narrados na denúncia não configuraram os crimes previstos na Lei de Licitações, devendo-se adequar sua correta definição jurídica” (fl. 645).

A esse propósito, e sem embargo de que os questionamentos dirigem-se especificamente à acusação consubstanciada no “Fato 1” (aquisição de gêneros alimentícios destinados a merenda

escolar, de empresas não vencedoras de processo licitatório, não dispensado, com pagamento de valor unitário superior ao estabelecido no certame), considerando-se que concernentemente ao “Fato 3” (realização de despesas com merenda escolar sem formalização de termo aditivo ou nova licitação), também enquadrado em modelo penal constante da lei federal que regula as licitações, inexiste disposição correlata ao artigo 92 da Lei 8.666/93 no Decreto-Lei 201/67, a jurisprudência consolidou-se em sentido exatamente oposto, segundo se observa das ementas de acórdãos logo transcritas, assentando-se na doutrina especializada inclusive que “o inc. XI encontra-se revogado pelo art. 89 da Lei 8.666/93” (José Paulo Baltazar Junior, *Crimes federais*, obra citada, p. 342).

Confira-se:

**AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL. CRIME PRATICADO POR EX-PREFEITO. FATO CRIMINOSO PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 8.666/93. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 89 DA LEI 8.666/93. LEI ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 89 DA LEI 9.099/95 DIANTE DA PENA MÍNIMA COMINADA AO DELITO. RECURSO IMPROVIDO.**

1. O fato criminoso imputado ao réu na inicial acusatória se ajusta, perfeitamente, ao delito tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93, visto que o mesmo está sendo acusado, justamente, de dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei.

2. O fato de o acusado ter praticado a conduta descrita na denúncia na condição de Prefeito, só por si, não atrai o tipo do art. 1º, XI, do Decreto-Lei 201/67, eis que a Lei 8.666/93 trata especificamente de crimes nas licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no âmbito municipal.

3. Cabe ressaltar que o fato descrito na denúncia foi praticado na vigência da Lei 8.666/93.

4. Estando correta a tipificação da conduta do acusado feita na prefacial acusatória, mostra-se incabível a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, diante da pena mínima de 03 (três) anos de detenção cominada ao delito imputado.

5. Recurso improvido.

(STF, Plenário, Ag. Reg. na Ação Penal 493/PB, rel. Ministra Ellen Gracie, DJe de 30.4.2010)

**HABEAS CORPUS. PREFEITO DENUNCIADO POR TER DISPENSADO LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PARA DEFESA DO MUNICÍPIO. ARTIGOS 24 E 25 DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA PREFEITURA MUNICIPAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO COM BASE NO ARTIGO 89, DA LEI 9.099/95. APLICAÇÃO DO ARTIGO 89, DA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). ENTENDIMENTO QUANTO À REVOGAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 1º, DO DECRETO-LEI 201/67 PELA LEI FEDERAL 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DE “HABEAS CORPUS” DENEGADA PARA QUE SE RESTABELEÇA O ANDAMENTO DA AÇÃO PENAL.**

Ordem em “habeas Corpus” denegada para que se restabeleça o andamento da ação penal.

(STJ, 5ª Turma, HC 121.708/RJ, rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe de 27.9.2013)

Posto isso, não conheço do recurso interposto pelos co-réus Pedro Itiro Koyanagi e José Afonso Costa (fls. 641/648) e nego provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal (fls. 632/639).

*É o voto.*

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

## **AGRADO DE EXECUÇÃO PENAL**

**0008014-37.2012.4.03.6109**

**(2012.61.09.008014-5)**

Agravante: IEDA MARIA CONTARINI BOSCAROL

Agravada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNÃO POMPÉO

Classe do Processo: AgExPe 443

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2014

### **EMENTA**

**EXECUÇÃO PENAL. PENA DE INTERDIÇÃO DE DIREITOS. TERMO INICIAL DE CUMPRIMENTO. AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA DESIGNADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE. FISCALIZAÇÃO DO EFETIVO CUMPRIMENTO DA MEDIDA IMPOSTA. AGRADO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO.**

1. A divergência estabelecida no recurso consiste em saber qual é efetivamente o termo temporal que marca o início do cumprimento da pena de interdição temporária de direitos (consistente na proibição de freqüentar bares, boates e inferninhos depois das 22h00, pelo prazo da condenação): a data do trânsito em julgado da sentença condenatória (tese defendida pela parte agravante) ou a data da audiência admonitória na qual o Juízo da execução penal estabelece a forma e as condições para o cumprimento da medida aplicada (tese que norteou a decisão impugnada e que é defendida pela MPF).

2. Em síntese, a parte agravante entende que com o trânsito em julgado já se iniciou automaticamente o início do período de cumprimento da pena restritiva de direito consistente na proibição de freqüentar bares, boates e inferninhos depois das 22h00, pelo prazo da condenação, motivo pelo qual na data designada para a realização da audiência admonitória a pena já estaria parcialmente cumprida.

3. A espontaneidade do condenado em se sujeitar à reprimenda fixada não dispensa o aparato judiciário de desempenhar os atos previstos na legislação tendentes à operacionalização da punição, sobretudo no que tange ao estabelecimento de critérios e condições específicas a serem observadas pelo apenado durante o período de vigência da medida punitiva, permitindo, assim, a fiscalização da conduta do condenado para verificar se efetivamente a medida está sendo cumprida.

4. O artigo 66, inciso V, alínea “a”, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) insere entre as competências do Juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução. Ademais, no âmbito da fiscalização da pena restritiva de direitos cabe ao Juízo da Execução analisar o cometimento de falta grave, nos termos previstos pelo artigo 51 da Lei de Execução Penal.

5. Portanto, não se pode admitir a execução da pena sem qualquer controle por parte do órgão punitivo, não sendo razoável deixá-la ao arbítrio do próprio apenado, tal como postulado neste recurso.

6. Agrado em execução penal desprovido.

## ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de janeiro de 2014.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO (Relator): Trata-se de agravo em execução interposto por *Ieda Maria Contarini Boscariol* contra decisão que fixou a data da audiência admonitória (14.03.2012) como o início do cumprimento da pena de interdição temporária de direitos.

Sustenta a defesa, em síntese, que o marco temporal para o início do cumprimento da pena de interdição de direito ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aduz que já teria cumprido a interdição aplicada, não se justificando a audiência admonitória realizada para esse fim.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 112/116).

O MM. Juiz de primeiro grau manteve a decisão impugnada (fl. 118), tendo os autos subido à esta Corte.

Dispensada a revisão na forma regimental.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO (Relator): A divergência estabelecida no recurso consiste em saber qual é efetivamente o termo temporal que marca o início do cumprimento da pena de interdição temporária de direitos (consistente na proibição de freqüentar bares, boates e inferninhos depois das 22h00, pelo prazo da condenação): a data do trânsito em julgado da sentença condenatória (tese defendida pela parte agravante) ou a data da audiência admonitória na qual o Juízo da execução penal estabelece a forma e as condições para o cumprimento da medida aplicada (tese que norteou a decisão impugnada e que é defendida pela MPF).

Em síntese, a parte agravante entende que com o trânsito em julgado já se iniciou automaticamente o início do período de cumprimento da pena restritiva de direito consistente na proibição de freqüentar bares, boates e inferninhos depois das 22h00, pelo prazo da condenação, motivo pelo qual na data designada para a realização da audiência admonitória a pena já estaria parcialmente cumprida (fls. 85/87).

Analizando os autos concluo que a pretensão deduzida pela parte agravante não merece acolhimento.

A espontaneidade do condenado em se sujeitar à reprimenda fixada não dispensa o aparelho judiciário de desempenhar os atos previstos na legislação tendentes à operacionalização

da punição, sobretudo no que tange ao estabelecimento de critérios e condições específicas a serem observadas pelo apenado durante o período de vigência da medida punitiva, permitindo, assim, a fiscalização da conduta do condenado para verificar se efetivamente a medida está sendo cumprida.

A propósito, o artigo 66, inciso V, alínea “a”, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) insere entre as competências do Juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução.

Ademais, no âmbito da fiscalização da pena restritiva de direitos cabe ao Juízo da execução analisar o cometimento de falta grave, nos termos previstos pelo artigo 51 da Lei de Execução Penal:

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

- I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
- II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
- III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Portanto, não se pode admitir a execução da pena sem qualquer controle por parte do órgão punitivo, não sendo razoável deixá-la ao arbítrio do próprio apenado, tal como postulado neste recurso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo em execução, mantendo a r. decisão proferida pelo e. Juízo da Execução Penal (fls. 105/106).

É como voto.

Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÊO - Relator

**MANDADO DE SEGURANÇA  
0007418-13.2013.4.03.0000  
(2013.03.00.007418-8)**

Impetrante: CLARO S/A

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Litisconcorrente Passivo: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2013

**EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL CONSISTENTE NA QUEBRA DOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. ATRASO INJUSTIFICADO NO CUMPRIMENTO DA ORDEM POR PARTE DA EMPRESA DE TELEFONIA. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO VALOR. SEGURANÇA DENEGADA.

I - Mandado de segurança impetrado por empresa de telefonia em que se discute a eventual ocorrência de violação a direito líquido e certo decorrente de ato judicial consubstanciado na ratificação de multa diária, no valor total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por demora no cumprimento de ordem judicial.

II - O § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil não restringe a sua aplicação ao réu. A cominação da multa diária também encontra amparo no artigo 14, inciso V e parágrafo único, daquele Código, sendo dever de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais.

III - No tocante à sua caracterização apenas como técnica sub-rogatória, não prospeiram os argumentos da Impetrante, pois o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil também assume feição coercitiva, uma vez que inclui a multa por tempo de atraso dentre as medidas que poderão ser utilizadas para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção de resultado prático equivalente. Precedentes.

IV - Não há ilegalidade decorrente da iniciativa do Juízo criminal em praticar atos de execução da multa, pois apenas houve determinação do depósito do montante em conta judicial e porque o condicionamento à sua efetividade não pode depender de eventual propositura de execução fiscal, sob pena de perda da sua força coercitiva.

V - As escusas apresentadas pela Impetrante não justificam o afastamento da multa.

VI - O valor da multa deve ser mantido em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), uma vez que a Impetrante possui considerável capacidade econômica e a sanção deve servir de instrumento inibitório da ineficiência do setor destinado ao atendimento das determinações judiciais, de modo a forçar o seu aprimoramento e estimular o cumprimento daquelas ordens.

VII - Segurança denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator), com quem votaram o Desembargador Federal PAULO FONTES (em antecipação de voto), o Juiz Federal Convocado FERNÃO POMPÉO (em antecipação de voto), os Desembargadores Federais PEIXOTO JUNIOR (em antecipação de voto), JOSÉ LUNARDELLI (voto-vista) e TORU YAMAMOTO; os Juízes Federais Convocados RUBENS CALIXTO, MÁRCIO MESQUITA e LEONEL FERREIRA e o Desembargador Federal LUIZ STEFANINI. Vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW que, em antecipação de voto, concedia a segurança.

São Paulo, 05 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *mandado de segurança*, com pedido de liminar, impetrado por CLARO S/A em face de aduzida violação a direito líquido e certo praticada pelo MM. Juízo Federal da 1<sup>a</sup> Vara da Subseção Judiciária de São José dos Campos - SP, consubstanciada na aplicação de *multa diária* em virtude do não cumprimento de ordem judicial, no prazo determinado.

Em sua *petição inicial*, a *Impetrante*, após sustentar o cabimento da ação, pugna pelo reconhecimento da ilegalidade do ato judicial, pelos seguintes motivos: *a)* impossibilidade de aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil, para a fixação de multa coercitiva a *terceiros*, dada a ausência de previsão legal para a sanção (*artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988*), tanto que o autor é o destinatário da multa, não havendo previsão legal da sua destinação ao Estado; *b)* que a multa também não se coaduna com o § 5º do artigo 461 do diploma processual civil, uma vez que se trata de tutela executiva *lato sensu*, caracterizada como *técnica sub-rogatória*, não atuando mediante ato de expropriação de bens; *c)* ainda que se entenda cabível a aplicação, é *vedada a prática de atos de execução* da multa coercitiva nos autos da ação penal e por iniciativa do Juízo criminal, de modo que eventual execução ficaria condicionada à remessa dos autos à Fazenda Pública; *d)* que a determinação judicial foi *cumprida*, o que demonstra a boa-fé, não havendo intuito procrastinatório, pois diversos fatos alheios à vontade da Impetrante contribuíram para o atraso; *e)* necessidade de *redução da multa*, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, totalizando R\$ 1.400.000,00 (hum milhão e quatrocentos mil reais), caso não seja anulada, pois atingiu valor excessivo, o que viola o princípio da razoabilidade, motivo pelo qual requer a sua redução para o montante de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia.

Pede, liminarmente, a suspensão dos efeitos do ato e, no mérito, a concessão definitiva da segurança para anular a multa imposta ou, subsidiariamente, reduzir o seu valor.

O pedido de liminar foi deferido, suspendendo-se os efeitos do ato judicial impugnado até o julgamento do mérito da impetração (fls. 97/97vº).

A autoridade impetrada prestou informações, esclarecendo que os autos originários foram redistribuídos ao MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Caraguatatuba - SP (fls. 102/102vº).

Requisitadas novas informações, o MM. Juízo Federal de Caraguatatuba - SP esclareceu que ratificou a multa aplicada pelo MM. Juízo Federal de São José dos Campos - SP, reduzindo-a para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fundamento no disposto no artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil (fls. 120/121vº).

Instada a se manifestar, a Impetrante reiterou o seu interesse na impetração e emendou a petição inicial para constar como autoridade impetrada o MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Caraguatatuba - SP (fls. 122/124).

A medida liminar foi ratificada (fl. 126).

Devidamente intimada, a União Federal requereu o seu ingresso no presente feito e pugnou pela denegação da segurança (fls. 130/132).

A Procuradoria Regional da República opinou concessão da segurança (fls. 134/138vº).

*É o breve relatório.*

*Dispensada a revisão.*

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Anoto, de início, o *cabimento* do mandado de segurança, uma vez que a Impetrante é terceira estranha ao procedimento em que foi proferido o ato judicial impugnado e por não haver previsão de recurso específico para impugná-lo.

No tocante ao *mérito*, discute-se, no presente mandado de segurança, a eventual ocorrência de violação a direito líquido e certo decorrente de ato praticado pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Caraguatatuba - SP, consubstanciado na ratificação de multa, no *valor total* de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por demora no cumprimento de ordem judicial.

Para a melhor compreensão dos fatos, transcrevo trecho do *Ofício nº 0483/2012*, datado de 03/10/2012, encaminhado pelo Departamento da Polícia Federal (SR/SP - Delegacia de Polícia Federal de São Sebastião) que sintetiza, com precisão, os fatos que ensejaram a aplicação da multa:

### Meritíssimo Juiz

Como é de conhecimento de Vossa Excelência, no dia 08 de maio próximo passado, uma quadrilha composta de elementos fortemente armados explodiu um caixa eletrônico do banco Bradesco e outros da Agência da Caixa Econômica Federal, ambos no centro de Ilhabela, logrando subtrair vultosa quantia em dinheiro.

Durante a investigação, representou-se ao juízo pela quebra do sigilo dos registros das comunicações telefônicas, a fim de que se determinasse às operadoras de telefonia móvel que fornecessem os números de telefone que acionaram as ERBs que cobre o local do crime e informassem a “bilhetagem” (ligações efetuadas e recebidas) desses números, o que foi deferido em 23/05/2012 (fls. 133/140).

Juntamente com o relatório das análises, informou-se ao juízo que todas as operadoras haviam cumprido a determinação judicial, exceto a operadora *CLARO*, razão porque o MPF se manifestou pela expedição de novo ofício à referida operadora dando prazo de 72 horas para cumprimento das determinações judiciais, sob pena de DESOBEDIÊNCIA (fls. 156/157) - deferimento em 28/06/2012 (fls. 185/186).

Em 16/07/2012 elaborou-se uma nova representação (fls. 224/229) fazendo constar que, *in verbis*:

“Reputamos muito grave a desídia com que a *CLARO* tem tratado as determinações judiciais, eis que essa operadora, instada a fornecer os números de telefone que acionaram as ERBs que cobrem o local dos fatos no momento do crime, *até hoje não atendeu a determinação judicial contida no ofício 388/2012, datado de maio/2012*. Pior que isso: a reiteração desse pedido e a solicitação da bilhetagem referente ao período de 03/05/2012 a 13/05/2012, materializada nos *ofícios 387/2012 e 388/2012* (transmitidos àquela operadora por fax em 04/07/2012, assinalando o prazo improrrogável de 72 horas para que a operadora cumpra o que foi requisitado), *até o momento, também não foram atendidos pela Operadora CLARO*, o que está impossibilitando a análise dos terminais telefônicos dessa operadora (oportunamente, deveremos encaminhar cópia das principais peças à SR/DPF/SP para apuração de um possível crime de desobediência)”

...  
*“REPRESENTO, por fim, para que o JUÍZO REITERE À OPERADORA CLARO os termos dos ofícios 387/2012 e 388/2012 (salvo a interceptação telefônica constante deste último, que já foi efetivada) SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, uma vez que tais ofícios não foram atendidos pela citada operadora no prazo assinalado e que esse não atendimento está prejudicando as investigações”*

O MPF concordou conosco e pugnou por uma multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia à pessoa física e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia à empresa CLARO S/A, em caso de descumprimento (fls. 230/232v).

Em nova decisão, datada de 25/07/2012, o juízo determinou que fossem reiterados à operadora CLARO os referidos ofícios, dando o prazo improrrogável de 72 horas para cumprimento das determinações, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 por dia (fls. 236/238). Conforme consta em nossos registros, esse ofício foi recebido pela empresa em 27/07/2012, às 15h30min, sendo que a resposta da citada operadora somente chegou às 17h28min do dia 14/08/2012 (vide histórico em anexo).

Então, para que Vossa Excelência tenha ciência dos fatos e adote as medidas que entender cabíveis, esta autoridade confeccionou o presente ofício, o qual narra a demora da Operadora CLARO em cumprir as determinações contidas no ofício 433/2012-SC 01-J1 240. Para melhor ilustrar a cronologia dos fatos, elaborou-se um “histórico do pedido feito à operadora Claro”, que vai anexo ao presente. (fls. 56/57)

A empresa postulou o afastamento da multa aplicada (fls. 76/79), sobrevindo a seguinte decisão:

Fls. 288/291, 301/301vº: Trata-se de pedido da empresa de telefonia Claro S/A no sentido de que este Juízo reconsidera a decisão de fls. 236/238, no tocante à aplicação da multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por descumprimento, sob a alegação de que houve atendimento aos ofícios encaminhados por este Juízo não obstante o atraso para cumprimento da ordem judicial expedida, diante da complexidade dos dados requisitados.

Instado a se manifestar, o membro do Ministério Público Federal requer a manutenção da pena de multa imposta, diante da falta de elementos que justificam o não cumprimento das ordens judiciais direcionadas à referida empresa.

É o sucinto relatório.

**DECIDO.**

Razão assiste ao membro do Ministério Público Federal quando pugna pela manutenção da pena de multa imposta à empresa CLARO, uma vez que os fundamentos que sustentam as alegações da empresa peticionante não se mostram suficientes e adequados para que este Juízo reconsidera a imposição da multa imposta. É de se ver que a jurisdição criminal, em especial no que respeita a medidas de investigação, demanda o atendimento célere e estrito, pois, do contrário, lida-se com o risco concreto de que as apurações sejam frustradas pelo fator temporal.

O interesse da sociedade deve ser adequadamente preservado, de modo que às empresas de telefonia e telecomunicações em geral cabe aparelhar setores técnica e organicamente habilitados, em cumprimento ao escopo da Lei nº 9.296/96, para processar e atender requisições judiciais com prontidão.

Ademais, como bem salientado pelo MPF, idênticos pedidos foram feitos a outras empresas de telefonia celular, os quais, por seu turno, foram atendidos com o rigor esperado. No caso, a autoridade policial traz uma detalhada cronologia (fls. 253/254) e o histórico de mensagens trocadas com a empresa (fls. 255/269).

No caso da empresa postulante, além da própria decisão que determinara a interceptação telefônica (fls. 133/140) sob os rigores da lei, outra ocasião teve na decisão de fls. 185/187, que determinara a reiteração do ofício para cumprimento no prazo de 72 (setenta e duas horas), sob pena de tipificação no crime de desobediência. Igualmente não atendida a determinação, aí enfim este Juízo, acatando em parte manifestação ministerial, determinou a imposição de multa diária por novo não atendimento, com esteio nos arts. 3º do CPP e 461 do CPC, segundo o qual, em suma, dispõe o Estado-juíz dos meios executivos para o cumprimento específico de obrigações de fazer, havendo então uma segunda

Sobre a fixação de multa, cabe asseverar que a multa-coerção ou coercitiva não se confunde com a multa-sanção. Aquela é medida de apoio; no caso, medida de execução indireta. Ou, no dizer do processualista Eduardo Talamini, “mecanismos indutivos negativos”, os quais visam a “influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica. Busca-se induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal, caso ele desrespeite um comando” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 171).

A se reconsiderar a multa fixada ante o cabal descumprimento quando enfim houver o cumprimento, em especial por considerar a necessidade inadiável de atendimento em caso de interceptações telefônicas (pois o não atendimento faz “capenga” a investigação, que deve correr sincronizadamente), então a decisão judicial estaria ignorando a efetividade da multa enquanto instrumento de coerção indireta, reduzindo-a a uma mera simbologia.

Em relação ao montante da multa e ao argumento de que a empresa Claro S/A não teve intenção de desobedecer ou retardar o cumprimento da ordem judicial, senão por relatar a complexidade dos procedimentos (fls. 290/291), bem se observa que todas as outras operadoras atenderam prontamente às determinações, não sendo necessária sequer uma reiteração de ofício. Apesar não haver recalcitrância, não houve evento de força maior ou caso fortuito que chegassem perto de justificar a mora, e com razão o MPF diz que “(...) nesse entretanto de quase quatro meses, o prejuízo à persecução penal não poder sequer ser calculado. Tratava-se, como esse DD. Juízo Federal bem sabe, de uma investigação criminal com indiciados presos, de que resultou uma ação penal proposta pelo Ministério Pùblico Federal sem que as diligências referentes às linhas da Operadora Claro S/A que ação penal que não ofereceu a oportunidade, para a acusação e para a defesa, de usar a prova cuja produção dependia necessariamente da cooperação da Claro S/A”. (fls. 301/301vº)

No caso, como pontua o MPF sobre a redução da multa , o que adoto como razão de decidir: “Ressalte-se que a companhia, no caso, tem invejável capacidade econômica e financeira, fazendo parte de um dos grupos econômicos internacionais líderes na prestação de serviços de telecomunicações na América Latina, especialmente nos dois maiores mercados regionais, México e Brasil, a saber, o grupo América Móvil” (fls. 301/301vº).

Em face do exposto, considerando o atraso injustificável ocasionado para atendimento das determinações judiciais, INDEFIRO o quanto requerido pela postulante e determino seja deprecada a intimação dos representantes legais da empresa telefonia CLARO, para que comprove o pagamento de R\$ 1.400.000,00 (hum milhão e quatrocentos mil reais), a título de multa -diária R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por atraso ao cumprimento de ordem judicial,

considerando o termo *a quo*, 31 de julho de 2012 (72 horas a partir do ofício de reiteração expedido por obra da decisão fixadora da multa - fls. 245/248) e como termo ad quem 13 de agosto de 2012, véspera da data em que houve e foi noticiado o cumprimento (fl. 283), nos estritos termos da decisão de fls. 236/237. Deverá o referido valor ser depositado em conta judicial vinculada ao presente processo a ser aberto junto à Caixa Econômica Federal. Ressalto, ainda, que o valor imposto mostra-se adequado e suficiente, tendo-se em conta a capacidade econômica e financeira da aludida empresa. (fls. 83/86)

Com a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Caraguatatuba - SP, sobreveio a prática do ato judicial de fls. 120/121vº em que a multa foi ratificada, sendo reduzido o seu valor total para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e determinado o depósito em conta judicial vinculada ao processo a ser aberta na Caixa Econômica Federal.

Feita uma breve exposição dos fatos, passo à análise dos fundamentos da impetração.

A Impetrante sustenta a impossibilidade de aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil, pois teria como destinatário apenas o réu.

Tal argumento, contudo, não procede, uma vez que o § 5º daquele dispositivo processual não restringe a sua aplicação ao réu. Ademais, a cominação de multa também encontra amparo no artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, sendo dever de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais.

No tocante à sua caracterização apenas como técnica sub-rogatória, não prosperam os argumentos da Impetrante, pois o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil também assume feição coercitiva, uma vez que inclui a multa por tempo de atraso dentre as medidas que poderão ser utilizadas para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional Federal admite a aplicação de multa, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO. TROCA DE MENSAGENS, VIA E-MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCAMENTE BRASILEIRA. DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. (STJ, Corte Especial, Inquérito 784, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 28/08/2013)

MANDADO DE SEGURANÇA - PENAL - PROCESSO PENAL - PROCESSO CIVIL - QUEBRA DE SIGILO DE DADOS - PROCESSO SIGILOSO - ACESSO DA ÍNTEGRA DA DECISÃO A MERO DESTINATÁRIO DA ORDEM JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL - POSSIBILIDADE - VALOR DA MULTA DIÁRIA - ORDEM DENEGADA. 1 - A impetrante não é parte no procedimento investigatório originário, que se encontra sob sigilo total, motivo pelo qual a exposição dos detalhes que levaram à decisão judicial ora impugnada se mostraria ilegal, vez que resultaria na quebra do sigilo decretado no procedimento investigatório.

Não cabe à impetrante exercer o controle de legalidade sobre os fundamentos utilizados pela autoridade impetrada, uma vez que é mera executora da referida ordem, sendo certo que referido controle será oportunamente realizado pela parte que possui legitimidade para tal.

2 - A impetrante é pessoa jurídica de direito privado que exerce suas atividades em território nacional e, diante disso, deve se sujeitar à legislação brasileira, especialmente no que tange às determinações judiciais que visam a apuração de delitos ocorridos em território nacional, o que implica obrigatoriamente na aplicação da Lei Penal Brasileira, nos termos do artigo 5º do Código Penal.

3 - Não se mostram viáveis as alegações da impetrante quando pretende sobrepor a organização interna da pessoa jurídica de direito privado ao ordenamento jurídico pátrio, sendo certo ademais, que qualquer inviabilidade técnica para o cumprimento da ordem judicial, que não restou demonstrada, deverá ser superada pela impetrante, uma vez que suas atividades em território nacional somente podem ser admitidas quando em consonância com o direito pátrio.

4 - *A possibilidade do Juízo criminal fixar multa diária pelo descumprimento da obrigação imposta à impetrante, destinatária direta da ordem judicial, se encontra expressamente autorizado pela legislação brasileira, como se depreende da simples leitura do disposto no artigo 3º, do Código de Processo Penal e artigo 14, caput c.c. inciso V e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

5 - No que se refere ao valor da multa diária imposta pelo Juízo Impetrado, verifico que se mostra em consonância com as particularidades do caso concreto, onde há notícias de reiterados descumprimentos de ordens judiciais da mesma natureza por parte da impetrante, bem como observa seu elevado poder econômico, considerando-se que o valor da multa deve motivar o cumprimento da determinação judicial, o que não ocorreria caso fixada em patamar ínfimo em comparação ao patrimônio da impetrante.

6 - Segurança denegada.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, MS 343.357, Registro nº 00040188820134030000, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, DJ 23/08/2013, por maioria - grifei)

Também não há que se falar em ilegalidade decorrente da iniciativa do Juízo criminal em praticar atos de execução da multa. Com efeito, houve determinação apenas do *depósito* do montante em conta judicial e o condicionamento à sua efetividade não pode depender de eventual propositura de execução fiscal, sob pena de perda da sua força coercitiva.

As escusas apresentadas pela Impetrante não justificam o afastamento da multa, que deve ser mantida até mesmo para que sejam adotadas medidas de aprimoramento do setor que atende as determinações judiciais.

Apenas para ilustrar as deficiências no serviço prestado, menciono o documento de fl. 69, ocasião em que a Impetrante informa que em 08/08/2012 fora localizado o ofício de reiteração (Ofício 433/2012, enviado em 27/07/2012), o documento de fl. 73, em que uma funcionária da Impetrante esclarece que “o sistema tem passado por uma grande lentidão” e o pedido de reconsideração de fls. 76/79, oportunidade em que foi reconhecida a demora, embora impuvável à complexidade da ordem.

Anote, enfim, que entendo que o valor da multa deve ser mantido em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), uma vez que a Impetrante possui considerável capacidade econômica e a sanção deve servir de instrumento inibitório da ineficiência do setor destinado ao atendimento das determinações judiciais, de modo a forçar o seu aprimoramento e estimular o cumprimento das ordens judiciais.

Diante do exposto, *denego a segurança.*

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

**CONFLITO DE JURISDIÇÃO**  
**0023523-65.2013.4.03.0000**  
**(2013.03.00.023523-8)**

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE SOROCABA - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 8<sup>a</sup> VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO – SP

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: CJ 15504

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/12/2013

**EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE SUBSTÂNCIA QUE APARENTA TRATAR-SE DE SEMENTES DE MACONHA. ART. 33 C.C. ART. 40, INC. I, LEI Nº 11.343/06. REMESSA PELA VIA POSTAL. COMPETÊNCIA FIXADA PELO DOMICÍLIO DO INVESTIGADO CONSIDERANDO O CARÁTER UBÍQUO DO TIPO PENAL DO TRÁFICO E AS PECULIARIEDADES DO CASO CONCRETO. CONHECIMENTO E IMPROCEDÊNCIA DO CONFLITO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. “Embora ainda não haja denúncia oferecida e não inaugurada a fase judicial propriamente dita, é firme o entendimento desta Corte de que, se os Juízes encapam as manifestações do Ministério Público e declaram-se igualmente incompetentes para acompanhar o Inquérito, é caso de conflito de competência e não de atribuição, uma vez que já houve efetivo pronunciamento judicial antecipado acerca da competência” (STJ, CC nº 110.304/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 28.04.2010, DJe 21.05.2010). Preliminar rejeitada. Conflito conhecido.

2. A hipótese versa sobre inquérito policial instaurado para apurar a prática do crime previsto no art. 33 c.c. o art. 40, inc. I, ambos da Lei nº 11.343/06, tendo em vista a apreensão, no âmbito da Alfândega da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de substância aparentando trata-se de sementes de maconha. Tal apreensão ocorreu na cidade de São Paulo/SP e no envelope onde foi encontrado o objeto material do crime, oriundo da Antuérpia/Bélgica, verificou-se a indicação de destinatário na cidade de Itapetininga/SP.

3. O tipo penal previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois elenca várias condutas típicas, sendo que o delito se consuma com a prática de qualquer uma das condutas proscritas, notadamente por se tratar de crime de perigo abstrato.

4. Dados o caráter ubíquo do crime de tráfico e as particularidades do caso concreto, reputo que o lugar da infração não é o melhor critério para a definição da competência na hipótese vertente.

5. Sem dúvida, ainda que se possa considerar que o pretenso crime de tráfico investigado nestes autos tenha se consumado, na modalidade importar, na cidade de São Paulo/SP, onde ocorreu a apreensão alfandegária, - o que atrairia, a princípio, a competência do Juízo Suscitado -, fato é que não se pode ignorar que o investigado e suposto autor do delito reside, ao que tudo indica, na cidade de Itapetininga/SP,

município sujeito à jurisdição do Juízo Suscitante.

6. Em sendo assim, e considerando que as regras de competência estatuídas nos artigos 69 e seguintes do CPP, visam, sobretudo, facilitar a colheita de provas com a finalidade de permitir uma apuração mais eficaz e expedita da infração penal, reputo que, na hipótese, a solução que melhor atende a *ratio* das regras de fixação de competência na seara processual penal é aquela que prestigia a competência do Juízo Suscitante.

7. A solução ora preconizada, além de prestigiar os princípios da duração razoável do processo, da ampla defesa e do contraditório e da identidade física do juiz - dos quais as regras de competência são ou deveriam ser corolários -, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em casos tais, à vista da ubiquidade de certas infrações penais - v.g. tráfico de entorpecentes e insumos destinados à preparação de drogas, evasão de divisas - e no intuito de facilitar a coleta de provas e a defesa dos acusados, tem preferido critérios outros como o lugar da infração ou a prevenção em favor da competência do Juízo em que domiciliado o réu ou o investigado.

8. Entendimento contrário poderia acarretar uma sobrecarga anormal dos trabalhos de subseções judiciais situadas em grandes capitais, por onde circulam inicialmente as mercadorias importadas por residentes em outras regiões do país.

9. Conflito negativo que se conhece e que se julga improcedente para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP, o Suscitante.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito e julgar-lhe improcedente, para declarar a competência do Juízo Suscitante, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP em face do Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP nos autos do Inquérito Policial nº 000810-41.2013.4.03.6181, instaurado para apurar a eventual prática do delito tipificado no artigo 33 c.c. artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, pois, em data desconhecida, em agência de postagem na Antuérpia/Bélgica, indivíduo que se identificou como PROMO NV, com endereço declarado Koolkaaia 3, remeteu para PEDRO FELIPE BORTOLETTO, no endereço Expedicionários Itapetininganos, 1740, Itapetininga/SP, uma encomenda contendo em seu interior substâncias que, diante de suas características e forma de apresentação, aparentam tratar-se de sementes de maconha.

A encomenda foi interceptada em São Paulo/SP e os autos do sobreditio inquérito policial foram inicialmente distribuídos ao Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP que, por intermédio da decisão de fl. 13, acolheu a manifestação ministerial, reconhecendo sua incompetência para processar e julgar o caso em comento, declinando da competência em

favor da Subseção Judiciária Federal de Sorocaba/SP - que detém jurisdição sobre a cidade de Itapetininga/SP -, nos termos do artigo 70, do Código de Processo Penal.

Os autos foram recebidos pelo Juízo Federal da 2<sup>a</sup> Vara de Sorocaba/SP e, em seguida, encaminhados à Procuradoria da República do Município de Sorocaba/SP, que, invocando o artigo 70, § 2º, do Código de Processo Penal, requereu a devolução dos autos à Subseção Judiciária de São Paulo/SP, sob o entendimento de que o referido artigo dispõe que “quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido seu resultado”.

Desse modo, o Juízo da 2<sup>a</sup> Vara de Sorocaba/SP suscitou o presente conflito negativo de jurisdição, nos termos do artigo 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição Federal de 1988.

Foi dispensada a oitiva dos juízes conflitantes, eis que o conflito foi suscitado nos autos do próprio inquérito policial (fls. 25).

Em parecer da lavra da ilustre Procuradora Regional da República Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, o Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do conflito, por se tratar de inquérito que tramita diretamente entre a Polícia Federal e o *Parquet* Federal, conforme dispõe a Resolução nº 63/09 do Conselho da Justiça Federal, de modo que, na hipótese, não haveria de se cogitar de conflito de jurisdição, mas, sim, de conflito de atribuição entre membros do Ministério Público (fls. 32/34).

Para o caso em que ultrapassada a preliminar arguida, a ilustrada Procuradora Regional da República manifestou-se pela procedência do conflito (fls. 32/34).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): De início, rejeito a preliminar de não conhecimento do conflito.

Com efeito,

A partir do momento em que um inquérito policial é distribuído a um juiz, ainda que exclusivamente para fins de registro no banco de dados do Poder Judiciário, e ressalvadas situações excepcionais, tal providência importa na prevenção do juízo, por distribuição (arts. 75 e 83, CPP), razão pela qual não poderia órgão diverso definir questão de competência. Precedentes do STF e do STJ.

(TRF5, CC nº 1723, Rel. Des. Fed. Convocado Maximiliano Cavalcanti, Pleno, unânime, DJ 29.07.2009 - negritei)

No mesmo sentido do julgado em epígrafe, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça (negritei):

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. FATOS EM FASE DE INVESTIGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. EFETIVO PRONUNCIAMENTO DOS JUÍZES, ENCAMPANDO AS MANIFESTAÇÕES DO MP, RECUSANDO ANTECIPADAMENTE A COMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. CRIME FORMAL E INSTANTÂNEO. CONSUMAÇÃO NO LOCAL EM QUE REALIZADA A PROMESSA DA VAN-

TAGEM INDEVIDA E DE ONDE SUPOSTAMENTE SAÍRAM OS VALORES OFERTADOS. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 1<sup>a</sup> VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, O SUSCITADO.

*1. Embora ainda não haja denúncia oferecida e não inaugurada a fase judicial propriamente dita, é firme o entendimento desta Corte de que, se os Juízes encapam as manifestações do Ministério Público e declaram-se igualmente incompetentes para acompanhar o Inquérito, é caso de conflito de competência e não de atribuição, uma vez que já houve efetivo pronunciamento judicial antecipado acerca da competência [...].*

(CC nº 110.304/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 28.04.2010, DJe 21.05.2010)

Por tais razões, *conheço do presente conflito de jurisdição.*

*No mérito, não assiste razão ao Juízo Suscitante.*

Como cediço, segundo o disposto no artigo 70 do Código de Processo Penal, a competência será definida, em regra, pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Por sua vez, o tipo penal previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois elenca várias ações típicas, sendo que o delito se consuma com a prática de qualquer uma das condutas proscritas, notadamente por se tratar de crime de perigo abstrato.

Vale dizer: o crime em questão, de largo espectro típico, caracteriza-se como crime plurisubstancial, e se considera praticado e consumado em qualquer (e em todos) os momentos (e lugares) em que o agente pratique alguma das ações descritas no artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Dados o caráter ubíquo do crime de tráfico de entorpecentes e insumos destinados à preparação de drogas e as particularidades do caso concreto, reputo que o lugar da infração não é o melhor critério para a definição da competência na hipótese vertente.

Sem dúvida, ainda que se possa considerar que o pretendido crime de tráfico investigado nestes autos tenha se consumado, na modalidade *importar*, na cidade de São Paulo/SP, onde ocorreu a apreensão alfandegária, - o que atrairia, a princípio, a competência do Juízo Suscitado -, fato é que não se pode ignorar que o investigado e suposto autor do delito reside, ao que tudo indica, na cidade de Itapetininga/SP, município sujeito à jurisdição do Juízo Suscitante.

Em sendo assim, e considerando que as regras de competência estatuídas nos artigos 69 e seguintes do Código de Processo Penal, visam, sobretudo, facilitar a colheita de provas com a finalidade de permitir uma apuração mais eficaz e expedita da infração penal, reputo que, na hipótese, a solução que melhor atende a *ratio* das regras de fixação de competência na seara processual penal é aquela que prestigia a competência do Juízo Suscitante.

Com efeito, estou convicto de que, ao se adotar solução diversa, os atos instrutórios da eventual ação penal que resultar do presente inquérito - se não todos, mas a maior parte deles - terão de ser deprecados ao Juízo Suscitante, porque é sob sua jurisdição que se encontra domiciliado o investigado e, muito provavelmente, as testemunhas que serão ouvidas em sua defesa. Aliás, a própria autodefesa do investigado terá melhores condições de ser exercida se o inquérito e a eventual ação penal permanecerem sob os auspícios do Juízo Suscitante, que, como já referido, é autoridade judiciária que se lhe situa mais próxima.

Ressalto, por fim, que a solução ora preconizada, além de prestigiar os princípios da duração razoável do processo, da ampla defesa e do contraditório e da identidade física do

juiz - dos quais as regras de competência são ou deveriam ser corolários -, encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, em casos tais, à vista da ubiquidade de certas infrações penais - v.g. tráfico de entorpecentes e insumos destinados à preparação de drogas, evasão de divisas - e no intuito de facilitar a coleta de provas e a defesa dos acusados, tem preterido critérios outros como o do lugar da infração ou a prevenção em favor da competência do Juízo em que domiciliado o réu ou o investigado.

Confira-se (negritei):

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS. CONTAS CC5. FORO COMPETENTE PARA PROCESSAMENTO DO FEITO. DOMICÍLIO DO RÉU. QUANTIDADE DE ENVOLVIDOS ORIGINALMENTE. PECULIARIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PREScriÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGÇÕES.**

1. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração. *Nada impede, todavia, seja a competência regulada pelo domicílio ou residência do réu (CC nº 73.483/RJ, Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, DJ 1º/10/2007). E a definição do órgão competente para o processo-crime ocorre considerado o disposto no artigo 69 do Código de Processo Penal, viabilizando-se, tanto quanto possível, o acompanhamento pelo acusado (HC nº 90.236/PR, STF, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 28/8/2009).*

[...]

(RHC 34415/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23.04.2013, DJe 06.05.2013)

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. CONTAS CC5. BANESTADO. DOMICÍLIO DO RÉU. FACILITAÇÃO DA COLHEITA DE PROAVAS. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DE MINAS GERAIS, O SUSCITANTE.**

1. *Em atenção à peculiaridade do caso concreto, consistente na existência de inúmeras contas de depositantes com domicílios em diversos Estados da Federação, a Terceira Seção entendeu que a competência fosse regulada pelo domicílio ou residência fiscal do depositante e não pelo lugar onde efetivamente fora repassado indevidamente o numerário depositado, para facilitar a colheita de provas e evitar a realização de atos processuais via carta precatória; tudo, em homenagem ao princípio da celeridade processual.*

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, ora Suscitante, em conformidade com o parecer ministerial.

(CC 85997/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.02.2008, DJe 28.03.2008)

Entendimento contrário poderia acarretar uma sobrecarga anormal dos trabalhos de subseções judiciais situadas em grandes capitais, por onde circulam inicialmente as mercadorias importadas por residentes em outras regiões do país.

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Procuradoria Regional da República e CONHEÇO do presente CONFLITO, mas julgo-o IMPROCEDENTE, declarando a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP para o processamento e o julgamento dos fatos versados no inquérito objeto destes autos.

É como voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

**AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA****0027053-77.2013.4.03.0000****(2013.03.00.027053-6)**

Agravante: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Impetrante: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Interessada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: MS 348090

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2013

**EMENTA**

AGRADO REGIMENTAL. CONCESSÃO PARCIAL DE LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO DETERMINADA POR JUÍZO CRIMINAL. PRETENSÃO DA PESSOA JURÍDICA IMPETRANTE FACEBOOK DE SE EXIMIR DA APRESENTAÇÃO DE DADOS DE PESSOA INVESTIGADA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. PRECEDENTE DO STJ. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DA INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS NO BRASIL ANTE A RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS DIRIGENTES LOCAIS PELO DELITO DO ART. 348 DO CP. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SUSPENSÃO PARCIAL DA DECISÃO IMPUGNADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - A impetrante pretende se eximir da determinação judicial, no sentido de viabilizar a interceptação, em tempo real, de perfil cadastrado no Site Facebook ([www.facebook.com.br](http://www.facebook.com.br)), com a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial investigante.

2 - Ato impugnado que determinou que a impetrante cumpra a ordem, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), interrupção das atividades e serviços no Brasil, mediante bloqueio de todos os IPs do domínio *facebook.com* e, por fim, a responsabilização dos seus dirigentes locais nos termos do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal).

3 - O artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

4 - Conquanto o preceito constitucional institua como regra a proteção à intimidade, conferindo ressalva expressa de quebra do sigilo apenas nas hipóteses de comunicações telefônicas, razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas que relativizem a proteção individual de modo a alcançar igualmente outras situações, quando confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos, tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na

Lei Maior se reveste de caráter absoluto.

5 - Ausência, ao menos em sede de cognição sumária, de ilegalidade do ato apontado como coator, uma vez que compete a qualquer pessoa física ou jurídica situada no Brasil cumprir as ordens advindas do Poder Judiciário, não podendo se valer da legislação alienígena para escapar desse mister, sob pena de ofensa à própria soberania nacional, já que o fato investigado foi perpetrado neste País.

6 - Hipótese em que a impetrante possui conhecimento da ordem judicial há, no mínimo, trinta dias, tendo tido tempo mais do que suficiente para diligenciar as providências necessárias em suas sedes no exterior a fim de dar cumprimento à ordem do Poder Judiciário brasileiro.

7 - Informações da autoridade impetrada, advindas posteriormente à decisão recorrida dando conta de que a investigação relaciona-se à existência de um grupo criminoso e estruturado voltado à prática de crimes de moeda falsa, formação de quadrilha e de lavagem de dinheiro em vários Municípios e Estados da Federação, cabendo à autoridade judicial - e não à impetrante - a análise sobre a necessidade e adequação da quebra de sigilo telemático.

8 - Existência de precedentes jurisprudenciais, inclusive da Corte Especial do E. STJ, reconhecendo a possibilidade da fixação de multa diária pelo descumprimento reiterado de ordem judiciais.

9 - Ao menos neste momento e considerando o fato de que a impetrante vem resistindo à ordem judicial, entende-se que a interrupção das suas atividades é medida que se mostra inteiramente necessária e imprescindível à investigação.

10 - Agravo regimental 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 3<sup>a</sup> Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator), que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votaram o Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, e os Juízes Federais Convocados RUBENS CALIXTO, HÉLIO NOGUEIRA, MÁRCIO MESQUITA, LEONEL FERREIRA e FERNÃO POMPÉO. Vencidos, em parte, para dar parcial provimento ao agravo regimental, os Desembargadores Federais JOSÉ LUNARDELLI, para afastar a pena de multa e a ordem de interdição, e ANDRÉ NEKATSCHALOW, para afastar a pena de multa. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais PEIXOTO JUNIOR; COTRIM GUIMARÃES, ANTONIO CESENHO (substituído pelo Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO) e PAULO FONTES (substituído pelo Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA) e o Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES.

São Paulo, 07 de novembro de 2013.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de *agravo regimental* contra decisão deste Relator que, nos autos de mandado de segurança, concedeu

apenas parcialmente o pedido de medida liminar requerido pela impetrante, pessoa jurídica de direito privado “FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.”, a qual pretende se eximir da determinação judicial, no sentido de viabilizar a interceptação, em tempo real, de perfil cadastrado no *Site Facebook* ([www.facebook.com.br](http://www.facebook.com.br)), com a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial investigante.

O ato apontado como coator é do MMº Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária da Capital do Estado de São Paulo e decorre de procedimento criminal em trâmite naquela vara.

Dispõe o ato que a impetrante cumpra a ordem, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), interrupção das atividades e serviços no Brasil, mediante bloqueio de todos os IPs do domínio *facebook.com* e, por fim, a responsabilização dos seus dirigentes locais nos termos do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal).

O exame do pedido urgente resultou na suspensão parcial do ato impugnado no mandado de segurança “para afastar a responsabilização criminal pelo delito tipificado no artigo 348 do Código Penal, bem como para reduzir a interrupção das atividades da impetrante para o prazo de quinze dias, ressalvando-se que no caso de novo descumprimento do quanto determinado pelo MMº Juízo ‘a quo’, e por este Relator, resta mantida a interrupção das atividades até que a impetrante cumpra a ordem judicial em questão.”

As razões apresentadas em sede de agravo regimental visam a concessão total do pedido de liminar, sob os seguintes argumentos:

- impossibilidade de fornecer as informações sobre usuários do *Facebook*;
- existência de outras medidas eficazes à investigação criminal, diversas da interceptação, uma vez que a autoridade policial já identificou a pessoa investigada;
- necessidade de observância do devido processo legal e da ampla defesa, no tocante à imposição de multa, por não ser a impetrante parte no processo originário da ordem judicial;
- falta de análise, pelo relator, acerca da desproporcionalidade (adequação e necessidade) do bloqueio do *site*;
- prejuízo de milhões de brasileiros que se utilizam do *facebook* como ferramenta de comunicação e exercício de liberdade de expressão, de negócio, divulgação de projetos e arrecadação de recursos.

As informações foram prestadas pela autoridade impetrada às fls. 147/156.

O Ministério Pùblico Federal manifestou-se às fls. 158/164, opinando pela concessão parcial da ordem, tão só, para afastar a responsabilização penal dos dirigentes da impetrante pela prática do delito previsto no artigo 348 do Código Penal.

É o relatório.

Trago o feito em mesa.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): A impetrante pretende se isentar do cumprimento da ordem exarada pelo Juízo Criminal, do bloqueio do *site facebook*, por tempo indeterminado e em todo o Brasil, e do pagamento de multa, até que finalmente

venha a ser julgado o presente *mandamus*.

A análise preliminar do feito conduziu este relator ao deferimento parcial do pedido e a agravante nada trouxe de novo que pudesse, ao menos neste momento, alterar as conclusões exaradas na ocasião.

A decisão recorrida, submetida à aprovação da C. Primeira Seção, porta a seguinte redação:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela pessoa jurídica de direito privado “FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.”, apontando como coator ato do MMº Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária da Capital do Estado de São Paulo, que determinou a sua intimação para cumprir integralmente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, os ofícios nº 2504/2013 e 2657/2013, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) até o limite de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), interrupção das atividades e serviços no Brasil, mediante bloqueio de todos os IPs do domínio *facebook.com* e, por fim, a responsabilização dos seus dirigentes locais nos termos do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal).

Às fls. 52/53 consta o mandado de intimação da impetrante.

A ilegalidade da ordem judicial consubstancia-se, segundo a impetração, no fato de que a impetrante não possui condições técnicas para cumprir as determinações da autoridade impetrada, isto é, a interceptação, em tempo real, do perfil <http://facebook.com/marcia.vioacollistock?ref=ts&fref=tsm>, cadastrado no Site Facebook ([www.facebook.com.br](http://www.facebook.com.br)), com a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial.

A impetrante apresentou resposta ao Juízo, esclarecendo que as pessoas jurídicas situadas em território estrangeiro - Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited - das quais independe, são as responsáveis pela operação do Site Facebook, detendo todas as informações dos usuários. Ressaltou tratar-se de empresa criada em 09.02.2011, integralmente sujeita à legislação brasileira, cujo objeto social é a prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade, suporte de venda, entre outros, portanto, não possui autorização para acessar as contas dos usuários brasileiros, controladas pela Facebook Irlanda, ficando a cargo da empresa Facebook Inc. o cumprimento de requisições de autoridades para o acesso aos dados de usuários.

Acrescenta que a impetrante foi informada pela Facebook Inc. que, para cumprir com a determinação judicial de interceptação, em tempo real, das mensagens postadas ou trocadas pelo usuário indicado, é necessária uma ordem específica emanada do Poder Judiciário Norte Americano, nos termos da legislação daquele país, mais especificamente o Eletronic Communications Privacy Act of. 1986 - fl. 63.

Afirma a petição inicial a necessidade da utilização dos mecanismos legais de cooperação internacional, entre eles, a utilização do Mutual Legal Assistant Treatment (MLAT), firmado entre o Brasil e os Estados Unidos, via que considera adequada para encaminhamento da referida ordem.

Nesta ordem de idéias, caberia à autoridade coatora acionar o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça, responsável pela coordenação do cumprimento de decisões Brasileiras nos Estados Unidos.

O direito líquido e certo da impetrante funda-se, segundo a impetração, nos artigos 1º, IV, art. 5º, II, XXXIX, XLV, LIV e LV; e 170, da Constituição da República; artigos 1º e 3º, do Código de Processo Penal, 461 e 462, do Código de Processo Civil e no Decreto nº 3.810/2001, uma vez que a ordem de bloqueio, emanada pelo impetrado, fere os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, do devido processo legal e da livre iniciativa, prejudicando milhões de brasileiros que são usuários do Site Facebook.

Além disso, não existe dispositivo legal que autorize o Juízo criminal a impor multa diária, especialmente porque a impetrante não é parte no feito criminal - nº 0005711-91.2013.403.6181 -, onde fora determinada a quebra de sigilo da página <http://facebook.com/marcia.vioacollistock?ref=ts&fref=tsm>.

Por último, argumenta a impetrante que sequer teve oportunidade de aferir a justa causa para a quebra de sigilo telemático ordenada pela 4ª Vara Criminal, cujos requisitos objetivos mínimos estão previstos no art. 2º, da Lei Federal nº 9.296/96.

Os pedidos são de suspensão dos efeitos da decisão, até o julgamento do writ, quando deverá ser concedida a segurança, declarando-se a insubsistência das medidas impostas pelo coator, as quais, conforme sublinha a impetrante, serão capazes de gerar incomensuráveis prejuízos aos mais de setenta e seis milhões de brasileiros - empresas, empreendedores individuais, ONGs - que fazem utilização dos serviços oferecidos pela impetrante.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, determino o processamento do presente feito sob segredo de justiça, por dizer respeito à investigação criminal em andamento na Quarta Vara Criminal.

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Conquanto o preceito constitucional institua como regra a proteção à intimidade, conferindo ressalva expressa de quebra do sigilo apenas nas hipóteses de comunicações telefônicas, razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas que relativizem a proteção individual de modo a alcançar igualmente outras situações, quando confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos, tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Lei Maior se reveste de caráter absoluto.

Na esteira do ensinamento de Alexandre de Moraes, a "... interpretação do presente inciso deve ser feita de modo a entender que a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre visando salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas ..." (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo, Atlas, 2003, p. 240).

Em se tratando de sigilo de correio eletrônico, impende salientar, inicialmente, que a Lei nº 9.296/1996, ao regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, estabelece que a interceptação de comunicações telefônicas deve ser precedida de ordem judicial, situação a ser igualmente observada na hipótese de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, nos termos do artigo 1º, parágrafo único. É previsão que se coaduna perfeitamente à hipótese de quebra de sigilo da página <http://facebook.com/marcia.vioacollistock?ref=ts&fref=tsm>, cadastrado no Site Facebook (www.facebook.com.br).

Não existe, nos autos, cópia da decisão que decretou a quebra de sigilo da página constante do Site Facebook, em procedimento criminal que tramita na primeira instância, sob segredo de justiça, e não se discute nesta via a justa causa para a persecução penal, mas a legalidade e viabilidade do cumprimento da decisão que determinou a interceptação, em tempo real, do perfil indicado, cadastrado no Site Facebook, com a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial.

As questões ora trazidas nesta impetração foram recentemente examinadas pela C. Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo a entrega, pela Google Brasil, de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros, em território brasileiro, envolvendo supostos crimes submetidos à jurisdição brasileira, onde a empresa argumentava pela

impossibilidade do cumprimento da ordem, em virtude das informações se encontrarem em território estrangeiro, armazenados pela empresa controladora Google Inc.

Transcrevo a ementa do julgado:

“EMEN: QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO. TROCA DE MENSAGENS, VIA E-MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. EMEN:”

(INQ 201201075060, LAURITA VAZ, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA: 28/08/2013 DTPB:.)

A Corte Especial entendeu injustificada a recusa da empresa de entregar dados telemáticos, sob a afirmativa de que não possui qualquer responsabilidade sobre o serviço que presta no país, porquanto, é empresa sediada no país, e, por isso, sujeita às leis pátrias.

Em sede de embargos de declaração do julgado, asseverou a relatora: “é inadmissível, sob qualquer aspecto, que uma empresa privada, seja de qual origem for, preste serviços deste jaez estratégico - comunicações telemáticas -, atue no enorme mercado brasileiro, explorando a atividade empresarial, diga-se, licitamente, mas se recuse a cumprir as leis deste país, empurrando os ônus à controladora sediada em outro país.”

A mesma solução já foi adotada pelos Tribunais Regionais Federais:

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. QUEBRA DE SIGILO DE E-MAIL (G-MAIL). ALEGAÇÃO DE QUE OS DADOS ENCONTRAM-SE ARMAZENADOS NO EXTERIOR E DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL ENTRE O BRASIL E OS EUA (MLAT). IMPROCEDÊNCIA. FORNECIMENTO DOS DADOS PELA EMPRESA SEDIADA EM TERRITÓRIO NACIONAL. ARTIGOS 7º DO CÓDIGO PENAL, 88 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 1126 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. 1. A Google Brasil Internet Ltda. foi constituída nos termos da legislação brasileira (art. 1126 do CC), sendo indiscutível que o domicílio da aludida pessoa jurídica para as demandas havidas em território nacional é efetivamente o Brasil (art. 88 do CPC). 2. Embora sejam pessoas jurídicas diversas, a Google Brasil Internet Ltda. e a Google Inc., fazem parte do mesmo grupo econômico, sendo sócias da empresa situada no Brasil justamente a Google Inc., a Google Internacional e a LLC, ambas constituídas nos EUA. 3. O dever legal de prestar informações recai sobre a empresa sediada em território nacional, devendo esta tomar as medidas necessárias para o cumprimento da ordem emanada da autoridade judiciária brasileira - fornecimento de dados relativos à quebra de e-mail (Gmail) -, sendo descabida a invocação de leis americanas para se esquivar de atendimento à requisição judicial, quando o fato investigado foi praticado por brasileiro em território nacional (art. 7º do CP). 4. Se, por um lado, a empresa aufera lucros com a atividade desenvolvida no Brasil, deve, por outro, dar fiel cumprimento à ordem judicial, como ocorre com qualquer cidadão ou entidade constituída segundo as normas do país. 5. Não se pode olvidar o efetivo avanço que o ‘Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América’ (MLAT) trouxe para a investigação criminal, principalmente na repressão a crimes de maior gravidade (tráfico de entorpecentes e de armas de fogo, lavagem de dinheiro, pedofilia etc). Entretanto, não se

justifica a imposição ao Judiciário de utilizar referido acordo de cooperação quando a empresa possui sede em território nacional, bem como meios para atender, de forma mais célere e menos burocrática, a solicitação judicial. 6. Não há qualquer constitucionalidade na não utilização, em determinadas hipóteses - principalmente nos casos de urgência - do 'MLAT', uma vez que o artigo 17 do referido acordo possibilita o uso de outros instrumentos para produção de provas. 7. Revela-se extremamente temerário vincular as autoridades judiciais brasileiras à legislação do local em que os dados, em tese, encontram-se armazenados, uma vez que a empresa pode, por qualquer motivo, simplesmente fazer a opção de transferir o servidor para qualquer país do mundo que não mantenha acordo de cooperação com o Brasil, o que, certamente, dificultará ainda mais a investigação criminal. 8. A Google Brasil Internet Ltda. efetivamente possui meios - técnicos e jurídicos - de prestar as informações requisitadas pela autoridade judiciária brasileira, constituindo-se a recusa no fornecimento dos dados solicitados mero estratagema da empresa - ou mesmo das controladoras - o que não pode ser admitido, principalmente em razão da volatilidade dos dados que são transmitidos pela via eletrônica (os quais, por questão de segurança, devem estar replicados em vários locais do mundo) cujos registros podem ser facilmente deletados. 9. Precedente da Corte Especial do STJ e deste Tribunal. Ordem denegada."

(MS 200904000113351, SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 20/06/2013)

**"PROCESSUAL PENAL E PENAL: PORNOGRAFIA INFANTIL. ARTIGO 241, DA LEI Nº 8.069/90. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. COMUNICAÇÃO FEITA PELA GOOGLE. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. PROVA INDICIÁRIA. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA CONDIIONADA AO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES SOBRE O TITULAR DA PÁGINA. SEGURANÇA CONCEDIDA.** 1. Consoante o Termo de Ajustamento de Conduta anteriormente firmado, a empresa GOOGLE, ao constatar a existência de imagens cujo pode relevar a prática do delito de pornografia infantil, está obrigada a retirar imediatamente o acesso à página do "orkut", preservando apenas em seus servidores a prova da materialidade do crime, que, por sua vez, somente será entregue ao Ministério Público mediante ordem judicial (alínea "a" da cláusula segunda do mencionado Termo de Ajustamento de Conduta). 2. As informações complementares a serem fornecidas pela GOOGLE sobre a identificação do perfil que reputou conter pornografia infantil constituem incontestável caráter de prova indiciária, a ensejar a quebra do sigilo telemático, sendo descabido, neste momento, falar-se em ausência da prática delituosa, eis que se trata apenas de investigação. 3. A ocorrência ou não de crime, com a punição dos eventuais acusados está reservada à ação penal. 4. A quebra do sigilo de dados telemáticos, em crimes dessa natureza, é o único meio possível de se comprovar a materialidade delitiva e a autoria, para que o Ministério Público, titular do direito de ação penal pública, dê início à persecução penal. Precedentes da 1ª Seção. 5. Ordem concedida para que sejam fornecidas ao MPF as informações pretendidas pelo ente ministerial, relativamente ao ID mencionado na exordial, devendo ser preservados os dados telemáticos do referido perfil durante o curso das investigações, nos termos do pedido formulado."

(MS 00101137120124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/08/2012 .FONTE\_REPUBLICACAO:.)

**"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. PORNOGRAFIA INFANTIL VIA INTERNET. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS. SEGURANÇA CONCEDIDA.** 1. Mandado de segurança que se apresenta como instrumento apto e adequado, face à ausência de recurso previsto em lei do qual se possa valer o impetrante para obter a prova desejada e permitir continuidade da investigação. 2. O Ministério Público Federal requereu quebra do sigilo de dados telemáticos da página do sítio de relacionamentos ORKUT, na qual foram encontradas fotografias contendo pornografia infantil, conforme informação prestada pela empresa GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. 3. Materialidade suficientemente demonstrada

no entender do MPF. Necessidade de decretação de quebra do sigilo e preservação dos dados para permitir identificação da autoria. 4. Ordem de segurança concedida.”

(MS 00305255720114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/01/2012 FONTE\_REPUBLICACAO:.)

Ante esses apontamentos, não se vislumbra, ao menos em sede de cognição sumária, ilegalidade do ato apontado como coator, uma vez que, como visto, compete a qualquer pessoa física ou jurídica situada no Brasil a cumprir as ordens advindas do Poder Judiciário, não podendo se valer da legislação alienígena para escapar desse mister, sob pena de ofensa à própria soberania nacional, já que o fato investigado foi perpetrado neste País.

Entendo, pois, correta a r. decisão “a quo”, mesmo porque vislumbro que a impetrante possui conhecimento da ordem judicial há, no mínimo, trinta dias (fls. 44, 46 e 48), tendo tido tempo mais do que suficiente para diligenciar as providências necessárias em suas sedes no exterior a fim de dar cumprimento à ordem do Poder Judiciário brasileiro.

Com relação, porém, à responsabilização criminal dos dirigentes da empresa, por ora, entendo procedente a argumentação defensiva, pois não me parece razoável aceitar que os representantes legais da impetrante tenham intenção de subtrair à ação das autoridades brasileiras crimes perpetrados por pessoas deles desconhecidas.

Mantendo, porém, a multa diária pelo descumprimento, posto que razoável, e, como dito, porque a impetrante teve tempo suficiente a diligenciar o cumprimento da ordem emanada. Por derradeiro, mantendo também a ordem de interrupção das atividades da impetrante, porém, pelo prazo de quinze dias, que entendo razoável ao cumprimento da ordem judicial em questão, ressalvando-se que no caso de novo descumprimento do quanto determinado pelo MMº Juízo “a quo”, e por este Relator, resta mantida a interrupção das atividades até que a impetrante cumpra a ordem judicial “a quo”.

Ante todo o exposto, concedo parcialmente a medida liminar pleiteada, para afastar a responsabilização criminal pelo delito tipificado no artigo 348 do Código Penal, bem como para reduzir a interrupção das atividades da impetrante para o prazo de quinze dias, ressalvando-se que no caso de novo descumprimento do quanto determinado pelo MMº Juízo “a quo”, e por este Relator, resta mantida a interrupção das atividades até que a impetrante cumpra a ordem judicial em questão.

As informações da autoridade impetrada, advindas posteriormente à decisão recorrida, não conduzem a entendimento diverso da r. decisão, uma vez que dão conta de que a investigação relaciona-se à denominada Operação Marginatus, em que é apurada a existência de um grupo criminoso e estruturado voltado à prática de crimes de moeda falsa, formação de quadrilha e de lavagem de dinheiro em vários Municípios e Estados da Federação.

Vale ressaltar, ainda segundo esclareceu o Juízo, que a prova da materialidade está demonstrada nos autos através de apreensões já efetuadas, e que o grupo investigado desconfiou de que estava sendo monitorado, em virtude de quebra de sigilo telefônico e telemático deferida anteriormente (17.05.2013), e passou a se utilizar do *facebook*.

No que tange à alegada impossibilidade de cumprimento da ordem judicial, a justificativa não pode ser aceita, seja porque a ordem impugnada destina-se à apuração de eventuais ilícitos penais praticados no país, seja porque a sua destinatária - a empresa impetrante - exerce suas atividades em território nacional, sujeita, portanto, às leis brasileiras.

Nesse sentido o escorreito parecer ministerial:

(...) apesar do seu enorme potencial, a internet convive com um grupo pequeno de novos gigantes tecnológicos que dominam a rede em sua configuração mundial. Dentre elas, a impetrante, *Facebook*, além da *Google*, *Microsoft* e *Amazon*. Essas empresas capilarizam mundialmente

suas atividades e fornecem seus serviços às pessoas espalhadas ao mundo inteiro.

Tais serviços - correios eletrônicos, blogs e redes sociais, oferecidos em geral, de forma gratuita - são baseados precisamente na colheita de dados privados, que muitas vezes são utilizados por estas mesmas empresas, para o fim de direcionar sua publicidade. Há, com isso, até certa ironia na argumentação da impetrante, supostamente baseada na proteção da intimidade dos usuários. (...)

Certo, também, caber à autoridade judicial - e não à impetrante - a análise sobre a necessidade e adequação da quebra de sigilo telemático.

As questões trazidas neste mandado de segurança, conforme se denota, já foram analisadas por nossos tribunais e também por esta E. Primeira Seção, sendo que as decisões são contrárias à pretensão contida neste mandado de segurança, inclusive no tocante à imposição da multa, do que é exemplo o julgado a seguir.

**MANDADO DE SEGURANÇA - PENAL - PROCESSO PENAL - PROCESSO CIVIL - QUEBRA DE SIGILO DE DADOS - PROCESSO SIGILOSO - ACESSO DA ÍNTEGRA DA DECISÃO A MERO DESTINATÁRIO DA ORDEM JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL - POSSIBILIDADE - VALOR DA MULTA DIÁRIA - ORDEM DENEGADA.** 1 - A impetrante não é parte no procedimento investigatório originário, que se encontra sob sigilo total, motivo pelo qual a exposição dos detalhes que levaram à decisão judicial ora impugnada se mostraria ilegal, vez que resultaria na quebra do sigilo decretado no procedimento investigatório. Não cabe à impetrante exercer o controle de legalidade sobre os fundamentos utilizados pela autoridade impetrada, uma vez que é mera executora da referida ordem, sendo certo que referido controle será oportunamente realizado pela parte que possui legitimidade para tal. 2 - A impetrante é pessoa jurídica de direito privado que exerce suas atividades em território nacional e, diante disso, deve se sujeitar à legislação brasileira, especialmente no que tange às determinações judiciais que visam a apuração de delitos ocorridos em território nacional, o que implica obrigatoriamente na aplicação da Lei Penal Brasileira, nos termos do artigo 5º do Código Penal. 3 - Não se mostram viáveis as alegações da impetrante quando pretende sobrepor a organização interna da pessoa jurídica de direito privado ao ordenamento jurídico pátrio, sendo certo ademais, que qualquer inviabilidade técnica para o cumprimento da ordem judicial, que não restou demonstrada, deverá ser superada pela impetrante, uma vez que suas atividades em território nacional somente podem ser admitidas quando em consonância com o direito pátrio. 4 - A possibilidade do Juízo criminal fixar multa diária pelo descumprimento da obrigação imposta à impetrante, destinatária direta da ordem judicial, se encontra expressamente autorizado pela legislação brasileira, como se depreende da simples leitura do disposto no artigo 3º, do Código de Processo Penal e artigo 14, *caput c.c.* inciso V e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil. 5 - No que se refere ao valor da multa diária imposta pelo Juízo Impetrado, verifico que se mostra em consonância com as particularidades do caso concreto, onde há notícias de reiterados descumprimentos de ordens judiciais da mesma natureza por parte da impetrante, bem como observa seu elevado poder econômico, considerando-se que o valor da multa deve motivar o cumprimento da determinação judicial, o que não ocorreria caso fixada em patamar ínfimo em comparação ao patrimônio da impetrante. 6 - Segurança denegada.

(MS 00040188820134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 23/08/2013 FONTE\_REPUBLICACAO:.)

Ressalto, ainda, quanto aos demais argumentos trazidos nas razões de agravo regimental

que deve ser afastada totalmente a impossibilidade de fornecimento das informações, haja vista que a impetrante é empresa estabelecida no país, que aqui funciona, contrata, oferece serviços, emprega e aufera lucros dessa atividade realizada no território nacional.

Conforme anota a D. representante do *Parquet Federal* (fls. 161) seria desmedido permitir à impetrante e empresas congêneres furtarem-se à observância do ordenamento e da jurisdição pátrios:

... A prosperar o entendimento defendido pela impetrante, as empresas multinacionais poderiam escolher, ao seu bel prazer, a jurisdição aplicável às suas atividades, podendo optar por aquela que entendesse mais conveniente, afim de colher os bônus de sua presença no Brasil sem os ônus correspondentes ....

Afasta-se, igualmente, a alegação da existência de outras medidas eficazes à investigação criminal, pois a interceptação só foi deferida após a quebra do sigilo telefônico e telemático dos envolvidos, que começaram a suspeitar da referida medida e passaram a comunicar-se através do referido *site facebook*, na esperança de se esquivarem de eventual vigilância, haja vista a notória relutância no fornecimento de informações e colaboração com as autoridades.

Quanto à necessidade de observância do devido processo legal e da ampla defesa é de se observar que a impetrada fora notificada a prestar as informações, evidentemente com o deferimento de prazo razoável para o atendimento da ordem. Tendo inclusive a possibilidade de utilizar-se dos recursos e ações facultadas pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo que a mesma impetrou o presente mandado de segurança e uma medida cautelar a respeito da questão, de modo que a alegação é totalmente infundada.

No que diz respeito ao prejuízo aos usuários do *facebook* é de se confrontar o prejuízo que resultará a toda sociedade brasileira no caso da concessão da ordem para se obstar o fornecimento das informações, na medida em que possibilitará ao crime e às organizações criminosas uma ferramenta impenetrável à persecução penal, nesse sentido inclusive o parecer do MPF supra referido (fls. 163):

... Não se pode imaginar, ainda, as implicações práticas da eventual concessão da ordem pretendida. É que, a prosperar a pretensão da impetrante, o serviço por ela prestado se afirmará como um excelente meio para a prática de toda espécie de crimes, sejam eles essencialmente cibernéticos, como a pornografia infantil ou o preconceito, sejam de natureza diversa, perpetrados mediante uso de meio eletrônico, muitos deles com efeitos lesivos aos cofres públicos, como no caso em apreço...Enfim, sob qualquer prisma que se analise a questão, não se verifica ilegalidade ou abuso à macular direito líquido e certo da impetrante, mas pretensão infundada de sobrepor interesses corporativos ao cumprimento de ordem judicial exarada em absoluta conformidade com a legislação vigente no país ...

Por fim, entende-se, ao menos neste momento, resistindo à ordem judicial, que a interrupção das atividades da empresa agravante, é medida que se mostra inteiramente necessária e imprescindível à investigação.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental.*

*É o voto.*

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

**“HABEAS CORPUS”**  
**0030949-31.2013.4.03.0000**  
**(2013.03.00.030949-0)**

Impetrante: MAURICIO CARLOS BORGES PEREIRA  
 Paciente: GUSTAVO MAZON GOMES PINTO (réu preso)  
 Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1<sup>a</sup> VARA DE SOROCABA - SP  
 Corréus: ANDRE ANTONIO ROCHA DE SOUZA E EDSON MELIM  
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA  
 Classe do Processo: HC 56789  
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/02/2014

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PECULATO. CORRUPÇÃO PASSIVA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.*

1. O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece os fundamentos para a prisão preventiva, que poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver provas da existência de crime e indícios suficientes de autoria.
2. Os fatos foram descobertos a partir de uma investigação que se iniciou em agosto/2012, em virtude do recebimento de informações de inteligência policial oriundas de outras delegacias de Polícia Federal, bem como, de um Ofício subscrito por Promotores de Justiça em atuação no GAECO - Sorocaba/SP e que deram ensejo à deflagração da denominada “Operação Dark Side”, que culminou com o desbaratamento de parte de uma organização criminosa especializada no cometimento de crimes de tráfico internacional de drogas, em que alguns membros são servidores da Polícia Civil do Estado de São Paulo e alguns membros estão lotados no Departamento Estadual de Repressão ao Narcotráfico (DENARC/SP), daquele órgão policial.
3. É certo que a prisão não deve se fundar exclusivamente na gravidade abstrata do delito e que devem se buscar, como preferenciais fatos fundamentadores da custódia, elementos que sejam externos ao fato delituoso. Mas observo que esta separação “fato delituoso/fatos externos a ele” não deve ser encarada com o rigor formalista. Ora, o fato delituoso é um fato da vida e dela não pode ser “abstraído” como se fosse uma entidade de ontologia própria. Aliás, uma conduta somente vira um tipo penal em razão de conter um valor negativo dado pela sociedade.
4. Se uma ação só se transforma em um crime por que a sociedade na qual ela se realiza o considera condenável, então temos que o legislador escolhe fatos da vida para transformar em delitos. Não há como, portanto, se pensar na figura criminosa como algo que possa ser separado da realidade que a circunda, pois ambos os fatos, aqueles contidos no tipo e aqueles que não o estão, pertencem à mesma parte do real, e qualquer recorte a ser feito entre estes dois “modelos” de fatos, se não for visto “cum grano salis” tenderá inequivocamente ao artificialismo, será uma abstração indevida, uma “construção” do mundo das idéias sem substrato na realidade. Dito isto, afirmo que o comportamento de um investigado, durante o cometimento de um crime, princi-

palmente se incomum, pode e deve ser analisado para se verificar se a instrução penal pode ser ameaçada, se a aplicação da lei penal está em risco, ou mesmo se a ordem social pode ser abalada por aquela conduta. Não há impeditivo lógico ou dogmático-científico para que esta análise não seja feita.

5. No caso dos autos, a prisão cautelar revela-se necessária com base em dados concretos coletados por conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal.
6. Excesso de prazo não configurado.
7. 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, 11 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GUSTAVO MAZON GOMES PINTO, contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, nos autos da Ação Penal nº 002039-94.2013.403.6110.

O impetrante narra que o paciente foi denunciado como incursão no artigo 33 c.c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/2006 (por duas vezes), na forma do artigo 69 do Código Penal; artigo 35 c.c. o artigo 40, inciso I, da lei nº 11.343/2206; artigo 312 do Código Penal; artigo 317, § 1º c.c. o artigo 71, ambos do Código Penal e artigo 342,§ 1º, do Código Penal.

Relata que impetrara, nesta Corte, o *habeas corpus* nº 0019169-94.2013.4.03.0000, que fora denegado, mas com alicerce em situação fática diversa da posta nesta impetração.

Assevera que o Juízo *a quo*, ao motivar o indeferimento do pleito de liberdade provisória “(...) acabou por manifestar o ânimo condenatório, corrompendo, *ab initio*, a imparcialidade”.

Aduz que “(...) além de deixar expresso o seu prejulgamento valorativo no concernente aos depoimentos dos informantes (não compromissados em dizer a verdade), esclarecendo não ter vislumbrado qualquer contradição, vai muito mais além, ao deixar transparente o seu entendimento sobre a robustez do restante das provas, já que declara não haver contradições que infirmassem todo o conjunto probatório”.

Alega que a prisão cautelar foi decretada mais de trinta dias após a prisão em flagrante de outros policiais civis, sendo que não houve qualquer conduta do paciente que justificasse a custódia preventiva, uma vez que “(...) quando da decretação, o paciente procurou a Polícia Federal e apresentou-se espontaneamente, indicando o seu endereço, haja vista os policiais terem diligenciado no antigo imóvel”.

Aponta, em resumo, a ilegalidade da prisão cautelar, em razão da ausência dos requisitos que autorizam a prisão preventiva.

Argumenta que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar, porquanto o

paciente tem residência fixa, trabalho lícito e se apresentara espontaneamente quando ciente do decreto cautelar.

Pede, liminarmente, a revogação do decreto de prisão cautelar, para responder o processo em liberdade.

Alega, em complemento, que a própria autoridade policial, ao depor perante o Juízo *a quo*, esclareceu que o paciente “(...) não oferecia qualquer perigo, pois não demonstrava fazer parte ou estar integrado à quadrilha investigada, não ostentando periculosidade”, bem assim que o acusado se encontra recluso há mais de 270 (duzentos e setenta) dias.

Requisitadas, foram prestadas informações (fls. 37/38).

Liminar indeferida (fls. 44/46).

Parecer da Procuradoria Regional da República em prol de ser denegada a ordem (fls. 49/55).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

## VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece os fundamentos para a prisão preventiva, que poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver provas da existência de crime e indícios suficientes de autoria.

Os fatos foram descobertos a partir de uma investigação que se iniciou em agosto/2012, em virtude do recebimento de informações de inteligência policial oriundas de outras delegacias de Polícia Federal, bem como, de um Ofício subscrito por Promotores de Justiça em atuação no GAEKO - Sorocaba/SP e que deram ensejo à deflagração da denominada “Operação Dark Side”, que culminou com o desbaratamento de parte de uma organização criminosa especializada no cometimento de crimes de tráfico internacional de drogas, em que alguns membros são servidores da Polícia Civil do Estado de São Paulo e alguns membros estão lotados no Departamento Estadual de Repressão ao Narcotráfico (DENARC/SP), daquele órgão policial.

É certo que a prisão não deve se fundar exclusivamente na gravidade abstrata do delito e que devem se buscar, como preferenciais fatos fundamentadores da custódia, elementos que sejam externos ao fato delituoso. Mas observo que esta separação “fato delituoso/fatos externos a ele” não deve ser encarada com o rigor formalista pretendido. Ora, o fato delituoso é um fato da vida e dela não pode ser “abstraído” como se fosse uma entidade de ontologia própria. Aliás, uma conduta somente vira um tipo penal em razão de conter um valor negativo dado pela sociedade. O legislador, ao estabelecer os tipos, obviamente o fez tendo em vista carga valorativa negativa que teriam aquelas ações, como há tempos já anunciava Claus Roxin (*Teoria del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 268).

Se uma ação só se transforma em um crime por que a sociedade na qual ela se realiza o considera condenável, então temos que o legislador escolhe fatos da vida para transformar em delitos. Não há como, portanto, se pensar na figura criminosa como algo que possa ser separado da realidade que a circunda, pois ambos os fatos, aqueles contidos no tipo e aqueles que não o estão, pertencem à mesma parte do real, e qualquer recorte a ser feito entre estes dois “modelos” de fatos, se não for visto “cum grano salis” tenderá inequivocamente ao artifício

lismo, será uma abstração indevida, uma “construção” do mundo das idéias sem substrato na realidade. Dito isto, afirmo que o comportamento de um investigado, durante o cometimento de um crime, principalmente se incomum, pode e deve ser analisado para se verificar se a instrução penal pode ser ameaçada, se a aplicação da lei penal está em risco, ou mesmo se a ordem social pode ser abalada por aquela conduta. Não há impeditivo lógico ou dogmático-científico para que esta análise não seja feita.

A prisão cautelar revela-se necessária com base em dados concretos coletados por conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal. Como bem analisou o Juízo impetrado, é descabida a revogação da prisão preventiva, pelos seguintes motivos:

(...) a prisão preventiva de EDSON MELIN e GUSTAVO MAZON GOMES PINTO não foi decretada exclusivamente para conveniência da instrução criminal.

A decisão foi motivada pela necessidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública, uma vez que é evidente que os policiais civis cuja função primordial é combater o crime, não podem se valer de suas funções justamente para cometer crimes. Tal fato enseja um grau de periculosidade para a ordem pública de extrema magnitude, na medida em que a participação de membros de instituição pública voltada à segurança da sociedade em crimes, configura grave ameaça à ordem pública e à paz social, haja vista a insegurança incutida no meio social, que passa a desacreditar nas estruturas sociais formais de combate à criminalidade.

Até porque, as investigações que duraram alguns meses demonstraram que estamos de práticas usuais por parte de alguns investigadores da polícia civil, que utilizam a função pública para angariar vultosos recursos.

Evidentemente, se os policiais forma um grupo que, ao que tudo indica, tem a capacidade de apreender somente parte de droga trazida para o Brasil, extorquir e até matar traficantes internacionais atraídos por intermediários e por integrantes do bando, conforme demonstraram as interceptações telefônicas, ao ver deste juízo, não se afigura ilação sem base concreta a existência de perigo para a ordem pública.

Ademais, não é cabível a imposição de medida cautelar diversa da prisão. Ao ver deste juízo, o afastamento dos policiais de suas funções não implica na inviabilidade da continuidade da prática do crime, uma vez que terceiros participavam ativamente da “puxada”, fingindo-se de compradores de droga, podendo os requerentes continuar na empreitada criminosa auxiliando outros policiais ainda não identificados (existem suspeitas em face de outros policiais ainda não identificados e que atuariam junto ao grupo).

A decisão que manteve a prisão cautelar resta bem fundamentada e não representa intento condenatório, como quer fazer crer o impetrante, porquanto analisara a situação fática e concluíra, de forma exaustiva, que restam presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ressalte-se que a legislação permite a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se presentes os seus pressupostos e outras medidas restritivas não se mostrarem suficientes ao caso concreto.

Logo, quanto ao *periculum libertatis*, a garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal justificam a manutenção da prisão, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Noutro vértice, a instrução somente tem início no recebimento da denúncia, sendo que o excesso de prazo não é apurado mediante cômputo aritmético, mas deve ser aferido segundo o princípio da razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias excepcionais que eventualmente venham a retardar a instrução criminal:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS.** ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. FUNDAMENTOS E EXCESSO DE PRAZO. *MANDAMUS* IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO AINDA NÃO APRECIADO. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. (...) *omissis*

III - No caso concreto, no qual se busca a concessão da liberdade provisória ao paciente, sob o argumento de que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar e excesso de prazo para o fim da instrução criminal, não se vislumbra manifesta ilegalidade, razão pela qual se mostra descabido o uso de *habeas corpus* para cassar a r. decisão que indeferiu o pedido liminar (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). *Habeas corpus* não conhecido. (STJ - HC 101.234/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06.5.2008, DJ 09.6.2008, p. 1)

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.** ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 211, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE NÃO APRESENTADA PERANTE O TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. CULPA DA DEFESA. PRISÃO PREVENTIVA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PECULIARIDADES DO CASO. REITERAÇÃO DELITIVA.

(...) *omissis*

II - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando mera soma aritmética de tempo para os atos processuais (Precedentes do STF e do STJ).

III - Dessa forma, o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando houver demora injustificada (Precedentes).

IV - No caso em tela, “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa” (Súmula nº 64-STJ).

V - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula nº 09/STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constitutivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármel Lúcia, DJU de 29/06/2007).

[...]

VII - “É válido decreto de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, se fundamento no risco de reiteração da(s) conduta(s) delitiva(s) (HC 84.658).” (HC 85.248/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 15/06/2007)

VIII - Condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, domicílio fixo no distrito da culpa e atividade lícita, não têm o condão de, por si só, garantir ao paciente a revogação da prisão cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção (Precedentes).

IX - *habeas corpus* parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(STJ - HC 81.185/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01.4.2008, DJ 09.6.2008, p. 1)

Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado.

Não prospera a alegação de excesso de prazo para o encerramento do processo. No caso, verifica-se que a denúncia foi oferecida em 03 de maio de 2013 e, após a apresentação das defesas preliminares, foi recebida em 27 de junho de 2013, não se cogitando de excesso de prazo, mormente considerando-se a complexidade do caso, somado ao excessivo número de acusados envolvidos na empreitada criminosa, razão pela qual o feito principal foi desmembrado.

Logo, não se verifica o alegado excesso de prazo.

Com tais considerações, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

# Direito Tributário





**APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO  
0006735-61.1999.4.03.6112  
(1999.61.12.006735-0)**

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: PRUDENTE COUROS LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Classe do Processo: ApelReex 1235581

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2013

**EMENTA**

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. LEI N° 9.363/96. BENEFICIAMENTO DO COURO POR TERCEIRO E RECEITAS DECORRENTES DA VENDA DE MERCADORIAS ÀS EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS PARA POSTERIOR EXPORTAÇÃO. INCLUSÃO NA BASE DO CÁLCULO DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS. INCIDÊNCIA. DEMORA INJUSTIFICADA DO FISCO NO RESSARCIMENTO.

- Conhecidas em parte as contrarrazões da União, na medida em que a alegação de que o produtor e exportador somente possui direito de se ressarcir do crédito presumido do IPI quando o fornecedor for contribuinte do PIS/PASEP e da COFINS não foi objeto de contestação, nem de apreciação pelo magistrado de primeiro grau, de modo que sua arguição constitui inovação recursal.

- Trata-se de ações declaratórias que versam sobre o aproveitamento de créditos presumidos de IPI a ser utilizado na escrita fiscal ou mediante ressarcimento, acrescidos de correção monetária, à vista da demora no creditamento por ato injustificado do fisco. Incidente, *in casu*, o prazo quinquenal, a teor do disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no julgamento do Recurso Especial nº 1.129.971/BA, representativo da controvérsia.

- O crédito presumido do IPI foi instituído em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.363/1996, que determinou sua incidência sobre as aquisições no mercado interno de insumos (materias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem) empregados na fabricação de produtos a serem exportados, como forma de ressarcimento das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, apurado mensalmente pelo estabelecimento da pessoa jurídica produtora e exportadora. - Citada norma teve por finalidade desonrar o produtor-exportador e fomentar a exportação, consoante excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, exarado no Recurso Especial nº 752.888/RS.

- Ao analisar o artigo retromencionado, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o legislador ordinário não estabeleceu qualquer restrição à concessão do crédito presumido pelo fato de o beneficiamento dos insumos ter sido efetuado por terceira empresa, por meio de encomenda, para posterior exportação.

- O serviço de beneficiamento da matéria-prima em estado bruto influi no custo final do produto, independentemente de a operação ter sido tributada pelo IPI, bem como

que referida etapa não pode ser individuada e excluída do processo final de produção do bem destinado ao comércio exterior, de modo que o gasto correspondente deve ser embutido na base de cálculo do incentivo, a fim de se atingir a finalidade da Lei nº 9.363/96. Ademais, a possibilidade de tal inclusão foi reconhecida pelo fisco ao estabelecer na Instrução Normativa nº 69/2001 da Receita Federal, que trata do regime alternativo do crédito presumido do IPI. Dessa forma, é de rigor a reforma da sentença sob tal aspecto, para que seja reconhecido o direito do contribuinte à inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito presumido do IPI.

- O legislador, ao se referir às empresas produtoras- exportadoras, abrangeu tanto a fabricante de produtos destinados ao exterior que promovesse por si a exportação como a que remetesse seus bens ao mercado externo por meio de empresas comerciais. Assim, para fins de incidência do crédito presumido é imprescindível que a alienação tenha sido efetuada com o fim de exportar. Portanto, à vista de existir expressa disposição legal e dos documentos carreados aos autos, é de rigor a manutenção da sentença no ponto em que determinou fossem consideradas como receita de exportação as decorrentes das vendas às empresas comerciais exportadoras.

- Inicialmente, ressalta-se que não se trata de crédito exclusivamente escritural, porquanto o legislador estabeleceu o resarcimento do crédito presumido por meio de abatimento do IPI devido nas operações internas ou, na impossibilidade dessa utilização, em moeda corrente, consoante disposto no artigo 4º da Lei nº 9.363/96. Assim, é perfeitamente cabível a incidência da correção monetária no caso dos autos, sobre cuja aplicação o Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial nº 1.035.847/RS*, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou orientação no sentido de que incide tal encargo na hipótese de vedação da restituição na esfera administrativa por ato ilegítimo do fisco. Referido entendimento restou assentado na Súmula 411 da corte superior. De outro lado, conforme jurisprudência do referido tribunal, a demora no resarcimento dos créditos escriturais do IPI configura óbice injustificável a autorizar a incidência da atualização do montante creditado.

- É de rigor a incidência da correção monetária, a partir da data da aquisição dos insumos até a do efetivo resarcimento, incluídos os créditos advindos da ação declaratória nº 1999.61.12.007713-6. No tocante à fixação dos termos inicial e final de incidência da atualização, nota-se que não foi objeto de insurgência das partes, de modo que a sentença deve ser mantida sob tal aspecto.

- Saliento, outrossim, que a atualização monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, ela será efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que estabelece os seguintes índices: ORTN de 1964 a fevereiro/86, OTN de março/86 a dezembro/88, o IPC/IBGE em janeiro e fevereiro/89 (expurgo em substituição ao BTN), BTN de março/89 a março/90, IPC/IBGE de março/90 a fevereiro/91 (expurgo em substituição ao BTN e ao INPC de fevereiro/91), INPC/IBGE de março/91 a novembro/91, IPCA série especial em dezembro/91, UFIR de janeiro de 92 a dezembro/95 e a partir de janeiro/96, incidirá tão somente a SELIC.

- No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendi-

mento no sentido de que incide apenas a taxa Selic, que embute em seu cálculo juros e correção monetária.

- O juiz *a quo* reconheceu o direito à compensação dos créditos decorrentes da aplicação da correção monetária “com parcelas vincendas do mesmo imposto ou de outro arrecadado pela União”. Nota-se que referido entendimento está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*Recurso Especial nº 1.137.738/SP*), de modo que a sentença deve ser mantida sob tal aspecto, à vista da ausência de interposição de recurso pelas partes.

- Contrarrazões da União conhecidas em parte, desprovida a apelação da fazenda, provido o recurso adesivo do contribuinte e provida em parte a remessa oficial.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, por unanimidade, conhecer em parte das contrarrazões da União, negar provimento à apelação da fazenda, dar provimento ao recurso adesivo do contribuinte para que seja reconhecido o direito à inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito presumido do IPI, bem como determinar a incidência da atualização monetária sobre tais créditos e sobre o decorrente das receitas oriundas da venda de mercadorias às empresas comerciais para posterior exportação e dar parcial provimento à remessa oficial para estabelecer os critérios de correção monetária e a incidência de juros de mora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Remessa oficial, apelação e recurso adesivo interpostos contra sentença que “julgou procedente em parte o pedido de atualização monetária dos valores resarcidos em moeda, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.363/96, pelo crédito presumido do IPI não compensado com o mesmo imposto em operações internas; estabeleceu o direito à compensação de tais quantias com parcelas vincendas de quaisquer tributos arrecadados pela União; e determinou que deve ser considerado como receita de exportação a decorrente de vendas a empresas comerciais exportadoras, comprovadamente e especificamente destinadas à exportação; e improcedente o pedido de incidência de juros de mora e de inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito prêmio do IPI, bem como condenou a fazenda ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma dos valores dados a ambas as demandas” (fls. 197/208).

Em seu apelo a União alega, em síntese, que (fls. 210/214):

- a) o crédito presumido configura um benefício fiscal, de modo que a aplicação da Lei nº 9.363/96 deve ser efetuada de forma restrita;
- b) não há expressa previsão de correção monetária a tais créditos e não é dado ao Judiciário concedê-la, sob pena de exercer atividade legislativa;

- c) as disposições do Código Tributário Nacional não podem incidir, no caso dos autos, por não se tratar de repetição de indébito;
- d) o crédito presumido tem natureza escritural;
- e) não incidência da SELIC.

Às fls. 219/231, o contribuinte apresentou recurso adesivo, no qual aduz:

a) a prestação de serviços realizada por terceiros corresponde ao processo de industrialização por encomenda para acabamento do couro e execução de acabamento de parte do processo industrial e, efetivamente, incorpora insumos de toda a espécie;

b) a Lei nº 9.363/96 tem como fundamento o resarcimento das despesas que a empresa produtora e exportadora nacional teve com as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS durante todo o processo produtivo;

c) a industrialização por encomenda consiste em um processo de transformação composto por mão de obra, insumos e margem de ganho por parte do executor e tais elementos são de difícil identificação no preço cobrado da recorrente;

d) o preço pago no beneficiamento do produto pelo *atelier* está englobado no custo da matéria-prima;

e) embora a lei se refira às contribuições incidentes nas aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, é evidente que, sob pena de agressão ao bom senso jurídico, neste contexto está incluído também o beneficiamento da mercadoria junto a terceiros, sobre cujo preço incide as contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS;

f) é irrelevante o fato de que a remessa do couro para beneficiamento, bem como seu retorno ao estabelecimento, é feita com suspensão do IPI;

g) a intenção de se privilegiar a aquisição do insumo acabado em detrimento do semi-acabado é destituída de qualquer sentido lógico;

h) a Instrução Normativa nº 69/2001 da Secretaria da Receita Federal instituiu forma alternativa de cálculo para contemplar a inclusão da industrialização por terceiros;

i) tem direito à atualização monetária dos créditos fiscais cuja fruição foi obstaculizada por procedimento ilegal da administração tributária, inclusive os decorrentes de pagamentos a terceiros por conta de industrialização por encomenda.

Por fim, pede a reforma parcial da sentença para que seja deferido o pedido de inclusão na base de cálculo do crédito presumido do IPI dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas, consoante disposto na Lei nº 9.363/96, com a devida atualização monetária, na forma do pedido inicial.

Contrarrazões apresentadas pelo contribuinte, às fls. 232/240, nas quais argui:

a) é pacífico o entendimento da corte suprema quanto ao direito à atualização monetária pela taxa SELIC de seus créditos fiscais, nos casos em que a autoridade fiscal tenha dado causa ao prejuízo;

b) à vista da resistência da administração ao resarcimento dos referidos créditos na época própria e provada sua existência, faz jus ao restabelecimento integral da situação de origem com a aplicação da correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa da fazenda.

Contrarrazões apresentadas pela União, às fls. 244/249, nas quais afirma:

a) o produtor e exportador somente tem direito de se ressarcir do crédito presumido do IPI quando o fornecedor for contribuinte do PIS/PASEP e da COFINS e não pode, para

determinar as receitas de exportação, incluir na determinação das aquisições de insumos no mercado interno os pagamentos efetuados a terceiros;

b) o artigo 1º da Lei nº 9.363/96 estabelece que o crédito presumido do IPI é um incentivo fiscal, caracterizado como um resarcimento das contribuições instituídas pelas Leis Complementares nº 7/70, 8/70 e 70/91 (PIS/PASEP e COFINS) incidentes sobre as respectivas aquisições no mercado interno de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem para utilização no processo produtivo.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): Ações declaratórias nas quais se pretende:

a) no Processo nº 1999.61.12.007713-6: o reconhecimento do direito de considerar, para fins de cálculo e aproveitamento do crédito presumido do IPI, previsto na Lei nº 9.363/96, os pagamentos efetuados a terceiros para beneficiamento de matérias-primas em determinadas etapas do processo produtivo e as receitas de exportações realizadas indiretamente por meio de empresas comerciais exportadoras;

b) no Processo nº 1999.61.12.006735-0: a incidência de correção monetária e de juros de mora sobre os créditos presumidos do IPI restituídos com atraso, desde a apuração até o recebimento, bem como seja estabelecida a compensação de tais quantias com débitos vincendos do mesmo tributo ou de outra espécie.

O juiz da causa “julgou procedente em parte o pedido de atualização monetária dos valores resarcidos em moeda, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.363/96, pelo crédito presumido do IPI não compensado com o mesmo imposto em operações internas; estabeleceu o direito à compensação de tais quantias com parcelas vincendas de quaisquer tributos arrecadados pela União; e determinou que deve ser considerado como receita de exportação a decorrente de vendas a empresas comerciais exportadoras, comprovadamente e especificamente destinadas à exportação; e improcedente o pedido de incidência de juros de mora e de inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito prêmio do IPI, bem como condenou a fazenda ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre a soma dos valores dados a ambas as demandas” (fls. 197/208). Contra esse *decisum* foi apresentado os presentes apelo e recurso adesivo.

Inicialmente, verifica-se que as contrarrazões da União devem ser conhecidas em parte, na medida em que a alegação de que o produtor e exportador somente tem direito de se resarcir do crédito presumido do IPI quando o fornecedor for contribuinte do PIS/PASEP e da COFINS não foi objeto de contestação, nem de apreciação pelo magistrado de primeiro grau, de modo que sua arguição constitui inovação recursal.

### **I - DA PRESCRIÇÃO (PRELIMINAR DE MÉRITO)**

Trata-se de ações declaratórias que versam sobre o aproveitamento de créditos presumidos de IPI a ser utilizado na escrita fiscal ou mediante resarcimento, acrescidos de correção

monetária, à vista da demora no creditamento por ato injustificado do fisco. Incidente, *in casu*, o prazo quinquenal, a teor do disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no julgamento do Recurso Especial nº 1.129.971/BA, representativo da controvérsia, cuja ementa se transcreve:

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO.** Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). pedido de desistência. Indeferimento. violação ao art. 535, do CPC. INOCORRÊNCIA. ALÍNEA “C”. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. PRESCRIÇÃO. (...)

8. O prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, é de cinco anos. Precedentes: EREsp Nº 670.122 - PR Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10 de setembro de 2008; AgRg nos EREsp Nº 1.039.822 - MG, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24 de setembro de 2008.

9. No caso concreto, tenho que o mandado de segurança foi impetrado em 6 de junho de 2005, portanto, decorridos mais de cinco anos entre a data da extinção do benefício (5 de outubro de 1990) e a data do ajuizamento do *writ*, encontram-se prescritos eventuais créditos de titularidade da recorrente.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ nº 8/2008. grifei  
(REsp 1129971/BA, Primeira Seção, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 24/02/2010, DJe 10/03/2010)

Confira-se também:

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA-PRIMA. BENEFICIAMENTO POR TERCEIROS. INCLUSÃO. CUSTOS RELATIVOS A ENERGIA ELÉTRICA E COMBUSTÍVEIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.129.971 - BA.**

1. Ao analisar o artigo 1º da Lei 9.363/96, esta Corte considerou que o benefício fiscal consistente no crédito presumido do IPI é calculado com base nos custos decorrentes da aquisição dos insumos utilizados no processo de produção da mercadoria final destinada à exportação, não havendo restrição à concessão do crédito pelo fato de o beneficiamento do insumo ter sido efetuado por terceira empresa, por meio de encomenda. Precedentes: REsp 752.888/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/09/2009; AgRg no REsp 1230702/RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/03/2011; AgRg no REsp 1082770/RS, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/11/2009.

2. A respeito do pleito de cômputo dos valores referentes à energia e ao combustível consumidos no processo de industrialização no cálculo do crédito presumido do IPI, o recurso especial não foi conhecido em face da ausência de prequestionamento. Nesta feita, a agravante limitou-se a repetir as teses jurídicas apresentadas no recurso especial, deixando de impugnar o fundamento específico da decisão hostilizada quanto ao ponto. Incidência da Súmula nº 182/STJ.

3. *Em se tratando de ações que visam o reconhecimento de créditos presumidos de IPI a título de benefício fiscal a ser utilizado na escrita fiscal ou mediante resarcimento, a prescrição é quinquenal.* Orientação fixada pela Primeira Seção, por ocasião do julgamento do recurso especial representativo da controvérsia: REsp Nº 1.129.971 - BA.

4. Agravo regimental da Fazenda Nacional não provido e agravo regimental da contribuinte

conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1267805/RS, Primeira Turma, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 17/11/2011, DJe 22/11/2011)

No caso dos autos, a ação foi proposta em 24.09.1999 para obter a declaração do direito ao crédito presumido do IPI, acrescido de atualização monetária, relativo ao período de 1996 a 1998. Dessa forma, aplicado o prazo quinquenal, verifica-se que não se configurou a prescrição.

## **II - DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.363/96 (Processo nº 1999.61.12.007713-6)**

### *1. Do Beneficiamente do Couro Realizado por Terceiros*

Pretende a parte autora o reconhecimento do direito à inclusão na base de cálculo do crédito presumido do IPI dos pagamentos efetuados a terceiros para beneficiamento de matérias-primas em determinadas etapas do processo produtivo.

Referido benefício fiscal foi instituído em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.363/1996, que determinou sua incidência sobre as aquisições no mercado interno de insu- mos (matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem) empregados na fabricação de produtos a serem exportados, como forma de resarcimento das contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, apurado mensalmente pelo estabelecimento da pessoa jurídica produtora e exportadora, *verbis*:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito pre- sumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como resarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nºs 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mer- cado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

Citada norma teve por finalidade desonrar o produtor-exportador e fomentar a ex- portação, consoante excerto do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, exarado no Recurso Especial nº 752.888/RS, cujo excerto ora se transcreve:

De acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória nº 674/1994, (reditada di- versas vezes até que a Medida Provisória nº 1.484-27, de 22.11.1996 foi convertida na Lei nº 9.363/1996), dirigida ao Exmo. Presidente da República, percebe-se que a intenção do legislador foi incentivar as exportações.

Cumpre transcrever o excerto da narrativa de motivos que corrobora tal assertiva:

“Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, a desoneração dos tributos indiretos incidentes sobre as exportações é uma das práticas permitidas pelo GATT e, por isso, o ins- trumento mais amplamente empregado por todos os países que buscam ampliar os mercados de suas produções nacionais.

No sistema tributário brasileiro coexistem basicamente dois tipos de tributos indiretos que incidem sobre tais operações: a) aqueles que incidem sobre o valor adicionado, como o Im- posto sobre Produtos Industrializados - IPI e b) aqueles que incidem ‘em cascata’, como as

contribuições sociais em tela.

*A desoneração do IPI sobre as exportações, assegurada por determinação constitucional, tem sido viabilizada pela própria técnica do imposto, que permite assegurar a manutenção do crédito incidente sobre as matérias-primas empregadas na fabricação do produto exportado, sem a qual o benefício da isenção na etapa final de exportação seria efetivamente menor. Por outro lado, o Governo de Vossa Excelência vem, diante da importância vital das exportações para o crescimento do emprego, da renda e da manutenção da capacidade de importar do País, criando condições e estímulos para a expansão das vendas externas, cabendo mencionar a isenção da COFINS e PIS na etapa final da exportação. Porém, tal benefício, ainda que importante para as exportações, perde muito de sua força em decorrência da própria mecânica de incidência dessas contribuições, que, ao contrário dos tributos sobre o valor adicionado, não permite que o montante despendido sobre as matérias-primas e produtos intermediários empregados na fabricação de um produto possa ser creditado contra os débitos registrados pelo faturamento desse bem. Desse modo, a contribuição vai se acumulando ‘em cascata’ em todas as fases do processo produtivo.*

*Por essas razões, estou propondo o presente projeto de Medida Provisória, com o objetivo de desonerar também a etapa produtiva imediatamente anterior à exportação, da incidência daquelas contribuições, o que permitirá, no âmbito dos tributos indiretos federais, a eliminação quase total dessas incidências sobre as operações comerciais de vendas de mercadorias ao exterior.*

*Finalmente, destaco o caráter urgente e relevante da medida, devido à necessidade de indicar aos exportadores ações objetivas que estimulem a continuidade de suas operações com o exterior.”*

No anexo à exposição de motivos, tem-se a síntese da situação que reclama providências, nos seguintes termos:

*“As exportações de produtos manufaturados e semi-manufaturados estão sendo oneradas com as contribuições sociais do PIS/PASEP e da COFINS, que incidem sobre os insumos utilizados na fabricação para a exportação, contrariando a prática internacional que recomenda a não-exportação de tributos”. (g.n.)*

Ao analisar o artigo retromencionado, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o legislador ordinário não estabeleceu qualquer restrição à concessão do crédito presumido pelo fato de o beneficiamento dos insumos ter sido efetuado por terceira empresa, por meio de encomenda, para posterior exportação. Nesse sentido:

**AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. LEI 9.363/96. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR DESPENDIDO PELA EXPORTADORA COM O BENEFICIAMENTO DE MATÉRIA-PRIMA POR TERCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO NO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPC.**

1. A previsão contida no artigo 1º da Lei 9.363/1996, cuja redação determina a incidência do crédito presumido, sem discriminação, nas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas utilizadas no processo produtivo da empresa exportadora, também compreende a hipótese em que o estabelecimento comercial adquire os insumos e os repassa a terceiro para industrializar, recebendo, posteriormente, o produto já industrializado. Precedentes.

2. É legítima a atualização monetária de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade quando há oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, postergando o seu aproveitamento. Nesse sentido o REsp 1.035.847/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.8.2009, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1307674/RS, Segunda Turma, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 18/12/2012, DJe 08/02/2013)

**TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA-PRIMA. BENEFICIAMENTO POR TERCEIROS. INCLUSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA. ARTIGO 20, § 4º DO CPC.**

1. Ao analisar o artigo 1º da Lei 9.363/96, esta Corte considerou que o benefício fiscal consistente no crédito presumido do IPI é calculado com base nos custos decorrentes da aquisição dos insumos utilizados no processo de produção da mercadoria final destinada à exportação, não havendo restrição à concessão do crédito pelo fato de o beneficiamento do insumo ter sido efetuado por terceira empresa, por meio de encomenda. Precedentes: REsp 752.888/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/09/2009; AgRg no REsp 1230702/RS, Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/03/2011; AgRg no REsp 1082770/RS, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/11/2009.

2. Tendo os honorários de sucumbência sido fixados com base no valor da causa, não há falar em desrespeito ao § 4º, do artigo 20, do CPC.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1265449/RS, Primeira Turma, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 17/11/2011, DJe 22/11/2011)

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. MATÉRIA-PRIMA. BENEFICIAMENTO POR TERCEIROS. CRÉDITOS ESCRITURAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1.035.847/RS, DJE 03.08.2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.**

1. Em recurso especial, não se conhece de matéria não prequestionada.

2. Faz jus ao crédito presumido do IPI o estabelecimento comercial que adquire insumos e os repassa a terceiros para beneficiá-los, por encomenda, para posteriormente exportar os produtos. Precedentes.

3. É devida a correção monetária de créditos escriturais quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. Precedentes.

4. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.035.847/PR, Min. Luiz Fux, DJe 03/08/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento, que já adotara em outros precedentes sobre o mesmo tema, no sentido de que ocorrendo oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, postergando o exercício do direito de crédito, exsurge legítima a necessidade de atualização monetária.

5. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ e, por analogia, da Súmula 389/STF.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(STJ, REsp 752.888/RS, Primeira Turma, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 15/09/2009, DJe: 25/09/2009)

Importante ressaltar que o serviço de beneficiamento da matéria-prima em estado bruto influi no custo final do produto, independentemente de a operação ter sido tributada pelo IPI, bem como que referida etapa não pode ser individuada e excluída do processo final de produção

do bem destinado ao comércio exterior, de modo que o gasto correspondente deve ser embutido na base de cálculo do incentivo, a fim de se atingir a finalidade da Lei nº 9.363/96. Ademais, a possibilidade de tal inclusão foi reconhecida pelo fisco ao estabelecer na Instrução Normativa nº 69/2001 da Receita Federal, que trata do regime alternativo do crédito presumido do IPI:

Art. 1º Alternativamente ao disposto na Lei nº 9.363, de 13 de dezembro de 1996 o crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), de que trata a Medida Provisória nº 2.202-1, de 26 de julho de 2001, como resarcimento relativo às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e para a Seguridade Social (Cofins), incidentes sobre as aquisições, no mercado interno, de insumos correspondentes a matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, bem assim de energia elétrica e combustíveis, utilizados no processo industrial, e do valor correspondente à prestação de serviços decorrente de industrialização por encomenda, na hipótese em que o encomendante seja o contribuinte do IPI, na forma da legislação deste imposto, poderá ser determinado de conformidade com o estabelecido nesta Instrução Normativa.

(...)

#### **Apuração e Utilização do Crédito Presumido**

Art. 6º A base de cálculo do crédito presumido será o somatório dos seguintes custos, sobre os quais incidiram as contribuições referidas no art. 1º:

I - de aquisição, no mercado interno, de insumos correspondentes a matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, utilizados no processo produtivo;

II - de energia elétrica e combustíveis, adquiridos no mercado interno, utilizados no processo produtivo;

III - correspondente ao valor da prestação de serviços decorrente de industrialização por encomenda, na hipótese em que o encomendante seja o contribuinte do IPI, na forma da legislação deste imposto.

Dessa forma, é de rigor a reforma da sentença sob tal aspecto, para que seja reconhecido o direito do contribuinte à inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito presumido do IPI.

#### ***2. Da Receita Decorrente da Exportação por Empresas Comerciais Exportadoras***

Requer o autor na *exordial* que para determinação das receitas de exportação sejam consideradas as realizadas indiretamente por meio de empresas comerciais exportadoras.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.363/96 estabelece:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como resarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nºs 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

Verifica-se que o legislador, ao se referir às empresas produtoras- exportadoras, abrangeu tanto a fabricante de produtos destinados ao exterior que promovesse por si a exportação como

a que remetesse seus bens ao mercado externo por meio de empresas comerciais. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. (TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. INDUSTRIAL-EXPORTADOR. LEI 9.363/96. RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS. INSUMOS ADQUIRIDOS DE PESSOA FÍSICA E COOPERATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO. REPETIÇÃO. RECURSO DO FISCO. AFASTAMENTO DA TAXA SELIC. CRÉDITOS ESCRITURAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO DO CONTRIBUINTE. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE).

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 535, I e II, do CPC.

2. Somente é devida a correção monetária nos créditos escriturais de IPI quando o seu aproveitamento pelo contribuinte sofre demora em razão de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. Orientação ratificada no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.035.847/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009, submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

3. *In casu*, o óbice estatal não restou configurado, conforme comprova o seguinte excerto do arresto recorrido, *in verbis*: “Antes da entrada em vigor do referido normativo, o crédito presumido do IPI era disciplinado pela Medida Provisória nº 948/95. Naquele período não havia a previsão legal possibilitando o creditamento referente a vendas de produtos às empresas exportadoras. Assim, o requerimento administrativo formulado pela autora, na época, (fls. 32/35) foi indeferido tendo em conta a inexistência de previsão legal. Somente com o advento da Lei nº 9.363, de 16 de dezembro de 1996 (parágrafo único, do art. 1º), poder-se-ia cogitar do creditamento presumido, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

De qualquer forma, nos autos desse requerimento administrativo (fls. 32/35) não se discutiram os exercícios de 1997, 1998 e 1999, períodos que, em razão da ulterior ampliação do benefício (parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.363/96), a autora, hipoteticamente, teria direito aos creditamentos. Logo, não houve a pretensão resistida na esfera administrativa e, por conseguinte, a configuração do interesse processual para pleitear créditos posteriores à Lei nº 9.363/96.

4. A aferição acerca da caracterização do óbice estatal para fins de incidência da correção monetária nos créditos escriturais de IPI impõe o reexame do conjunto fático exposto nos autos, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, uma vez que não pode atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora.

5. Embargos de declaração rejeitados. (g.n.)

(STJ, EDcl no REsp 1000710/RS, Primeira Turma, rel. Min. LUIZ FUX, j. 15/06/2010, DJe 01/07/2010)

Assim, para fins de incidência do crédito presumido é imprescindível que a alienação tenha sido efetuada com o fim de exportar. *In casu*, foram juntadas notas fiscais e cópias dos livros contábeis (fls. 34/35, 43/48, 52/54, 74/78, 82/84, 93/102, 106/107, 117/126 e 130/121), as quais demonstram que as mercadorias industrializadas eram destinadas à exportação. Ademais, a própria administração reconheceu que os bens foram efetivamente exportados, de acordo com despacho de seguinte teor:

Verificamos também, por amostragem, selecionando os despachos com valores igual ou maior que R\$ 50.000,00 a efetivação da exportação informada no DCP mediante consulta aos registros do SISCOMEX - Sistema Integrado do Comércio Exterior (fls. 144 a 156), acusando

emissão do comprovante de exportação em todos os despachos aduaneiros pesquisados (fls. 40, 56, 137, 144 e 151).

Portanto, à vista de existir expressa disposição legal e dos documentos carreados aos autos, é de rigor a manutenção da sentença no ponto em que determinou fossem consideradas como receita de exportação as decorrentes das vendas às empresas comerciais exportadoras.

### III - DA CORREÇÃO MONETÁRIA (*Processo nº 1999.61.12.006735-0*)

Alega a União, em síntese, que não é devida a atualização monetária pretendida, dado que o crédito presumido do IPI tem natureza escritural.

Inicialmente, ressalta-se que não se trata de crédito exclusivamente escritural, porquanto o legislador estabeleceu o ressarcimento do crédito presumido por meio de abatimento do IPI devido nas operações internas ou, na impossibilidade dessa utilização, em moeda corrente, consoante disposto no artigo 4º da Lei nº 9.363/96, *verbis*:

Art. 4º Em caso de comprovada impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do Imposto sobre Produtos Industrializados devido, pelo produtor exportador, nas operações de venda no mercado interno, far-se-á o ressarcimento em moeda corrente. Parágrafo único. Na hipótese de crédito presumido apurado na forma do § 2º do art. 2º, o ressarcimento em moeda corrente será efetuado ao estabelecimento matriz da pessoa jurídica.

Ademais, frisa-se, o próprio fisco concluiu que o ressarcimento do crédito deveria ser efetuado em moeda corrente, conforme comprovam os documentos de fls. 21/28 e 38/42, 55/58, 67/73, 87/92, 110/116, 134/139, 141/146 e 148/153, todos do apenso, cujas decisões proferidas na esfera administrativas consignaram:

8. Tendo fabricado e exportado somente produtos tributados à alíquota zero e comercializado no mercado interno produtos não-tributados, a requerente não possui débitos de IPI, estando, pois, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.363/96, comprovadamente impossibilitada de utilizar os créditos decorrentes das exportações efetuadas, conforme constatado no Livro Registro de Apuração do IPI (mod. 8) nº 01 e 02;

(...)

Estando o processo em conformidade com o prescrito na Portaria MF nº 38, de 27.02.97, IN SRF nº 21, de 10.03.97, e IN SRF nº 23, de 13.03.97, opinamos, SMJ, pelo deferimento do pedido de ressarcimento em espécie do crédito presumido do IPI no valor de R\$ 111.359,50 (cento e onze mil, trezentos e cinqüenta e nove reais e cinqüenta centavos) ficando ressalvado ao Fisco Federal o direito de proceder a novos exames, se necessário for. (fls. 38/41 do apenso)

Assim, é perfeitamente cabível a incidência da correção monetária no caso dos autos, sobre cuja aplicação o Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial nº 1.035.847/RS*, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou orientação no sentido de que incide tal encargo na hipótese de vedação da restituição na esfera administrativa por ato ilegítimo do fisco, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXER-

**CÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.**

1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.
2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descharacteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.
3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.
4. Consecutariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o consequente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exsurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).
5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1.035.847/RS, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, j. 24.06.2009)

Referido entendimento restou assentado na Súmula 411 da corte superior, cujo teor transcrevo:

É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco.

De outro lado, conforme jurisprudência do referido tribunal, a demora no resarcimento dos créditos escriturais do IPI configura óbice injustificável a autorizar a incidência da atualização do montante creditado:

**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA-PRIMA. BENEFICIAMENTO POR TERCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.**

1. “Faz jus ao crédito presumido do IPI o estabelecimento comercial que adquire insumos e os repassa a terceiros para beneficiá-los, por encomenda, para posteriormente exportar os produtos. Precedentes.” (REsp nº 752.888/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *in* DJe 25/9/2009).
2. “É devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. Orientação ratificada no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.035.847/RS, examinado sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.” (REsp nº 1.150.188/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *in* DJe 3/5/2010)
3. “Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou

atualização monetária.” (REsp nº 1.111.175/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, *in* DJe 1º/7/2009)

**4. Agravo regimental improvido.**

(STJ, AgRg no REsp 1230702/RS, Primeira Turma, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 01/03/2011, DJe 24/03/2011)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESARCIMENTO DO VALOR DO PIS/PASEP E DA COFINS. EMPRESAS PRODUTORAS E EXPORTADORAS DE MERCADORIAS NACIONAIS. LEI 9.363/96. IN SRF 23/97. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI ORDINÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. QUESTÃO DECIDIDA EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP. 1.035.847/RS, REL. MINISTRO LUIZ FUX, DJE 03.08.2009. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. INVIALIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS APENAS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.**

1. Os Embargos de Declaração são modalidade recursal de integração e objetivam, tão-somente, sanar obscuridade, contradição ou omissão, de maneira a permitir o exato conhecimento do teor do julgado; não podem, por isso, ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou de propiciar novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido.

2. *In casu*, inexiste omissão no arresto recorrido, que enfrentou a controvérsia relativa à correção monetária de forma clara, inclusive com referência a Recurso Especial anterior julgado sob o regime de recurso repetitivo, explicitando-se que a oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), descaracteriza referido crédito como escritural (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), exsurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco.

3. Esta Superior Corte de Justiça não é competente para apreciar matéria constitucional em sede de Recurso Especial ou de Embargos de Divergência, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

**4. Embargos Declaratórios rejeitados. grifei**

(EDcl no REsp 993164/MG, Primeira Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26.10.2011, DJe 16/11/2011)

**RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO DECORRENTE DO ART. 1º, DA LEI Nº 9.363/96. PEDIDO DE RESSARCIMENTO EM DINHEIRO. MORA DA FAZENDA PÚBLICA FEDERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 411/STJ. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME CRIADO PELO ART. 543-C, CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008 QUE INSTITUÍRAM OS RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA.**

1. O ressarcimento em dinheiro ou a compensação, com outros tributos, dos créditos adquiridos por força do art. 1º, da Lei nº 9.363/96 - créditos presumidos de IPI adquiridos como ressarcimento relativo às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e para a Seguridade Social (COFINS) - quando efetuados com demora por parte da Fazenda Pública, ensejam a incidência de correção monetária. Precedentes: AgRg no REsp. nº 1082458/RS e AgRg no AgRg no REsp. nº 1088292/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgados em 8.2.2011.

2. Incidência do enunciado nº 411, da Súmula do STJ: “É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência

ilegítima do Fisco” e mudança do ponto de vista do Relator em razão do decidido no recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009.

3. Precedentes em sentido contrário: REsp. Nº 1.115.099 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.3.2010; AgRg no REsp. Nº 1.085.764 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.8.2009.

4. Recurso especial provido. grifei

(REsp 1216129/SC, Segunda Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.03.2011, DJe 15/03/2011)

*In casu*, os documentos de fls. 21/75 e 36/153 do apenso comprovam que não foram consideradas, para fins de creditamento, as despesas com o beneficiamento do couro por terceiros, as receitas oriundas da venda de mercadorias às empresas comerciais para posterior exportação, bem como a demora na análise dos processos de resarcimento, porquanto entre a data do protocolo do pedido e a da decisão de deferimento decorreu, em média, período superior a cinco meses, razão pela qual é de rigor a incidência da correção monetária, a partir da data da aquisição dos insumos até a do efetivo resarcimento, incluídos os créditos advindos da ação declaratória nº 1999.61.12.007713-6. No tocante à fixação dos termos inicial e final de incidência da atualização, nota-se que não foi objeto de insurgência das partes, de modo que a sentença deve ser mantida sob tal aspecto (fl. 207).

Saliento, outrossim, que a atualização monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, ela será efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que estabelece os seguintes índices: ORTN de 1964 a fevereiro/86, OTN de março/86 a dezembro/88, o IPC/IBGE em janeiro e fevereiro/89 (expurgo em substituição ao BTN), BTN de março/89 a março/90, IPC/IBGE de março/90 a fevereiro/91 (expurgo em substituição ao BTN e ao INPC de fevereiro/91), INPC/IBGE de março/91 a novembro/91, IPCA série especial em dezembro/91, UFIR de janeiro de 92 a dezembro/95 e a partir de janeiro/96, incidirá tão somente a SELIC. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESSARCIMENTO DO VALOR DO PIS/PASEP E DA COFINS. EMPRESAS PRODUTORAS E EXPORTADORAS DE MERCADORIAS NACIONAIS. LEI 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 23/97. CONDICIONAMENTO DO INCENTIVO FISCAL AOS INSUMOS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO PIS E PELA COFINS. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI ORDINÁRIA. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. OBSERVÂNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA (ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O crédito presumido de IPI, instituído pela Lei 9.363/96, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal.

2. A Lei 9.363/96 instituiu crédito presumido de IPI para resarcimento do valor do PIS/PASEP e COFINS, ao dispor que: “Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como resarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nos 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, incidentes sobre as

respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.”

3. O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que “o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo resarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.

4. O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a Portaria 38/97, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido instituído pela Lei 9.363/96 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (artigo 12).

5. Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 23/97 (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa 419/2004), assim preceituando: “Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais. § 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive: I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero; II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação. § 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.”

6. Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei 9.363/96), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/PASEP e à COFINS.

7. Como de sabença, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de constitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e ADI 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).

8. Conseqüentemente, sobressai a “ilegalidade” da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei 9.363/96, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/PASEP e pela COFINS (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 849287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010; AgRg no REsp 913433/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009; REsp 1109034/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009; REsp 1008021/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe 11.04.2008; REsp 767.617/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007; REsp 617733/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006; e REsp 586392/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004).

9. É que: (i) “a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidê-

cia na sua última aquisição"; (ii) "o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais"; e (iii) "a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes" (REsp 586392/RN).

10. A Súmula Vinculante 10/STF cristalizou o entendimento de que: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

11. Entretanto, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público, uma vez não estabelecido confronto direto com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante 10/STF à espécie.

12. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), descharacteriza referido crédito como escritural (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), exsurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1035847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

13. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) autoriza a aplicação da Taxa SELIC (a partir de janeiro de 1996) na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco (REsp 1150188/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

14. Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que 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, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

15. Recurso especial da empresa provido para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic.

16. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.

17. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 993164/MG, Primeira Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.12.2010, DJe 17/12/2010 RSTJ vol. 221 p. 223)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que incide apenas a taxa Selic, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA-PRIMA. BENEFICIAMENTO POR TERCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.**

1. "Faz jus ao crédito presumido do IPI o estabelecimento comercial que adquire insumos e os repassa a terceiros para beneficiá-los, por encomenda, para posteriormente exportar os produtos. Precedentes." (REsp nº 752.888/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *in* DJe 25/9/2009).

2. "É devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. Orientação ratificada no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.035.847/RS, examinado sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008." (REsp nº 1.150.188/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma,

*in DJe 3/5/2010).*

3. “Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.” (REsp nº 1.111.175/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, *in DJe 1º/7/2009).*
4. Agravo regimental improvido. (g.n.)  
(STJ, AgRg no REsp 1230702/RS, Primeira Turma, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 01/03/2011, DJe 24/03/2011)

#### IV - DA COMPENSAÇÃO (*Processo nº 1999.61.12.006735-0*)

O juiz *a quo* reconheceu o direito à compensação dos créditos decorrentes da aplicação da correção monetária “com parcelas vincendas do mesmo imposto ou de outro arrecadado pela União” (fl. 207), de acordo com excerto da sentença que ora se transcreve:

Quanto à compensação pretendida, se o valor em questão é atualização monetária de crédito legalmente presumido de IPI, também se presume parte deste imposto e com o mesmo, em dívidas vincendas, pode ser compensado, conforme a preferência do art. 4º da Lei nº 9.363/96. Com relação à compensação alternativa com outro imposto da mesma espécie, os impostos em geral, como o discutido nestes autos, são espécies de tributos. Assim, a compensação permitida pelo parágrafo 1º do art. 66 da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, autoriza a compensação entre o crédito de IPI com outro imposto, desde que seja de competência federal e arrecadado pela União, uma vez que toda compensação exige identidade entre os credores e devedores das dívidas a serem compensadas. A referência ao pagamento indevido ou a maior de tributos, do caput do artigo citado, não exclui o caso presente porque o crédito decorre de resarcimento de contribuições pagas e, portanto, equipara-se a recolhimento indevido ou a maior de tributos. Além disto, a Lei nº 9.430/96 permite a utilização de créditos a serem restituídos ou *ressarcidos* (grifei) ao contribuinte para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob administração da Receita Federal (arts. 73 e 74). (fls. 204/205)

Nota-se que referido entendimento está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*Recurso Especial nº 1.137.738/SP*), de modo que a sentença deve ser mantida sob tal aspecto, à vista da ausência de interposição de recurso pelas partes.

#### V - DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto para conhecer em parte das contrarrazões da União, negar provimento à apelação da fazenda, dar provimento ao recurso adesivo do contribuinte para que seja reconhecido o direito à inclusão dos pagamentos efetuados a terceiros para o beneficiamento das matérias-primas na base de cálculo do crédito presumido do IPI, bem como determinar a incidência da atualização monetária sobre tais créditos e sobre o decorrente das receitas oriundas da venda de mercadorias às empresas comerciais para posterior exportação e dar parcial provimento à remessa oficial para estabelecer os critérios de correção monetária e a incidência de juros de mora, nos termos anteriormente explicitados.

Translade-se cópia do acórdão para o Processo nº 1999.61.12.007713-6.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

**APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO  
0002383-81.2008.4.03.6100  
(2008.61.00.002383-8)**

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
Apelada: HENCORP COMMCOR CORRETORA DE MERCADORIAS S/A  
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE  
Classe do Processo: AMS 319038  
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/02/2014

**EMENTA**

MANDADO DE SEGURANÇA. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE “DESMUTUALIZAÇÃO”. TÍTULOS PATRIMONIAIS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL. ARTIGO 17, DA LEI 9.532/97. APLICAÇÃO.

1. A Bovespa e a BM&F, que tinham a natureza de associações civis sem fins lucrativos, colaboradoras da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), em decorrência da mencionada operação, foram transformadas em sociedades anônimas. Com isto, seu patrimônio, antes representado pelos títulos, foi devolvido aos associados na forma de ações.
2. Na “desmutualização” houve, de fato, devolução do patrimônio aos associados, por meio de ações, gerando, assim, um ganho patrimonial, na medida em que os associados passaram a ser acionistas de sociedades anônimas com finalidade lucrativa, sendo que o montante a ser tributado corresponde a diferença entre o valor nominal das ações recebidas a título de devolução e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais das extintas associações, conforme estabelece o artigo 17, da Lei nº 9.532/97, de maneira que este dispositivo legal se aplica a operação de desmutualização. Precedentes deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Outrossim, a futura vendas das ações é operação distinta daquela ocorrida no momento da “desmutualização” e que também deverá ser objeto de tributação.
4. Apelação e remessa oficial providas.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto da E. Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencida a Des. Fed. Alda Basto que negava provimento à apelação e à remessa oficial. Fará declaração de voto a Desembargadora Federal Alda Basto.

São Paulo, 16 de janeiro de 2014.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

## **RELATÓRIO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança proposto por HENCORP COMMCOR CORRETORA DE MERCADORIAS S/A, no qual foi concedida a segurança almejada para afastar a incidência do IRPJ e da CSLL sobre o valor correspondente à atualização do valor dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BM&F e que foram convertidos em ações. Custas *ex lege*. Houve isenção ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512, do E. STF.

Apela a União (Fazenda Nacional) alegando, em síntese, que na operação denominada “desmutualização”, a BM&F deixou de existir e, em consequência, seus títulos patrimoniais foram extintos, razão pela qual efetivamente houve a devolução de seu patrimônio aos seus associados, na forma de ações, ocasião em que se apura um ganho de capital, ou seja, auferisse renda (fato gerador do IR). Aduz que tal situação enquadra-se perfeitamente no disposto no artigo 17, da Lei 9.532/97. Afirma, ainda, que por ter a apelante optado pela operação de devolução do patrimônio das bolsas as suas associadas, não pode se beneficiar do regime tributário de outra operação, ou seja, da constituição de reserva com acréscimo de valor nominal dos títulos. Por fim, requer seja dado provimento à apelação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O douto representante do Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 352/353).

É o relatório. Decido.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

## **VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora): Cuida-se de mandado de segurança em que se discute a incidência ou não de IRPJ e de CSLL sobre a valorização de títulos patrimoniais da BM&F, convertidos em ações no momento da operação denominada “desmutualização” das Bolsas de Valores.

Ocorre que a Bovespa e a BM&F, com a operação de “desmutualização”, tiveram os seus títulos patrimoniais convertidos em ações ordinárias da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A. Vale dizer, a Bovespa e a BM&F, que tinham a natureza de associações civis sem fins lucrativos, colaboradoras da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), em decorrência da mencionada operação, foram transformadas em sociedades anônimas. Com isto, seu patrimônio, antes representado pelos títulos, foi devolvido aos associados na forma de ações.

O Código Civil dispõe o seguinte acerca do patrimônio das associações no momento de sua dissolução:

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

Pois bem. Considerando o quanto dispõe a lei civil, a discussão acerca da caracterização de *extinção ou transformação* das associações no momento da “desmutualização”, não tem relevância, pois, efetivamente, o que ocorreu foi a devolução do patrimônio das associações aos seus associados.

Não se trata, portanto, de mera reavaliação patrimonial, como prevista no artigo 4º, da Lei nº 9.959/00. Há, de fato, devolução do patrimônio aos associados, por meio de ações, gerando, assim, um ganho patrimonial, na medida em que os associados passaram a ser acionistas de sociedades anônimas com finalidade lucrativa, sendo que o montante a ser tributado corresponde a diferença entre o valor nominal das ações recebidas a título de devolução e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais das extintas associações, conforme estabelece o artigo 17, da Lei nº 9.532/97, de maneira que este dispositivo legal se aplica a operação de desmutualização.

Nesse sentido, confira-se os recentes julgados deste E. Tribunal Regional Federal:

**MANDADO DE SEGURANÇA. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE “DESMUTUALIZAÇÃO”. DEVOLUÇÃO DE VALORES, NA PRÁTICA, LUCRATIVA, É TRIBUTÁVEL. GANHO PATRIMONIAL EXISTENTE. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSSL. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

1. Da leitura do artigo 61 do Código Civil, conclui-se que, em caso de dissolução, não poderia o patrimônio de uma associação passar para uma sociedade com fins econômicos, como foi o caso dos presentes autos, em que o patrimônio da Bovespa (associação) foi incorporado pela Bovespa Holding S/A (sociedade empresária).

2. Há uma devolução de patrimônio, e a diferença entre o valor entregue e o devolvido deve ser tributada, sendo o objetivo do mencionado artigo 61, exatamente, o de evitar o aproveitamento da isenção, por anos a fio, por parte da associação, que pura e simplesmente se converte em entidade econômica e pretende a equivalência (que somente poderia existir no plano meramente contábil) dos valores que antes sofreram valorização e foram, repita-se, majorados indiretamente em razão da isenção fiscal de que gozavam.

3. Com tal operação, os associados das referidas associações tiveram mesmo ganho patrimonial, já que passaram a ser acionistas de sociedades anônimas, com finalidade de lucro, sendo o montante a ser oferecido à tributação a diferença entre o valor nominal das ações recebidas a título de devolução e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais das extintas associações, nos termos do que estabelece o citado art. 17, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/97, dispositivo que, diga-se de passagem, não exigiria nem mesmo a transferência efetiva de numerário, bastando, para que se realizasse a incidência, a transferência valorativa dos direitos da associação até então isenta.

4. A venda posterior de tais ações poderá ser fato gerador dos tributos combatidos, havendo neste caso uma nova incidência tributária, distinta daquela que ocorreu no momento da devolução do patrimônio, uma devolução lucrativa, na forma de ações.

5. Constatada a legalidade da cobrança de IRPJ e CSLL sobre os acréscimos patrimoniais decorrentes da operação de “desmutualização” da Bovespa. Precedentes desta Corte.

6. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AMS 2007.61.00.034589-8, Quarta Turma, v. maioria, Relator do acórdão Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, j. 14/11/2013, DJE 03/12/2013)

**MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSSL. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE “DESMUTUALIZAÇÃO”. TÍTULOS PATRIMONIAIS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. PORTARIA MF 785/77. DECRETO-LEI 1.109/70. CTN: ART. 111. LEI 9.532/97, ART. 17.**

1. Com a operação de “desmutualização” das Bolsas, ocorrida no ano de 2007 em que as mesmas deixaram de ser associações civis sem fins lucrativos e passaram a se constituir em sociedades anônimas, ocorreu a substituição dos títulos patrimoniais dos associados, detidos pelos impetrantes por ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A, alterando a situação

jurídico-tributária então existente.

2. De fato, superando o biênio inicial de vigência do NCC não mais se viabilizaria a transformação de entidades associativas em sociedades, ante o silêncio do seu art. 1.113, quanto àquelas, destinadas a extinção, nos casos da espécie, facultado o retorno das contribuições vertidas ao patrimônio associativo (NCC: art. 61, §§ 1º e 2º), o que se operou através da substituição dos títulos patrimoniais dos associados pelas ações das novas sociedades, estas com e aquelas sem finalidade lucrativa.

3. Hipótese em que opera efeitos a previsão do art. 177 e § 2º da Lei nº 6.404, de 1976, desde sua redação original, exsurgindo as consequências tributárias advindas dos novos lineamentos civis, sem que necessário perquirir acerca da validade das deliberações sociais tomadas em prol da “desmutualização” operada.

4. Daí porque remanesce integra a Solução de Consulta nº 10/2007, incidindo na espécie, tanto o IRPJ com a CSL, a teor da Lei 9.532 de 10/12/97, art. 17, §§ 3º e 4º.

5. Não tem lugar a utilização do Método de Equivalência Patrimonial, já que o mesmo somente é viável nas hipóteses de investimentos em controladas e coligadas, nos termos do que dispõe os arts. 384, 387, 388, do Decreto 3000/99.

6. Precedente desta Corte. 2007.03.00.105115-9.

7. Tampouco incide a Portaria MF 785/77, restrita ao acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais não distribuídos e segregados contabilmente para compulsória incorporação ao capital associativo (CTN: art. 111).

8. Apelo da União e remessa oficial a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, AC 2008.61.00.008121/8/SP, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, j. 06/12/2012, DJE 31/01/2013)

**TRIBUTÁRIO - IRPJ - CSLL - BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO - BOVESPA - DESMUTUALIZAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS ASSOCIADAS POR AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S.A. - RESOLUÇÃO CMN 2.690/2000 - PORTARIA MF 785/77 E SOLUÇÃO DE CONSULTA SRF-13/97 - LEI Nº 9.532/97 E SOLUÇÃO DE CONSULTA SRF-10/2007 - MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL (ART. 248, DA LEI 6.404/76) - INAPLICABILIDADE - VALORIZAÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS - DEPÓSITOS JUDICIAIS À ORDEM DO JUÍZO A QUO REALIZADOS SPONTE PROPRIA - DELIBERAÇÃO.**

1. Com fulcro na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.690/2000, optou a Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA pelo processo de desmutualização, passando de associação civil sem fins lucrativos, para o regime das sociedades anônimas, regido pela Lei nº 6.404/76, sendo as sociedades a ela associadas, caso da impetrante, obrigadas a substituir os títulos patrimoniais de que eram detentoras, por ações da Bovespa Holding S.A.

2. Inicialmente, a Portaria do Ministério da Fazenda MF 785/77 e a Solução de Consulta da Secretaria da Receita Federal nº 13/97 não previram fosse a substituição hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL. Entretanto, tal entendimento foi superado pelo disposto no art. 17, da Lei nº 9.532/97, seguindo-o a Solução de Consulta da Secretaria da Receita Federal nº 10/2007, não deixando dúvidas quanto à incidência dos tributos na espécie. Com efeito, assim dispõe o preceito legal mencionado: “Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio. § 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995. § 2º O imposto de que trata este artigo será: a) considerado tributação exclusiva; b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores. § 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será

computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar: a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real; b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado”.

3. Não socorre a contribuinte a disposição inserta no art. 248, da Lei nº 6.404/76, ao entendimento de que “os títulos patrimoniais passaram a ter o mesmo tratamento tributário dispensado às participações societárias avaliadas pelo método de equivalência patrimonial”. (fl. 514). O mencionado preceito legal está inserido em capítulo da Lei das Sociedades Anônimas, voltado à elaboração do relatório anual da companhia, em relação aos investimentos nas sociedades coligadas, controladoras e controladas, pelo método da equivalência patrimonial, não cuidando, portanto, do caso de que tratam estes autos.

4. Destarte, pacífico que o processo de desmutualização da BOVESPA, do qual decorreu a substituição dos títulos patrimoniais da apelante por ações da Bovespa Holding S.A., gerou acréscimo patrimonial, sendo caso de incidência da tributação, nos termos da legislação pertinente aplicável. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta e de outras Cortes Regionais Federais: Processo: AI 01051154420074030000 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 322814 - Relatora: Des. Fed. SALETTE NASCIMENTO - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: Quarta Turma - Fonte: DJF3 - Data: 19/08/2008; Processo: AMS 00087060520084036100 - AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 313991 - Relator: Juiz Fed. Conv. RUBENS CALIXTO - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: Terceira Turma - Fonte: e-DJF3 - Judicial 1 - Data: 20/07/2012; Processo: AC 200851010065590 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 432856 - Relator: Des. Fed. THEOPHILO MIGUEL - Sigla do órgão: TRF2 - Órgão julgador: Terceira Turma Especializada - Fonte: E-DJF2R - Data: 16/10/2012 - p. 77.

5. Segundo as guias juntadas por cópias, pela contribuinte às fls. 575 e 576, os depósitos noticiados foram ambos por ela efetuados, na data de 06/03/08, quando o feito ainda tramitava junto ao juízo da 15ª Vara Cível Federal desta Capital. Assim, tendo em vista que foram feitos, *sponte propria*, à ordem e à disposição do juízo de primeiro grau, as questões a eles relacionadas, tais como as ventiladas às fls. 569/574 e seguintes, deverão ser apreciadas pelo juízo de origem, ao qual se encontram vinculados, após o trânsito em julgado da decisão definitiva, ressalvado o levantamento do montante controverso, sobre o qual se manifestou, favoravelmente, a União.

(TRF 3ª Região, AMS 2007.61.00.035167-9, Sexta Turma, Relator Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn, j. 22/08/2013, DJE 30/08/2013)

Outrossim, a futura venda destas ações é operação distinta daquela ocorrida no momento da “desmutualização” e que também deverá ser objeto de tributação.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a r. sentença, denegando a ordem requerida.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

### **DECLARAÇÃO DE VOTO**

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO: Com a devida vénia da relatora, divirjo de Vossa Excelência. Em outra sessão, em 2013, trouxe processo de minha relatoria em que restei vencida na Turma, porém, o tema continua a me inspirar o mesmo posicionamento anterior.

Ao contrário do alegado pela União, não houve liquidação nem extinção da associação civil com o subsequente pagamento aos ex associados.

O caso é totalmente diferente de dissolução ou extinção como alegado pela União.

A associação civil por meio de cisão parcial se converteu em sociedade anônima, de modo que, a primeira transferiu suas cotas à segunda, a Sociedade Anônima e, o capital de giro de sua constituição passou a corresponder exatamente o mesmo do capital de giro da associação naquela data. Não houve qualquer “lucro” de quem quer que seja, ou seja, não houve qualquer diferença a maior recebida pelos cotistas que pudesse configurar disponibilidade econômica.

Isto porque, como se repete, não existiu nenhuma diferença a maior quando se transferiu ou se cindiu a associação civil na sociedade anônima. Tampouco existiu, como se verifica dos autos, como alega a União dois momentos: um no qual as pessoas físicas venderam suas cotas com lucro e, outro momento no qual a S.A. comprou as cotas.

Não houve venda. Houve cisão parcial, pois a associação transferiu suas cotas patrimoniais para a sociedade anônima, convertendo-as em ações no mesmo momento, em operação de transferência de capital sem nenhum acréscimo em favor de qualquer dos cotistas.

O valor da cota era o valor de face no dia da transferência à S.A.

A legislação considera fato gerador de tributo a disponibilidade econômica. No caso a disponibilidade econômica somente surgiria se houvesse *diferença a maior*, como previsto no art. 17 da Lei 9.532/97, a justificar cobrança de IR ou de CSSL. É lógico que a palavra “diferença” a que se refere o texto do art. 17 significa “diferença a maior”, aquela acima do valor de face, como se infere da transcrição do texto:

Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de 15% (quinze por cento) a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos da instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio. (grifo nosso)

Como se vê do texto da lei, somente a “diferença a maior” redundaria em lucro de alguém. No caso não há nenhuma prova de que houve diferença a maior mas, somente a transferência pelo mesmo valor de face de todas as cotas de uma pessoa jurídica para outra pessoa jurídica, na qual foram convertidas em ações societárias.

Uma coisa é ter o valor da ação do Bovespa disparado na Bolsa com sugeriu a ré e, *outra coisa é o valor na hora da cisão de empresas*. Se eventualmente algum sócio, ex-cotista, vende sua ação em alta na Bolsa de Valores a situação é totalmente diversa daquela aqui em apreciação. A hipótese foi mera conjectura da União sem provas.

Desta forma, não se trata de extinção, nem dissolução de empresa mas, de cisão parcial, ou transformação de uma empresa em outra e, as cotas foram transferidas pelo mesmo valor de face à sociedade anônima. Não houve nenhuma “diferença a maior”, era o mesmo valor.

Por outro lado, constata-se neste caso que, a Receita Federal pretende chamar de “disponibilidade econômica”, “lucro” e mesmo afirma se cuidar de ‘aumento de capital de giro’, a utilização do mecanismo previsto em lei denominado “método de equivalência patrimonial” criado pela Lei das Sociedades Anônimas, art. 248 da Lei 6.404 nos idos de 1976, método através do qual no decorrer dos anos se autoriza a atualização monetária do capital de giro, no balanço patrimonial anual, mecanismo isento de qualquer tributação.

Pelo método da equivalência patrimonial a sociedade anônima, quando do balanço

patrimonial da Cia., no tocante ao capital de giro, notadamente investimentos, pode registrar a diferença entre o valor do investimento e seu custo de aquisição, corrigido monetariamente, apenas com conotação de resultado do exercício.

O art. 248 da Lei 6404/76, justamente por causa da desvalorização monetária que, era uma realidade já à época do diploma legal, criou um mecanismo para a saúde da Sociedade Anônima, prevendo se aplicar a correção monetária como um mecanismo contra a desvalorização do capital de giro e por outro lado, também isenta de qualquer tributação, considerando-a como uma superação do “custo da atividade econômica”, ou seja, como resultado normal do exercício. Com a correção monetária a empresa sobrevive, pois se afasta a pulverização do capital do giro, situação que detonaria qualquer empresa acaso o desgaste da inflação anual se acumule.

Desta forma, no balanço patrimonial das CIAs. os investimentos devem ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de modo que a atualização monetária deve ser contabilizada como custo.

O art. 248 da Lei da S.A., por outro lado, prevê pagamento de tributo quando o produto ou serviço for repassado a terceiros sob diferença a maior, ou seja, quando há ganhos ou lucros comprovados da empresa.

Importa consignar que a atualização monetária é matéria pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça quanto a sua aplicação em casos de pagamentos com mora, não constituindo ela acréscimo a ser tributado. Pelo CTN art. 97 sua aplicação nos débitos fiscais tampouco implica em majoração. A atualização monetária não representa lucro.

O mesmo mecanismo da “equivalência patrimonial” foi repassado às Associações Civis, autorizando-se a atualização anual das cotas, quando do balanço da empresa, pela mesma “ratio jure” do art. 248 da Leis das S.A., ou seja, sem a atualização do valor das cotas se pulveriza no tempo, de modo que com o passar do ano levaria a empresa à extinção por falta de viabilidade econômica e financeira. Assim, durante a existência da associação, permite-se a atualização dos títulos patrimoniais, através do denominado “método da equivalência patrimonial”, concretizado por força da Portaria da Fazenda Nacional nº 785 se 20.12.1977, expedida um ano após a Lei da S.A.

A aplicação do método de equivalência patrimonial nas cotas da associação, é operando através da Contabilidade e, este mecanismo também não induz disponibilidade econômica, nem gera fato gerado.

Menciono a título de exemplo, o prejuízo que traz a proibição de utilização da correção monetária no meio de nós. Na nossa legislação quanto ao IR da pessoa física no que diz respeito aos imóveis somos proibidos de os atualizar ano a ano, de modo que a última atualização decorre de 1994, quando da criação do “real” quando foi permitida a correção e, depois de 1994 nunca mais pudemos atualizar os imóveis no IRPF e, o susto vem depois.

Importa salientar que pela Contabilidade Fiscal as atualizações monetárias não são consideradas receitas. Ao contrário, na Contabilidade da empresa as atualizações monetárias serão registradas como “Reserva de Atualização dos Títulos Patrimoniais”, integrando a conta de reserva do capital, isto é, integra o patrimônio líquido da empresa, o capital de giro.

Anote que os arts. 225 e 389 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3000/99 são taxativos ao prever a inexistência de incidência de IR ou CSSL sobre “os títulos patrimoniais atualizados pelo método da equivalência patrimonial”.

Também o art. 32 § 1º da Lei 8.981/95 estabelece que o disposto nestes dispositivos não se aplicam aos resultados positivos decorrentes de avaliação de investimento pela equivalência

patrimonial. E isto é claro porque não há lucro na atualização dos investimentos da empresa. A operação contábil interna da empresa que atualiza seus títulos patrimoniais não gera nenhum lucro, nem disponibilidade econômica, nem é receita.

Por este motivos, sinteticamente trazidos, não extraio que a denominada “desmutualização” gere “diferença a maior”, nem disponibilidade econômica a autorizar incidência da tributação do IR ou da CSLL, porquanto, no dizer da Contabilidade é apenas “reserva de reavaliação monetária” repassada interna e anualmente ao valor das cotas.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da União e à remessa oficial.

Desembargadora Federal ALDA BASTO

**AGRADO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO**  
**0019801-90.2012.4.03.6100**  
**(2012.61.00.019801-0)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 218/219

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelado: DANIEL DELGADO SANTOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: ApelReex 1898760

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/01/2014

**EMENTA**

AGRADO. 557 DO CPC. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. VALORES ORIUNDOS DE CONDENAÇÃO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PARCELAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE JUROS DE MORA.

1. A legislação deve ser interpretada no sentido de que somente haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem a incidência do tributo e, sendo assim, consoante a alíquota que seria aplicável se a percepção dos rendimentos não fosse efetuada de maneira acumulada. Referido entendimento impede que o Autor seja duplamente punido, uma vez que não recebeu tais verbas na época devida, tendo que recorrer ao Poder Judiciário para tanto e, ainda, foi obrigado a submeter-se a uma tributação a qual não estaria sujeito se tivesse percebido seu rendimento oportunamente. Entendimento firmado no Recurso Especial nº 1.118.429 - SP, representativo de controvérsia.

2. Quanto à alegação relativa aos juros de mora originados de pagamento de verbas recebidas em razão de condenação em reclamação trabalhista, também não assiste razão à União. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.227.133/RS, também sob o rito do art. 543-C, da Lei Processual Civil.

3. Agravo desprovido.

**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, 12 de dezembro de 2013.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de agravo previsto no artigo 557 do Código de Processo Civil, interposto pela União, em face da r. decisão

de f. 218-219, que manteve a sentença que determinou a exclusão do imposto de renda incidente sobre os juros moratórios apurados na ação trabalhista nº 850/2004 e reconheceu o direito à incidência das alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos.

Alega a agravante o seguinte:

a) “inexistindo regra expressa prevendo a isenção, ou não estando a hipótese dentro do rol constitucional que trata da imunidade, qualquer aquisição de renda ou de proventos de qualquer natureza, estará sujeita a incidência do Imposto de Renda (art. 43, I e II do C.T.N)”;

b) a legislação a respeito do imposto de renda adota o regime de caixa, de maneira que “os rendimentos atrasados recebidos acumuladamente, tanto pelo apelado como por qualquer outra pessoa, sejam eles de salários, aposentadorias, aluguéis ou quaisquer outros rendimentos tributáveis, são tributados como se o beneficiário os estivesse recebendo como o rendimento de um único mês, não se levando em conta se o valor é referente a várias parcelas menores de competências anteriores”.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

## **VOTO**

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): O agravo não merece acolhimento.

Com efeito, a decisão proferida pela e. Juíza Federal Convocada Giselle de Amaro e França veio vazada nos seguintes termos:

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.

Inicialmente, necessário analisar a questão no tocante à discussão sobre a incidência do Imposto de Renda sobre o recebimento acumulado de valores originados de condenação em reclamação trabalhista.

Com efeito, o artigo 12, da Lei nº 7.713/88, estabelece:

“Art. 12: No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento do crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização”.

Ressalto que a aplicação de tal dispositivo gerou polêmica quando a tributação dela resultante apresentar-se distinta daquela que seria praticada se os rendimentos não fossem recebidos acumuladamente.

Isso porque, de acordo com os princípios da equidade e da isonomia, a legislação deve ser interpretada no sentido de que somente haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem a incidência do tributo e, sendo assim, consoante a alíquota que seria aplicável se a percepção dos rendimentos não fosse efetuada de maneira acumulada.

Na prática, o que ocorre no presente caso é que, se as parcelas das verbas em questão fossem pagas mês a mês, como era devido, estaria isento o Autor, por não ter atingido o rendimento mínimo para ensejar a exigência fiscal ou, então, seria aplicada a alíquota de 15% (quinze por cento).

Referido entendimento impede que o Autor seja duplamente punido, uma vez que não recebeu tais verbas na época devida, tendo que recorrer ao Poder Judiciário para tanto e, ainda, foi obrigado a submeter-se a uma tributação a qual não estaria sujeito se tivesse percebido seu rendimento oportunamente.

Pacificando a matéria, destaco o julgamento do Recurso Especial nº 1.118.429 - SP, representativo de controvérsia:

**"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.**

1. O imposto de renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. *Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ.*  
2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008."

(STJ - 1ª Seção, REsp nº 1.118.429/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.03.10, Dje 14.05.10) (destaquei).

Quanto à alegação relativa aos juros de mora originados de pagamento de verbas recebidas em razão de condenação em reclamação trabalhista, também não assiste razão à União Federal. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento da questão, consoante se verifica no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.227.133/RS, sob o rito do art. 543-C, da Lei Processual Civil:

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NA EMENTA DO ACÓRDÃO EMBARGADO.**

- Havendo erro material na ementa do acórdão embargado, deve-se acolher os declaratórios nessa parte, para que aquela melhor reflita o entendimento prevalente, bem como o objeto específico do recurso especial, passando a ter a seguinte redação:

**'RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JUROS DE MORA LEGAIS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VERBAS TRABALHISTAS. NÃO INCIDÊNCIA OU ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA.**

- Não incide imposto de renda sobre os juros moratórios legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial.

- Recurso Especial, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, improvido.'

Embargos de declaração acolhidos parcialmente."

(STJ - 1ª Seção, EDcl no REsp nº 1.227.133/RS, Min. César Asfor Rocha, j. em 23.11.2011, Dje 02.12.2011)

Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença.

Isto posto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, NEGÓ SEGUIMENTO À REMESSA OFICIAL E À APelação.

As alegações trazidas pela agravante não abalam os fundamentos contidos na decisão monocrática, proferida com esteio em precedente do Superior Tribunal de Justiça e submetido à sistemática dos recursos especiais repetitivos de que trata o artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Assim, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

**SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA****0003582-95.2014.4.03.0000****(2014.03.00.003582-5)**

Requerente: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Parte Autora: PHOENIX IND/ E COM/ DE TABACOS LTDA.

Classe do Processo: SLAT 2983

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2014

**DECISÃO**

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida em sentença.

No 1º grau de jurisdição, na Ação nº 0008080-10.2013.403.6100, sociedade empresária dedicada à industrialização de cigarros obteve providência cautelar, para a suspensão de ato administrativo de cancelamento de Registro Especial.

A medida administrativa tem aptidão para produzir os mais drásticos efeitos sobre a atividade da sociedade empresária - o principal: o encerramento da produção fabril.

No primeiro momento, logo após a apresentação da petição inicial, o Juízo de origem assegurou a providência citada.

Em sede de agravo de instrumento, a 4ª Turma, deste Tribunal Federal Regional, deu provimento ao recurso, para revogar a cautela (fls. 45/46).

A sociedade empresária ajuizou Medida Cautelar Inominada junto à Vice-Presidência deste Tribunal Regional Federal, para tentar obter efeito suspensivo a Recurso Extraordinário.

Sem êxito - decisão da Desembargadora Federal Salette Nascimento (fls. 60/61).

Propôs igual medida junto ao Superior de Tribunal de Justiça, então para alcançar efeito suspensivo a Recurso Especial.

Sem sucesso, também - decisão do Ministro Benedito Gonçalves (fls. 65/66).

Por fim, no Supremo Tribunal Federal, tentou renovar a pretensão antes deduzida perante a Vice-Presidência deste Tribunal Regional Federal.

Uma vez mais, não alcançou o resultado desejado - decisão do Ministro Ricardo Lewandowski (fls. 68/77).

Veio, então, a sentença, na qual o Juízo de origem renovou a cautela (fls. 79/82).

A União deduz o presente pedido de suspensão contra este último ato. A síntese dos fundamentos:

A respeitável decisão de primeiro grau, ao conceder antecipação de tutela em favor de empresa fabricante de cigarros, provoca séria lesão à economia, à ordem e à saúde públicas. Como adiante será demonstrado de maneira pormenorizada, a decisão em questão provoca:

a) *grave ameaça à economia pública*, uma vez que a inadimplência da empresa interessada (o passivo da empresa supera impressionantes R\$ 717.1000.700, 11), decorre de opção deliberada de não pagar tributos, acarretando prejuízos econômicos diários tanto à União, por deixar de receber da empresa sonegadora, quando à ordem econômica, uma vez que gera uma nítida concorrência desleal no mercado em que atua em comparação com as demais empresas que arcaram com elevadíssima carga tributária;

b) *grave ameaça à ordem pública*, pois o funcionamento da empresa interessada, que sistematicamente se nega a recolher tributos, em especial o IPI, cuja alíquota representa parte substancial do preço do cigarro, derruba toda a lógica da tributação extrafiscal proibitiva que é imposta pelo Estado, corrompendo toda a teleologia da norma que disciplina a situação (Decreto-lei nº 1.593/1977).

c) *grave ameaça à saúde pública*, pois com a chancela do Poder Judiciário ao ‘planejamento tributário’ da empresa interessada, que continuará a vender seus produtos com ausência de pagamento de IPI, o cigarro vai ao mercado com um preço muito menor, o que serve de estímulo para seu consumo, acarretando sérios prejuízos à sociedade como um todo.

A ora requerente põe ênfase na suposta grave lesão à economia pública. A atividade empresarial aqui discutida está sujeita ao Sistema de Controle e Rastreamento de Cigarros (SORPIOS), “que permite à Receita Federal do Brasil controlar em tempo real, por meio de rastreamento eletrônico e procedimento virtual de verificação, todo o processo de fabricação e selagem de cigarros” (fls. 3).

Segundo a requerente, a sociedade empresária assumiu, como estratégia de competição comercial, a deliberada sonegação de tributos.

De abril de 2.009 a dezembro de 2.012, na produção de centenas de milhões de cigarros, a empresa sonegou mais de R\$ 717.000.000,00 (setecentos e dezessete milhões de reais), considerados o IPI e o PIS/COFINS, com os encargos da dívida fiscal (fls. 7 verso/8).

A empresa apresentou Impugnação (fls. 126/139), com documentos (fls. 140/165). Alegou a sua condição de empregadora de mais de 700 funcionários. Denunciou a presente tentativa de superação ilegítima da instância recursal: não estão presentes os requisitos para a via da suspensão excepcional.

Destacou, ainda, a sua qualidade de contribuinte em situação de regularidade fiscal, assim reconhecida pela própria Fazenda Nacional.

É uma síntese do necessário.

A intervenção da Presidência dos Tribunais, no âmbito dos pedidos de suspensão de medida liminar ou de tutela antecipada, está vinculada a regime jurídico de direito estrito: “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (artigo 4º, “caput”, da LF nº 8.437/92, c/c artigo 1º, “caput”, da LF nº 9.494/97).

Na hipótese legal sob consideração, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3952, sob a Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, fixou os parâmetros para o exame da questão:

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Trabalhista Cristão - PTC contra o art. 1º da Lei 9.822/99, na parte em que conferiu nova redação ao art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/77, bem como o próprio art. 2º do referido Decreto-lei e de seu § 5º, incluído pela Medida Provisória 2.158-35/2001. Os aludidos preceitos dispõem sobre o cancelamento sumário do registro especial a que estão submetidas as empresas tabagistas do país, caso constatado pelo Secretário da Receita Federal o inadimplemento de tributo ou de contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal. O requerente alega ofensa aos artigos 5º, XIII, LIV e LV, e 170, *caput*, da CF, ao argumento de que a restrição ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita constituiria sanção política vedada pela Constituição, na medida em que não admitida a existência de instrumentos oblíquos destinados a coagir ou induzir o contribuinte ao pagamento de tributos. O Min. Joaquim Barbosa, relator, julgou procedente em parte o pedido para dar ao texto impugnado interpretação conforme a

Constituição, de modo que a cassação seja considerada constitucional, se simultaneamente presentes as seguintes condições: 1º) observar o vulto dos créditos tributários devidos; 2º) respeitar o devido processo legal de controle da validade da imposição da restrição, ou seja, da penalidade e 3º) respeitar o devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários. Preliminarmente, constatou que a ação reuniria os requisitos para ser conhecida, uma vez que a norma questionada estaria fundada em redação dada por lei publicada já sob a vigência da CF/88, de maneira que a hipótese versada não se referiria à recepção, ou não, de diploma criado sob a égide de Constituição pretérita. Salientou, ainda, que a circunstância de eventual declaração de inconstitucionalidade da norma revigorar texto constitucional potencialmente inquinado de vício semelhante não impediria o conhecimento da presente ação, haja vista que, se declarada inconstitucional a norma, o texto que voltaria a vigor seria aquele publicado ao tempo da CF/67, emendada em 1969. No mérito, enfatizou que a questão sob exame não se limitaria à indústria do tabaco. Mencionou que leitura apressada da norma impugnada poderia levar à conclusão de que ela proibiria o exercício de atividade econômica em razão da existência de créditos tributários não pagos em quantia ínfima ou não expressiva. Ademais, assinalou que o art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/77 não traria expressamente qualquer parâmetro para mensuração do montante do crédito tributário não pago ou da gravidade do descumprimento de obrigação acessória que são pressupostos da permissão para cancelamento do registro especial. Aduziu que o inciso III do mesmo artigo possibilitaria a proibição do exercício da atividade econômica antes do encerramento do controle do ato administrativo ou do advento de decisão judicial que viesse a conformar as circunstâncias autorizadoras do fechamento do estabelecimento. Ressaltou, também, que o STF possui orientação consolidada no sentido da vedação constitucional às sanções políticas. Consignou, entretanto, que o desate da controvérsia seria mais sutil do que o reconhecimento, pura e simplesmente, do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/77 como sanção política ou como salvaguarda da saúde pública e do equilíbrio concorrencial. Asseverou que, na verdade, a questão de fundo consistiria em saber se a interpretação específica adotada pelas autoridades fiscais configuraria, ou não, sanção política, dada a ambigüidade do texto normativo. Considerou que a função extrafiscal da tributação não poderia afastar a efetividade da jurisdição, intimamente ligada ao direito fundamental ao devido processo legal de controle da validade das exações. De igual forma, rejeitou as assertivas segundo as quais o art. 2º, II, do Decreto-lei seria inconstitucional em qualquer de suas interpretações possíveis. Destacou, no ponto, que a proibição da sanção política não conferiria imunidade absoluta e imponderada, pois não serviria como uma espécie de salvo-conduto geral aos contribuintes que fazem da frívola impugnação de lançamentos tributários uma ferramenta de vantagem competitiva. Ter-se-ia, de um lado, o direito fundamental à livre atividade econômica lícita e o de acesso à jurisdição e, de outro, o direito à livre concorrência e o dever fundamental de pagar tributos. O relator reputou que a norma passaria pelo teste de adequação, pois inequívoco que ela fomentaria o pagamento pontual dos tributos. Todavia, verificou que, à primeira vista, o mesmo não ocorreria quanto ao teste da necessidade, ante a existência de outros mecanismos menos sacrificantes ao direito à jurisdição postos a serviço da salvaguarda do dever fundamental de pagar tributos. Considerou que a norma deveria ser concebida para regular situações extremas e de grave desequilíbrio concorrencial. Explicitou que, para ser conforme a Constituição, uma norma com efeitos tão drásticos não poderia ser mero instrumento de combate ao inadimplemento, devendo, ao contrário, apresentar-se como mecanismo de proteção contra a resistência obstinada e infundada ao pagamento de tributo em quadro marcado também pela necessidade de rápida resposta estatal e em contexto em que os instrumentos ordinários não fossem suficientes. Relativamente ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, ponderou que a norma extraída a partir da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei seria inconstitucional se atentasse contra um dos três parâmetros constitucionais já apresentados, ou seja: 1º) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento culminaria na restrição ao funcionamento da empresa; 2º) manutenção propor-

cional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade e 3º) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários, cujo não pagamento implicaria cassação do registro especial. Acrescentou que, dos parâmetros expostos, o último apresentaria o maior desafio ao órgão jurisdicional. Assim, enfatizou que haverá a observância da Constituição se a penalidade não for aplicada antes do exame das medidas e dos recursos apresentados pelo sujeito passivo, sempre que a irresignação possuir um mínimo de plausibilidade. Por derradeiro, registrou que a suspensão temporária das atividades ou a aplicação de regime especial de cumprimento de deveres instrumentais seria válida sempre que ficasse comprovado que a inadimplência contumaz fosse de monta e apta a afetar profundamente as condições de livre concorrência e iniciativa.

Em suma, são três as condições de legitimação para o cancelamento do chamado Registro Especial: “1º) observar o vulto dos créditos tributários devidos; 2º) respeitar o devido processo legal de controle da validade da imposição da restrição, ou seja, da penalidade e 3º) respeitar o devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários”.

No caso concreto, as condições estão presentes.

O montante dos créditos sonegados, de modo reiterado e sistemático, supera R\$ 717.000.000,00 (setecentos e dezessete milhões de reais).

O detalhamento do valor está registrado com clareza (fls. 84/90), no documento subscrito pela autoridade administrativa fazendária. Ali estão especificados os vários procedimentos tributários, com os seus números de identificação, passivos principais e encargos, impugnações da empresa e todos os fatos relevantes para o exame da questão.

A autoridade administrativa fazendária deixa evidente que a inspeção não está dirigida ao exame *formal* da declaração de regularidade fiscal obtida pela empresa, com a interposição sucessiva de impugnações e recursos.

O caso é, segundo a mesma fonte de julgamento, de sonegação reiterada combinada com a manipulação dos procedimentos de impugnação, estratégia ilegítima de disputa comercial.

Neste ponto, é oportuno lembrar que a atividade da sociedade empresária está inserida em regime especial de controle do objetivo comercial.

O ponto é relevante, para o exame das condições tabuladas pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema de controle diferenciado sobre a produção de cigarros confere segurança jurídica.

Segundo a normativa vigente - IR/RFB 769/07 (fls. 48) -, a produção de cigarros é monitorada por equipamentos contadores e aparelhos de registro, gravação e transmissão. *Não se trata da livre estimativa fiscal ou da censurável criação mental das autoridades administrativas tributárias.*

Por último, quanto à observância do devido processo legal, cumpre registrar que a empresa teve a oportunidade de se manifestar sobre toda a apuração.

Não se há de exigir todo o rito necessário ao chamado lançamento tributário, porque a legislação específica para o caso concreto cuida de algo distinto: a manipulação reiterada dos procedimentos legais. A figura clássica na doutrina - presente na legislação do Brasil e dos demais países - do abuso de direito.

É oportuna a advertência formulada pela Ministra Ellen Gracie (MS 24159 QO), acolhida no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “não se podem erigir as garantias processuais para respaldar resultados espúrios de uma prestidigitação forense. Não é para isso que elas foram construídas através de séculos de civilização”.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem feito a distinção entre o uso e o abuso do direito. Categorias gerais do sistema jurídico aplicáveis a qualquer ramo da metodologia legal. Um exemplo, para ilustração - AP 396, de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia:

O que seria ato legítimo pela decisão unilateral adotada torna-se não exercício de direito, pela ilegitimidade dos motivos e fins claros, mas abuso de direito, ao qual não dá guarida o sistema constitucional vigente. O direito, em sua realização normal e legítima, é uso, em sua realização anormal e ilegítima, abuso.

Em cuidado sobre o tema, preleciona José Olympio de Castro Filho: "... toda vez que, na ordem jurídica, o indivíduo no exercício de seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, toda vez que o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito" (*Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense 1960, p. 21). Citando a doutrina objetivista afirma aquele autor, "pode haver abuso do direito mesmo sem a intenção de prejudicar. O ato é lícito ou ilícito conforme se realiza ou não de acordo ou em harmonia com a finalidade do instituto jurídico" (*idem*).

E acentua Josserand que "na maioria dos casos, o autor do ato fraudulento não se propõe a causar prejuízo a outrem; seu objetivo essencialmente único é a salvaguarda de interesses pessoais; quer obter um benefício ilícito, escapar ao cumprimento de uma obrigação que normalmente lhe incumbe, por exemplo, enganando a administração, frustrando a vigilância do fisco" (*Los móviles en los actos jurídicos. Apud CASTRO FILHO, José Olympio - op. cit., p.93*). No mesmo sentido, Rippert, em sua obra sobre "a regra moral nas obrigações civis", pondera que: "há uma outra espécie de fraude a que se chama fraude à lei. ... Não se trata, com efeito, necessariamente dum conflito de interesses privados mas, algumas vezes, duma tentativa feita de comum acordo com vários interessados para fugir à aplicação de lei normalmente aplicável, por essa lei vir embraçar os interesses ou as vontades" (RIPPERT, Georges - *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.331).

9. Na espécie em pauta, o que se tem é prática que, quanto formalizada como ato válido, abriga pretensões incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque excluem a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal.

É de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello a lição segundo a qual "... o abuso de direito... compreende todas as hipóteses de exercício de direito em que seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a categoria jurídica de que participa, contrariando o interesse social que a norma jurídica teve em mira ao qualificar esses tipos de situações jurídicas, em que se verifica seu exercício de maneira anormal, além do razoável, segundo uma concepção objetiva de justiça, de proporcionalidade admissível entre o poder jurídico do titular do direito e do terceiro a ele vinculado." (*Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 496).

Na hipótese do devido processo legal tributário, é preciso fazer a distinção hermenêutica. Um paradigma está na regra geral da prerrogativa lícita concedida, a cidadãos e pessoas jurídicas, para o uso dos amplos meios de impugnação; outro, na exceção representativa de seu ilegal oposto, o abuso: "uma espécie de salvo-conduto geral aos contribuintes que fazem da frívola impugnação de lançamentos tributários uma ferramenta de vantagem competitiva" (*supra*, Ministro Joaquim Barbosa).

Em caso similar de pedido de suspensão, a posição da Corte Especial, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, coincide com a interpretação aqui formulada: confira-se o AGRSLT 0057014-54.2012.4.01.0000/DF.

Por estes fundamentos, defiro o pedido de suspensão da tutela antecipada concedida na sentença prolatada na Ação nº 0008080-10.2013.403.6100, da 21ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Comunique-se.

Intimem-se.

Publique-se.

São Paulo, 06 de março de 2014.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente



# Sentenças





## AÇÃO ORDINÁRIA

### 0005788-65.2008.4.03.6120

**Autora:** CLARICE FORTI VOLPATI

**Ré:** CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 2<sup>a</sup> VARA DE ARARAQUARA - SP

**Juíza Federal:** VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2014

Vistos etc.,

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por *Clarice Forti Volpati* em face da *Caixa Econômica Federal* visando à declaração de nulidade de contrato de crédito rotativo (Agência 282, conta nº 28886-0) e a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, com a exclusão de seu nome dos cadastros do SPC e Serasa.

Consta emenda à inicial, com a complementação do recolhimento de custas e juntada de cópia dos documentos pessoais (fls. 70/72).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, ocasião em que foi determinada a regulamentação do valor da causa (fl. 73), cumprida a seguir (fls. 76/77).

A parte autora interpôs agravo de instrumento (fls. 78/85), o TRF3 indeferiu o efeito suspensivo do recurso (fls. 87/90), não conheceu do agravo regimental em face dessa decisão, conheceu parcialmente do recurso de agravo de instrumento e, na parte conhecida, negou-lhe provimento (fls. 94/96).

Citada, a CEF apresentou contestação defendendo a legalidade de sua conduta e a validade do contrato de conta-corrente com limite de crédito rotativo, que teria sido firmado de forma livre e espontânea entre as partes. Sustenta ainda, a inocorrência de dano, de ato ilícito e de conexão de causalidade que possibilite a responsabilização civil da requerida. Em caso de condenação, defendeu de forma subsidiária a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e requereu a compensação com débitos da autora junto à requerida (fls. 100/112). Juntou documentos (fls. 113/135).

As partes requereram produção de prova oral (fls. 135/136, 138/139 e 141).

A autora juntou correspondência bancária (fls. 149/150).

Em audiência, foi colhido o depoimento pessoal e ouvida a testemunha da autora, afastando-se a contradita (fls. 155/157).

Devolvida carta precatória sem cumprimento (fls. 163/179), o ato foi repetido e cumprido (fls. 185/194).

A autora apresentou alegações finais requerendo a procedência da demanda (fls. 197/200) e decorreu o prazo sem manifestação da CEF (fl. 201).

*É o relatório.*

DECIDO.

A autora vem a juízo pleitear a anulação de contrato de crédito rotativo e a condenação da CEF por danos materiais e morais, com a exclusão de seu nome dos cadastros de inadimplentes.

Estabelecem os artigos 186 e 187, do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes.”

O dever de indenizar o lesado, por sua vez, está hoje previsto no artigo 927, do CC, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

Pois bem.

Apesar da nova configuração legal que contém a menção expressa ao dano moral (art. 186), ao abuso de direito (art. 187) e à responsabilidade objetiva para atividades de risco (art. 927, par. único), os requisitos básicos da responsabilidade civil aquiliana continuam a ser *ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo causal e dano*.

Em consequência, a prova nas ações de responsabilidade civil deve alcançar esses quatro elementos.

No caso da relação entre as partes em que é evidente a caracterização da autora como destinatária final do serviço prestado pela ré, ou seja, em se tratando de relação de consumo, incide a norma inserta na Lei 8.078/90, que diz que “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” (art.14).

Feitas tais considerações, passo à situação concreta a ser julgada.

Em linhas gerais, a autora sustenta que em 12/11/2002 dirigiu-se à agência bancária da CEF com o intuito de obter linha de crédito CONSTRUCARD. Na ocasião, foi orientada pelo gerente da agência a assinar contrato de crédito rotativo para que fosse possível realizar a avaliação do crédito. Contudo, em 11/01/2003 recebeu a notícia de que havia sido aprovado crédito de apenas R\$ 30.000,00. Como necessitava de cerca de R\$ 150.000,00 para viabilizar o investimento, desistiu do financiamento e solicitou o cancelamento dos documentos que havia assinado. O gerente então informou que o crédito aprovado permaneceria válido por 6 (seis) meses e, ao final, seria cancelado sem qualquer encargo para a autora.

No entanto, em janeiro/2007 foi surpreendida com boleto bancário de cobrança da tarifa de manutenção da conta no valor de R\$ 2.800,00. Então, dirigiu-se ao banco e informou que nunca havia utilizado crédito ou conta bancária naquela instituição, requerendo o cancelamento da conta. Todavia, a CEF não aceitou o pedido e determinou o imediato pagamento da pendência, inscrevendo o nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito, o que lhe acarretou prejuízos de ordem patrimonial e moral.

Ora, em situações que tais, verifica-se que no momento da contratação do financiamento, a ré impôs à autora que firmasse o contrato de “cheque especial” ou “crédito rotativo”.

Veja-se que no contexto da boa-fé que deve reger as relações sociais, o fato de a autora *nunca ter movimentado a conta* (fls. 27/65) demonstra que ela, de fato, não conseguiu o financiamento almejado e não tinha consciência de que estava sendo cobradas tarifas, encargos e juros naquela conta com cheque especial.

Então, se é notório que os bancos oferecem outros produtos financeiros como METAS

**PRÓPRIAS DE DESEMPENHO**, também é notório que para fornecer o tal financiamento, exigiu da autora que firmasse o contrato de crédito rotativo.

Note-se que o Código de Defesa do Consumidor veda a obrigação de manter conta corrente vinculada ao financiamento:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Então, está claro que a cliente não tinha qualquer intenção de gozar dos benefícios do crédito rotativo e só assinou o contrato de crédito rotativo de forma vinculada ao financiamento que pretendia obter.

A propósito, conforme o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

O dispositivo trata da denominada VENDA CASADA, que, ademais, configura crime contra a ordem econômica e as relações de consumo (art. 5º, II, da Lei nº 8.137/1990), cuja ocorrência se evidenciou no caso dos autos.

De outra parte, um dos direitos principais do consumidor é a de ser adequadamente informado sobre os produtos que adquire cabendo à CEF informar devidamente à cliente dos custos de manutenção da conta, cujos serviços nem eram utilizados pela autora.

Logo, a ré foi omissa no seu dever de informar e deve responder pelas consequências disso, no caso, o fato de ter prejudicado a cliente ao inserir seu nome no cadastro de inadimplentes.

Dito isso, analisemos cada um dos pedidos deduzidos pela parte autora:

#### **DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO (AGÊNCIA 282, CONTA Nº 28886-0)**

O Contrato de Crédito Rotativo, como já dito, como o débito foi fruto de venda casada e da não observância do dever de informação, conclui-se que não podiam ser cobrados, por inexigíveis, a dívida apurada até 02/08/2006 no valor de R\$ 2.501,16 (fls. 25/26), muito menos a comissão de permanência no valor de R\$ 1.131,34, incluída na planilha que instruiu a contestação (fl. 116) totalizando os R\$ 3.632,50, em novembro de 2009 (fl. 116).

Assim, decorrência natural do reconhecimento da venda casada nos termos da fundamentação acima, nesse particular o pedido merece acolhimento reconhecendo-se a nulidade do contrato de crédito rotativo.

#### **PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS**

Nesse ponto a parte autora pleiteia a quantia de R\$ 154.800,00, dos quais R\$ 52.000,00

se referem à utilização de reserva financeira pessoal para aquisição de veículo da empresa, R\$ 100.000,00 à utilização de outra aplicação financeira para investimentos em sua empresa, e R\$ 2.800,00 à tarifa bancária de manutenção da conta.

Com relação aos R\$ 52.000,00 e R\$ 100.000,00, a utilização de patrimônio particular ou a obtenção de linha de crédito em nome de terceiros (pessoa jurídica) para a realização de investimentos na empresa não configura dano, mas faculdade conferida à autora.

Veja-se, ademais, que a autora não comprovou tais gastos e, ainda que tivesse comprovado, esses investimentos não possuem qualquer relação com o fato imputado à requerida, ou seja, não existe relação de causalidade entre a inclusão do nome da correntista no banco de dados de inadimplentes e a obtenção de novos financiamentos ou a utilização do patrimônio pessoal para aquisição de veículo automotor.

Ao que tudo indica, na realidade a autora pretende o “ressarcimento” do crédito no valor inicialmente almejado, como se tivesse direito subjetivo à obtenção de linha de crédito, pretensão que é totalmente descabida, tendo em vista a discricionariedade da empresa pública para a concessão e fixação do limite de crédito.

Logo, tal pedido não merece acolhimento já que não há prova de que a autora tenha sofrido danos materiais por conta da ação da ré.

#### **PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Quanto aos danos morais, observo que a autora relata na inicial que o cancelamento automático da conta causou-lhe “estranheza” (fl. 03), mas como confiava muito no gerente, não adotou nenhuma providência.

No depoimento, informa que os funcionários do banco trouxeram um “calhamaço” de papéis e que assinou os contratos sem saber do que se tratava. Disse que queria levar os papéis para o advogado, contador ou marido analisar, mas o gerente informou que não precisava.

Por outro lado, o gerente nega “que a conta ou operação encerraria automaticamente”, afirmando que “essa informação seria errônea e irresponsável de minha parte, justamente por conhecer o sistema da Caixa” (fl. 135). Cabe anotar que o gerente foi ouvido por precatória como testemunha da CEF mas pouco acrescentou aos fatos, alegando que não se recorda do caso (fl. 193, vs.).

Nesse passo, entendo que, de fato, o encerramento da conta ocorreu de maneira informal e como a autora não movimentou a conta, acreditou que ela estaria encerrada.

Seja como for, são devidos em razão dos aborrecimentos naturais decorrentes da cobrança indevida e da consequente inserção do nome da autora no cadastro de inadimplentes.

Por consequência, cabe verificar se o valor da indenização pelos danos morais, pleiteada pela autora, é compatível com a movimentação financeira da ré.

Aqui não se pode dizer que o pedido da autora mereça acolhimento.

Por oportuno, trago a lição de Rui Stoco:

Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral há de buscar duplo objetivo: Condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo, desestimulando-o da prática futura de atos semelhantes, e, com relação a vítima, compensá-la com uma importância mais ou menos aleatória, pela perda que se mostra irreparável, pela dor e humilhação impostas.

*(Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, 4<sup>a</sup> ed., p. 719)*

Com efeito, o arbitrar do valor da indenização, no caso, deve chegar a algo que seja realmente sancionador e pedagógico para o causador do dano.

Sob o ponto de vista da autora, por seu turno, também tenho que não se pode falar em tamanha dor e humilhação que só possa ser reparada com o valor postulado na inicial que se mostra exagerado já que não houve comprovação de consequências outras do fato.

Sopesado isso, concluo ser razoável fixar a indenização nos valores de R\$ 7.500,00 (equivalentes a cerca de três vezes o valor inserido no cadastro de inadimplentes).

### EXCLUSÃO DE SEU NOME DOS CADASTROS DO SPC E SERASA

Como o débito foi fruto de venda casada e da não observância do dever de informação, conclui-se que não podiam ser debitados, por inexigíveis, as tarifas do crédito rotativo no valor de R\$ 2.800,00.

Assim, também como decorrência natural do reconhecimento da venda casada nos termos da fundamentação acima, nesse particular o pedido merece acolhimento sendo indevida a inclusão do nome da parte autora no cadastro de inadimplentes.

Ante o exposto, com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, *julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE* o pedido para:

a) declarar a nulidade do CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO, vinculado à conta corrente 28866-0 com a consequente inexigibilidade dos débitos dele decorrentes;

b) condenar a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL a pagar à autora a indenização por DANOS MORAIS no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) corrigidos monetariamente a partir da data desta sentença (Súmula 362, STJ) e acrescidos de juros calculados em 12% (doze por cento) ao ano incidentes a partir do decurso do prazo para pagamento após o trânsito em julgado;

c) *independentemente do trânsito em julgado*, nos termos do artigo 461, do CPC, a providenciar, junto ao SERASA e qualquer outro cadastro de inadimplentes a exclusão da anotação referente ao débito do contrato de crédito rotativo da Agência 282, conta nº 28866-0 do Banco Caixa Econômica Federal o que deve ser comprovado nos autos, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00.

Custas *ex lege*.

Sem honorários em razão da sucumbência recíproca.

Transcorrido o prazo recursal, intime-se a CEF para efetuar o depósito dos valores devidos corrigidos conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal item 4.2 - ações condenatórias em geral (Resolução 134, de 2010), no prazo de 15 dias. Efetuado o depósito, oficie-se à CEF para liberação dos valores em favor da autora.

Comprovada a quitação, dê-se baixa nos autos.

P.R.I.C.

Araraquara, 25 de fevereiro de 2014.

Juiza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **0001024-15.2013.4.03.6135**

**Autor:** INSTITUTO ILHABELA SUSTENTÁVEL

**Rés:** UNIÃO FEDERAL E MUNICÍPIO DE ILHABELA

**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

**Juiz Federal:** RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2013

Vistos em liminar.

O Instituto Ilhabela Sustentável, associação constituída há mais de um ano, ingressou com a presente ação civil pública, com pedido de liminar, em face da União e o Município de Ilhabela, com o fito de suspender os efeitos da Portaria nº 12, de 30 de janeiro de 2012, da Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo - SPU/SP, que autorizou a Prefeitura a realizar obras para construção de ciclovia nos terrenos de marinha da orla do Município.

Requer também a condenação do Município em obrigação de fazer consistente em apresentar: a) mapa geo-referenciado; b) estudo e relatório de impacto ambiental detalhando e justificando cada passo da obra; c) “estudos vários, e propostas de alternativas menos impactantes”; d) estudo técnico próprio sobre da ocupação no bairro de Barra Velha; e) estudo de impacto de vizinhança; f) estudo de arqueologia preventiva a ser elaborado pelo IPHAN; g) diagnóstico do passivo ambiental com foco nos aterros e enrocamentos, segundo diretrizes do Instituto Geológico de São Paulo; h) estudos multidisciplinares que incluam quantificação de processos ecossistêmicos e socioambientais de relevância; h) estudos geológicos e geotécnicos, levantamento hidrográfico e geotécnico.

Formula também pedido de liminar para suspender as obras da ciclovia nos trechos Barra Velha, Perequê e Itaquanduba-Engenho D’Água e seja deferida a expedição de ofícios para o IPT - Instituto de Pesquisas Técnicas, IG - Instituto Geológico do Estado de São Paulo e Instituto Oceanográfico da USP para que elaborem estudos sobre os impactos da obra.

Alega que a construção da ciclovia, especialmente nos trechos Barra Velha, Perequê, Itaquanduba e Engenho D’água, estão causando sérios danos ao meio ambiente. Sustenta também que a necessidade de estudo e relatório prévios de impacto ambiental.

Foram juntados o Relatório das Obras de Construção da Ciclovia de autoria do Eng. Agrônomo André Motta Waetge (fls. 58/94) e a cópia do 1º volume do processo administrativo nº 04977.000139/2011-38 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fls. 110/250), no qual o Município solicitou autorização à Superintendência da Secretaria de Patrimônio da União para execução da obra.

Em decisão de fls. 276, foi determinada a notificação dos réus, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92, para que se manifestassem no prazo de 72 (setenta e duas) horas sobre o pedido de liminar, juntando os devidos procedimento de licenciamento ou a licença ambiental para a execução da obra.

Em sua manifestação (fls. 283), o Município de Ilhabela preliminarmente informa a existência da ação civil pública nº 000010-10.2011.8.26.0247 em curso na Vara Distrital de Ilhabela da Justiça Estadual, na qual a Associação dos Advogados de Ilhabela formulou pedido, em face do Município, de paralisação das obras da ciclovia por falta de estudo de impacto ambiental prévio (inicial fls. 400/414). No mérito, pugna pela ausência dos pressupostos autorizadores do pedido de liminar, juntando, fotos e vista aérea do traçado total da ciclovia na qual destaca

os trechos concluídos e a concluir (fls. 353).

Juntou também: a-) parecer da CETESB, em consulta do Município, que concluiu pela desnecessidade de licenciamento ambiental do trecho Perequê-Barra Velha (fls. 298); b-) relatório de vistoria ambiental da Polícia Ambiental de 10/11/2013, que concluiu pela regularidade da obra no trecho Perequê (fls. 324); c-) o resultado da vistoria técnica do Departamento de Águas e Energia Elétrica-DAAE informando a desnecessidade de outorga por parte da autarquia estadual nas intervenções sobre os córregos Itaguaçu e Vagalume (fls. 329); d-) autorização e parecer técnico da CETESB que concluiu, pela regularidade da construção da ciclovia junto à agência ambiental e, corroborando as conclusões do IBAMA, a inexistência de objeções ambientais para a continuidade das obras no trecho Itaquanduba-Engenho D'Água (fls. 333).

Em sua manifestação (fls. 457), a União alega em preliminar sua ilegitimidade passiva, pois a SPU apenas autorizou a construção, ressaltando expressamente a necessidade das devidas autorizações ambientais por parte do Município junto à autoridade ambiental competente. A ausência de tal autorização ou seus eventuais vícios são questões a serem dirimidas pela autora e a municipalidade. No mérito, sustenta a ausência dos pressupostos autorizadores da liminar requerida diante da existência de autorização administrativa expressa da SPU e ausência de objeções da Capitania dos Portos e das agências ambientais federal (IBAMA) e estadual (CETESB), juntando para tanto documentos referentes às autorizações concedidas (fls. 466/534).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela desnecessidade de sua atuação no polo ativo da demanda, mantendo-se na qualidade de *custos legis*. Pugna pela juntada das peças da ação civil pública nº 000010-10.2011.8.26.0247 em curso na Vara Distrital de Ilhabela da Justiça Estadual que, em tese, possui objeto semelhante ao da presente demanda - aspectos ambientais das obras da ciclovia de Ilhabela. No mérito, pondera que a CETESB "se manifestou repetidas vezes afirmado a regularidade ambiental do projeto" e pela desnecessidade de EIA/RIMA, mas por fim manifesta-se pela concessão parcial da liminar para paralisar as obras com fundamento no princípio da prevenção ambiental. Requer ainda a inclusão da CETESB, agência competente para o licenciamento ambiental da obra, no polo passivo da demanda, além de realização de futura audiência de conciliação entre as partes, com a intimação do Ministério Público Estadual. Por fim, junta documentos constantes de representações sobre o assunto encaminhadas por moradores e pela Associação de Engenheiros e Arquitetos de Ilhabela.

*É a síntese do necessário. Passo a apreciar o pedido de liminar.*

Preliminarmente, considerando a necessidade de manifestação deste Juízo antes do início do recesso judicial a partir do dia 20/12/2013, foi determinado à Secretaria que entrasse em contato telefônico com o representante da AGU e a Procuradora da República que oficia junto a esta Vara Federal, para que remetesse suas manifestações por e-mail a fim de possibilitar tempo mínimo hábil para a decisão do pedido de liminar.

Registro, portanto, meus agradecimentos aos Advogados da União Dr. Marco Aurélio Bezerra Verderamis e Dra. Nathalia Sivalle Gomes e a Procuradora da República Dra. Maria Rezende Capucci por atenderem à solicitação feita, no que muito contribuíram para a celeridade no andamento do feito.

A associação autora tem legitimidade ativa para o ajuizamento da presente ação civil pública. Está constituída há mais de um ano e tem entre suas finalidades a defesa do meio ambiente. Ademais, é entidade de reconhecido trabalho na região em defesa do meio ambiente e controle social da gestão pública.

As preliminares de litispendência e ilegitimidade passiva apresentadas, respectivamente, pelo Município de Ilhabela e União serão devidamente analisadas com a devida profundidade após a vinda das contestações em despacho saneador. Ressalto, desde já, a necessidade das cópias principais dos autos da ação civil pública nº 000010-10.2011.8.26.0247 em curso na Vara Distrital de Ilhabela da Justiça Estadual, com eventual decisão liminar em vigor para melhor apreciação das preliminares suscitadas e eventual conexão entre as ações. Tal medida se deve à necessidade de apreciação do pedido de liminar que, se postergado, poderia tornar ineficaz a sua eventual concessão.

Por uma questão até de bom senso, como o pedido fundamenta-se primordialmente em questões de regularidade ambiental, a autora deve necessariamente voltar sua pretensão em face da CETESB, atual responsável pela autorização ambiental da obra questionada, como bem asseverou o Ministério Público Federal em sua manifestação.

**Passo a analise do pedido de liminar sob a ótica administrativista e ambiental.**

O Município de Ilhabela está construindo uma ciclovia de aproximadamente 8 km ligando a saída da balsa ao centro da vila, local de concentração turística. Como se percebe no mapa de fls. 353, maior parte da ciclovia está concluída e em funcionamento, permitindo aos munícipes e turistas uma alternativa de transporte mais barato e saudável à beira mar.

Maior parte da ciclovia está em terreno de marinha, bem público da União (art. 20, VII da C.F. e art. 2º do Decreto-lei nº 9.760/46), razão pela qual foi necessária a autorização expressa da União, através da Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo - SPU/SP.

Através das Portarias nºs 32/2011 e 12/2012 da SPU/SP (fls. 467 e 471), a União autorizou, por tempo indeterminado, o Município de Ilhabela a realizar obras na orla oceânica (terrenos de marinha e praia) para a construção da ciclovia.

As referidas portarias devem ser devidamente interpretadas. Primeiro, a União autorizou a construção por parte do Município, mas não transmitiu o domínio. Segundo, o Município ficou com a responsabilidade de obter as devidas licenças ambientais junto aos órgãos competentes.

No Município de Ilhabela, grande parte dos terrenos de marinha está ocupada por particulares, que construíram casas, em sua maioria de veraneio. Tais ocupações, nem sempre devidamente regularizadas junto à SPU, são de caráter precário, pois configuram uso privado de um bem público.

Ao autorizar a construção da ciclovia em seu domínio na orla oceânica, a União está voltando os bens públicos de sua propriedade a uma destinação de interesse público evidente que é a ciclovia. Os particulares ocupantes dos terrenos de marinha terão de abrir mão de sua ocupação precária em prol do interesse público maior.

As autorizações expedidas pela SPU tiveram ainda o cuidado de ressaltar a necessidade de obtenção das licenças ambientais competentes.

Os trechos da ciclovia ainda por serem concluídos que a associação autora pretende suspender as respectivas obras (Barra Velha, Perequê e Itaquanduba-Engenho d'agua) são justamente aqueles nos quais a construção da ciclovia implica o sacrifício das ocupações de terrenos de marinha com casas de alto padrão, que muitas vezes avançaram sobre a própria praia. Tais ocupações irregulares são bastante comuns no litoral norte, especialmente em Ilhabela, e são fruto também da omissão do poder público federal na fiscalização de seu patrimônio. Vários imóveis inclusive foram transmitidos para terceiros de boa fé.

Neste contexto, é compreensível a oposição à conclusão da obra por parte dos ocupantes dos terrenos de marinha, cuja ocupação será sacrificada em prol da ciclovia de uso de toda a

população.

Compreensível, mas não contemplado pelo direito. Neste conflito, o interesse público, aqui expresso pela ciclovia, prevalece sobre o interesse privado dos ocupantes dos terrenos de marinha.

Afasto, portanto, os óbices administrativos à continuidade da obra e passo a analisar o aspecto ambiental. Aqui sim um conflito entre interesses públicos, cuja solução se dá com a devida ponderação.

Em sua inicial, a associação autora aponta uma série de danos e riscos ambientais e, escudada em relatório de engenheiro agrônomo e no princípio da prevenção, requer a paralisação da obra da ciclovia na véspera do início da temporada de verão.

A obra da ciclovia já está em curso há, pelo menos, cerca de três anos, faltando apenas os trechos, cuja paralisação a associação autora ora requer em pedido liminar.

A associação autora, somente agora, quando a obra já se encontra em estágio avançado, vem a juízo alegar o princípio da prevenção para justificar a paralisação. Ao invés de intervir judicialmente na ação civil pública em curso na Justiça Estadual desde 2011, acrescenta novos argumentos em face da União, conseguindo assim uma segunda via judicial para atingir o seu intento.

A paralisação da obra da ciclovia na véspera da temporada de verão implicaria deixar o município em situação caótica justamente no momento em que atividade econômica se aquece com a chegada dos turistas. Tais consequências este Juízo não pode desconsiderar na ponderação dos valores em disputa.

Em sua inicial, a parte autora formula uma série de exigências, muitas delas sem a respectiva fundamentação, outras com fundamentação, mas sem respectivo pedido. A seu ver, a construção da ciclovia deveria ser paralisada em sua reta final por necessitar de prévia manifestação de pelo menos catorze entidades públicas direta ou indiretamente vinculadas à proteção do meio ambiente (SPU, IBAMA, CETESB, Prefeitura de Ilhabela, IPT, IG - Instituto Geológico do Estado de São Paulo, DAEE, IPHAN, Marinha, Instituto Oceanográfico da USP, CEBIMAR-USP, Órgão Gestor do Parque Estadual de Ilhabela, Câmara de Vereadores de Ilhabela e Conselho Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Socioambiental).

Como bem ressaltado pela União em sua manifestação, o IBAMA em seu relatório de constatação, concluiu pela prevalência do aspecto social na obra, nos seguintes termos:

(..) apesar da ciclovia ocupar Área de Preservação de Restinga, concluímos que a mesma é de grande interesse social, criando uma via de transporte contínua e segura no município. Acrescenta-se que sua área de implantação está fortemente antropizada, com exceção do trecho 01, com o agravante de que existem ocupações, possivelmente irregulares ou de títulos precários, tanto de construções de alto padrão, quanto comerciais (restaurantes, pousadas e marinas). Finalmente, enfatiza-se que já existe uma ciclovia segmentada e que pode ser completada para permitir um trajeto único entre a balsa e a vila. O trajeto único entre esses dois pontos irá beneficiar um maior número de usuários, com efeitos positivos para a população que poderá utilizar áreas que, no presente momento, só podem ser utilizadas por alguns privilegiados. O acesso à praia poderá ser devolvido à população, uma vez que em alguns pontos, os proprietários dos estabelecimentos, comerciais e residenciais, fizeram construções que inviabilizam o acesso. Os envolvidos, a saber, a Prefeitura Municipal, a SPU e a Agência Ambiental Estadual estão buscando as melhores alternativas que possam permitir a minimização dos danos ambientais. (fls. 459/v )

O desenvolvimento sustentável é o ponto de equilíbrio entre os aspectos ambiental, social e econômico e não a prevalência total do ambiental sobre os demais, ainda mais quando o risco e o dano ambiental não estão configurados. Fica aqui a impressão de que interesses privados estão se utilizando da questão ambiental para preservar uma situação de uso por alguns do que pertence a todos.

Nenhum princípio deve imperar como absoluto em matéria ambiental. No caso presente, a ponderação dos valores aponta em direção da conclusão da ciclovia, obra que permitirá o acesso de todos ao bem público ambiental. O desfrute da linda paisagem que em alguns trechos ficou restrito aos ocupantes de terrenos de marinha, com a conclusão da ciclovia, será acessível a toda a população.

Sou morador do Município e conheço cada um dos trechos em questão. A concessão da liminar em relação ao trecho Perequê implicaria na paralisação de obras urgentes ainda por fazer, deixando uma bela paisagem transformada em um canteiro de obras próximo do maior núcleo urbano do Município em plena temporada. A alegação do princípio da prevenção pode ter efeito retórico, mas não se coaduna com a realidade dos fatos.

Ademais, as informações do Município e União demonstram a regularidade do licenciamento não só administrativo, mas também ambiental da obra.

Apesar de ocupar parte do domínio da União, a competência para fins de licença ambiental é da entidade ambiental estadual, a CETESB (art. 8º. XIV da Lei Complementar nº 140/2011).

A agência ambiental deu parecer pela desnecessidade de licenciamento ambiental das obras ciclovias nos trechos Perequê e Barra Velha (fls. 298). Após vistoria realizada juntamente com o IBAMA, a CETEBESP opinou pela regularidade ambiental do trecho Itaquanduba-Engenho d'Água, ressaltando a necessidade de autorização prévia da SPU em relação aos enrocamentos previstos (fls. 333).

O parecer da agência ambiental estadual, com participação do IBAMA, é pela regularidade ambiental da obra. O relatório técnico juntado com a inicial produzido a pedido da associação autora não tem o condão de afastar a presunção de legitimidade da autoridade ambiental competente.

O Ministério Público Federal, em sua manifestação, reconhece a regularidade da obra junto à autoridade ambiental competente, nos seguintes termos:

Pois bem. Da farta documentação trazida aos autos pela autora e réus tem-se que o órgão ambiental competente - CETESB se manifestou repetidas vezes afirmado a regularidade ambiental do projeto. Segundo alega, não há necessidade autorização para obras em trechos não inseridos em Área de Preservação Permanente - APP; os trechos em APP, por sua vez, teriam sido devidamente licenciados mediante solicitação de intervenção com a concessão de autorizações mediante a realização de Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental (TCRA). O órgão ambiental destacou, por fim, a desnecessidade de EIA/RIMA sob o argumento de que não se trata de obra ou atividade de impacto ambiental considerável.

Diante destas informações, não se vislumbram preenchidos os requisitos para a concessão de liminar no que se refere à expedição dos diversos ofícios requeridos pela autora, bem como para que sejam suspensas as portarias expedidas pela SPU, vez que, repita-se, *não se observa de plano qualquer irregularidade nos mencionados atos ou risco de dano irreparável em caso de não concessão da medida de urgência no que tange a tais pontos.*

Pelo menos em um juízo de cognição compatível com o momento processual, a possi-

bilidade de a obra estar sendo realizada em desacordo com o projeto apresentado à CETESB fica descartada. A Polícia Ambiental, atendendo à denúncia de particular sobre aterramento de praia, realizou em 10/11/2013, exatamente dezoito dias antes do ajuizamento da presente ação, vistoria ambiental na qual atestou a regularidade da intervenção, nos seguintes termos:

Trata-se de área objeto de várias vistorias ambientais desta instituição, onde está sendo implantada uma ciclovia. No local, compareceu Katia Regina, engenheira florestal da prefeitura municipal, responsável pelas obras a qual acompanhou a vistoria e apresentou, fornecendo cópias das autorizações dos órgãos competentes das áreas onde estão ocorrendo as intervenções. Diante dos fatos, não coube providências da polícia ambiental, tendo em vista à regularização da área.

Em síntese, não se trata de qualquer obra realizada clandestinamente, mas sim de obra de interesse social realizada com as devidas autorizações administrativas e ambientais. Ademais, sujeita ao olhar atento da sociedade organizada do Município e submetida ao controle judicial em, pelo menos por enquanto, duas ações civis públicas.

No entanto, a União, ao autorizar a construção da ciclovia em seu domínio, estabeleceu uma restrição ao Município que deverá obedecê-la mesmo tendo autorização expressa da CETESB em sentido contrário.

Em relação especificamente à Portaria nº 12, de 30 de janeiro de 2012, que autorizou as obras dos trechos Barra Velha, incluindo a ponte de travessia do Córrego da Água Branca, e Itaguaçu (Itaquanduba) e Engenho D'Água, há uma condicionante adicional em seu art. 4º, ora transcrita:

**Art. 4º** Não está autorizada a realização de obras que envolvam o lançamento de enrocamento e aterros no mar, ou que utilizem materiais como rochas, solo ou madeira cuja jazida e fornecedor não estejam devidamente licenciados.

Portanto, nestes trechos da ciclovia, a União, proprietário dos imóveis, não autorizou obras que impliquem enrocamentos e aterros no mar ou que utilizem os materiais citados. O Município, mesmo com autorização ou licenciamento ambiental, não poderá executar tais obras. Neste caso, a autorização administrativa da União constitui pressuposto de eficácia de eventual autorização ambiental.

Enrocamento é um maciço composto por blocos de rocha natural ou artificial assente no fundo das águas para sustentar uma construção e protegê-la contra o embate das águas, servindo como proteção contra a erosão. A utilização de enrocamentos pode acentuar o processo de desaparecimento ou diminuição de algumas praias e o aumento da área de outras. Considerando tais riscos, a SPU deixou expressa que sua autorização não envolvia o lançamento de enrocamentos e aterros no mar.

Somente com autorização administrativa expressa da SPU, além de parecer favorável da CETESB, é que o Município poderá lançar mão de enrocamentos e aterros nos trechos citados.

Tal interpretação pode muito bem ser atingida no âmbito administrativo, mas como o controle da construção da obra está sendo objeto de controle jurisdicional, cabe ao Judiciário tornar explícitas as regras do jogo, dando assim, ainda que de forma provisória, segurança jurídica às partes.

Verifico, portanto, a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar requerida tão somente para tornar explícita a condicionante administrativa imposta pela União,

gizando assim, com respaldo jurisdicional, os parâmetros a serem obedecidos pela municipalidade na conclusão dos trechos finais da obra.

Diante do exposto, *defiro parcialmente* o pedido de liminar apenas para determinar que, na construção da ciclovia nos trechos Barra Velha, Itaquanduba e Engenho D'Água, o Município de Ilhabela se abstenha de realizar obras, sem prévia autorização da SPU, que envolvam o lançamento de enrocamento e aterros no mar, ou que utilizem materiais como rochas, solo ou madeira cuja jazida e fornecedor não estejam devidamente licenciados.

Concedo o prazo de 15 (quinze) dias para a parte autora emendar a inicial com a inclusão da CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, juntando contrafé da inicial com todos os documentos para a devida citação, sob pena de indeferimento da inicial.

Após a regularização do polo passivo, citem-se a União e CETESB. Cite-se também o Município de Ilhabela intimando-o para juntar, no mesmo prazo, a cópias das principais peças da ação civil pública nº 000010-10.2011.8.26.0247 em curso na Vara Distrital de Ilhabela da Justiça Estadual.

A apreciação do pedido de realização de audiência de conciliação formulado pelo Ministério Público Federal fica, por ora, deferida para ser analisada após as respostas dos réus.

Com a vinda do original da manifestação do Ministério Público Federal, proceda a Secretaria a juntada na ordem cronológica, procedendo-se as renumerações de páginas necessárias.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Caraguatatuba, 16 de dezembro de 2013.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO



## Súmulas



## **SÚMULAS DO TRF DA 3<sup>a</sup> REGIÃO (\*)**

### **SÚMULA Nº 01**

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

### **SÚMULA Nº 02**

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

### **SÚMULA Nº 03**

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

### **SÚMULA Nº 04 (Revisada)**

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

### **SÚMULA Nº 05**

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

### **SÚMULA Nº 06**

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

### **SÚMULA Nº 07**

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

### **SÚMULA Nº 08**

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

**SÚMULA N° 09**

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

**SÚMULA N° 10**

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

**SÚMULA N° 11**

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

**SÚMULA N° 12**

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

**SÚMULA N° 13**

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

**SÚMULA N° 14**

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

**SÚMULA N° 15**

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

**SÚMULA N° 16**

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

**SÚMULA N° 17**

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

**SÚMULA N° 18**

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

## SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.*

## SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.*

## SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.*

## SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.*

## SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

## SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.*

## SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.*

## SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

## SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

**SÚMULA N° 28**

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

**SÚMULA N° 29**

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

**SÚMULA N° 30**

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

**SÚMULA N° 31**

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

**SÚMULA N° 32**

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

**SÚMULA N° 33**

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

**SÚMULA N° 34**

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

**SÚMULA N° 35**

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

Impressão e acabamento:  
Divisão de Serviços Gráficos



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região

Gabinete da Revista  
[revista@trf3.jus.br](mailto:revista@trf3.jus.br)  
Tel.: (11) 3012-1532