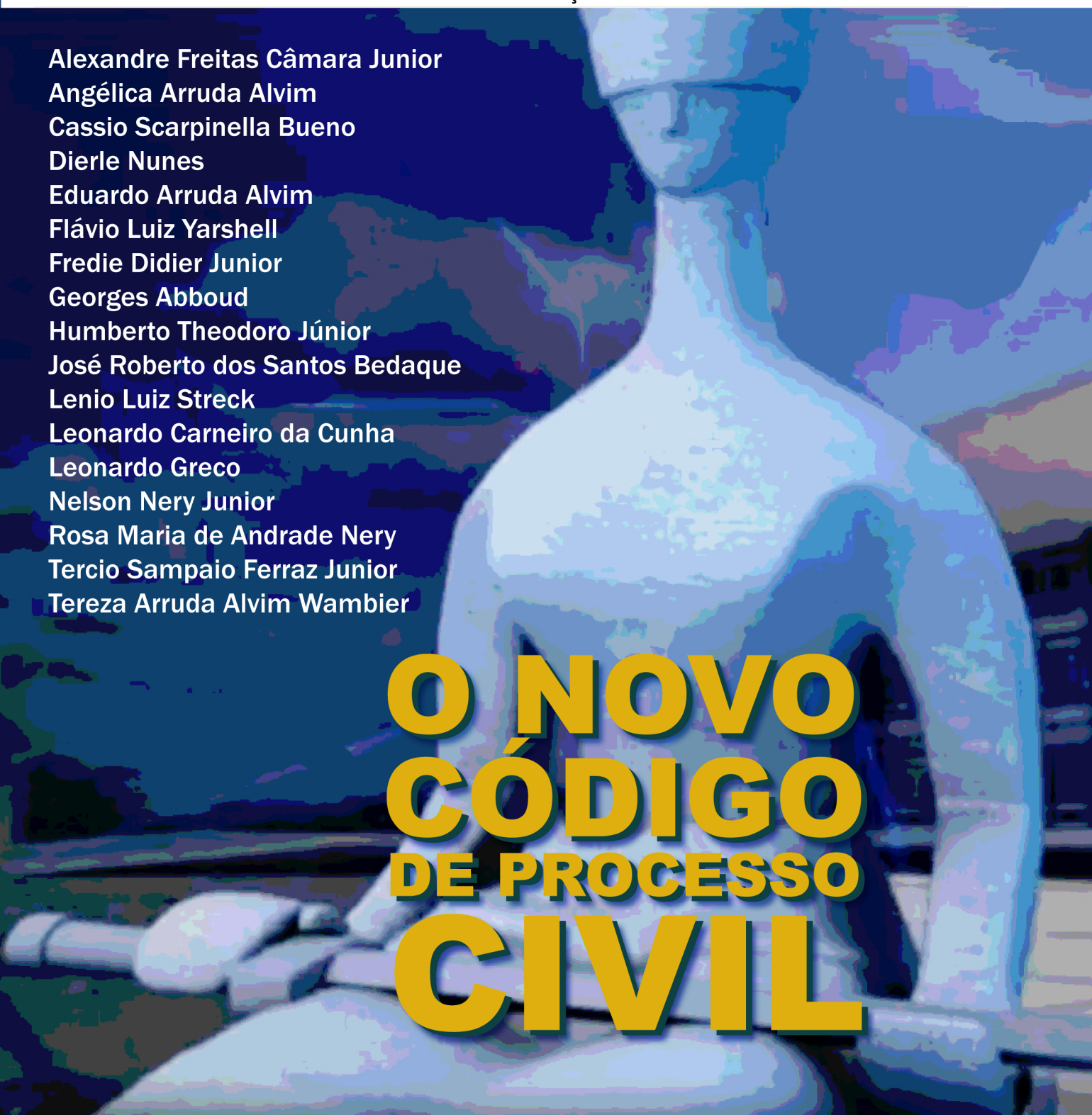
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

EDIÇÃO ESPECIAL

ANO XXVII - N. 128 - JANEIRO/MARÇO DE 2016 - ISSN 1982-1506

Alexandre Freitas Câmara Junior
Angélica Arruda Alvim
Cassio Scarpinella Bueno
Dierle Nunes
Eduardo Arruda Alvim
Flávio Luiz Yarshell
Fredie Didier Junior
Georges Abboud
Humberto Theodoro Júnior
José Roberto dos Santos Bedaque
Lenio Luiz Streck
Leonardo Carneiro da Cunha
Leonardo Greco
Nelson Nery Junior
Rosa Maria de Andrade Nery
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Tereza Arruda Alvim Wambier



O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretora da Revista
Desembargadora Federal Lucia Ursaia

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

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXVII	n. 128	p. 1-709	jan./mar. 2016

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Expediente

DIRETORA DA REVISTA: Desembargadora Federal Lucia Ursaia

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Maria José Lopes Leite / Renata Bataglia Garcia

Capa, projeto gráfico e ilustrações: Mazé Leite

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

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

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

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

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

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

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

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

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

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 23/02/2016.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidora-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA - Presidente
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
SOUZA RIBEIRO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA - Presidente
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

FAUSTO DE SANCTIS - Presidente
TORU YAMAMOTO
PAULO DOMINGUES
CARLOS DELGADO

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA - Presidente
LUIZ STEFANINI
TÂNIA MARANGONI
DAVID DANTAS

NONA TURMA:

MARISA SANTOS - Presidente
DALDICE SANTANA
GILBERTO JORDAN
ANA PEZARINI

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW - Presidente
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

CECILIA MELLO - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

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

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Sumário

Editorial 15

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil
Alexandre Freitas Câmara 19

Os honorários advocatícios e o poder público em juízo no CPC de 2015
Cassio Scarpinella Bueno 25

Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015
Dierle Nunes 39

Algumas perspectivas do processo coletivo frente ao novo CPC
Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim 57

Brevíssimas reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC 2015 ao processo dos Juizados Especiais Federais
Flávio Luiz Yarshell 65

Apelação contra decisão interlocutória não agravável: A apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor: Duas novidades do CPC/2015.
Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha 71

O NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando?
Georges Abboud e Lenio Luiz Streck 81

Intervenção de terceiros
Humberto Theodoro Júnior 89

Tutela provisória: considerações gerais
José Roberto dos Santos Bedaque 109

A fundamentação no NCPC: uma conquista democrática
Lenio Luiz Streck 121

A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro
Leonardo Carneiro da Cunha 133

Diretrizes gerais do novo CPC
Leonardo Greco 137

Ativismo judicial e a desistência de recurso
Nelson Nery Junior e Georges Abboud 149

O novo CPC e a ação de alimentos: insegurança pela ampliação assistemática do conceito jurídico de família e de parentesco por decorrência de modernas tecnologias de reprodução assistida
Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery 169

Legitimação da decisão pelo processo. Considerações em torno da estrutura do novo CPC.
Tercio Sampaio Ferraz Junior 177

Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã
Teresa Arruda Alvim Wambier 187

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação. Contrato de prestação de serviços. Garantia. Condição prevista no edital. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.
AC 0008390-26.2012.4.03.6108
Desembargador Federal Mairan Maia 203

Mandado de Segurança. Concurso público para provimento de cargos. Convocação para realização de exames admissionais e apresentação de documentos. Ausência de direito líquido e certo à nomeação.
MS 0022962-75.2012.4.03.0000
Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 208

Eleição de conselho de classe. Pretendida reapresentação de solicitação de "envio de propostas" de uma das chapas concorrentes, na consequência do indeferimento da proposta originária. Ausência de previsão regimental. Não há espaço para o poder judiciário, diante da competência legal e da proibição de se portar como legislador positivo, interferir nos processos eleitorais alheios.
AI 0020193-89.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 218

Suspensão de medida liminar concedida em Ação Popular. Licitação promovida pela prefeitura do município de São Paulo para, no lugar da "feira da madrugada", construir, implantar e manter centro de compra popular dirigido por empreendedor privado.
SLAT 0029987-37.2015.4.03.0000
Desembargador Federal Fábio Prieto 224

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Dano ambiental. Construção em área de preservação permanente. Faixa marginal de rio. Instrumento da política nacional do meio ambiente. Responsabilidade objetiva. Obrigação "propter rem". Irrelevância de degradação ambiental preexistente.
AC 0006679-08.2011.4.03.6112
Desembargador Federal Antonio Cedenho.....239

DIREITO CIVIL

Nulidade de registro de marca. Princípio "first to file". Sistema atributivo. Propriedade intelectual. Precedência. Infraclasses. Subclasses. Interclasses. Usuário de boa-fé. Direito de precedência ao registro. Procedimento administrativo de concessão instaurado.
AC 0029033-54.1997.4.03.6100
Desembargadora Federal Cecilia Mello.....267

Ação de indenização. Armazéns gerais. Prescrição.
Ag AC 0023489-80.2000.4.03.6100
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....295

DIREITO CONSTITUCIONAL

Ação Civil Pública. Garantia do direito à vida e à saúde. Importação de leite e derivados. Acidente nuclear na usina de Chernobyl. Óbice à importação de produtos que contenham qualquer índice de contaminação radioativa artificial, exceto o natural.
AC 0937212-35.1986.4.03.6100
Desembargador Federal André Nabarrete 303

Psoríase extensa. Fornecimento gratuito de medicamento. Legitimidade passiva da União, estados e municípios. Essencialidade do medicamento pleiteado. Direito à saúde indissociável do direito à vida. Princípio da dignidade da pessoa humana. Dever do Estado.
AC 0003838-13.2006.4.03.6113
Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 335

Direito de passagem forçada. Encravamento de imóvel. Deslocamento de aldeia indígena. Função social da propriedade.
AI 0046406-79.2008.4.03.0000
Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....346

DIREITO PENAL

Tráfico de influência. Sigilo profissional. Violação de prerrogativa do advogado. Relativização. Impunidade.
ACr 0000574-72.2003.4.03.6119
Desembargador Federal Maurício Kato 353

Apropriação indébita previdenciária continuada. Empresa devidamente constituída, porém não ativada. Existência de funcionários registrados. Inexigibilidade de conduta diversa.
APN 0002751-06.2007.4.03.6107
Desembargadora Federal Cecília Marcondes 364

Tráfico transnacional de drogas. Atenuante da confissão: aplicabilidade. Causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006: inaplicabilidade aos "mulas" do tráfico que transportam grande quantidade de entorpecentes, ainda que de forma eventual: provas de integração em organização criminosa.
EifNu 0008011-28.2007.4.03.6119
Desembargador Federal Hélio Nogueira 372

Redução à condição análoga à de escravo e introdução e ocultação de estrangeiros em situação irregular.
ACr 0017319-62.2008.4.03.6181
Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy 382

Crime contra o sistema financeiro. Obtenção de empréstimo em instituição financeira utilizando meio fraudulento. Artigo 19 da Lei nº 7.492/1986. Crime formal. Inaplicabilidade princípio da insignificância.
ACr 0001997-58.2012.4.03.6117
Desembargador Federal José Lunardelli 387

Crimes contra o meio ambiente e a fé pública. Art. 29, § 1º, III e § 4º, I, da Lei nº 9.605/1998 e art. 296, § 1º, I, do Código Penal. Criador de aves autorizado. Anilhos violados. Crime continuado.
ACr 0000060-12.2013.4.03.6106
Desembargador Federal André Nekatschalow 396

Roubos majorados. Concurso formal. Inocorrência de "bis in idem". Emprego de arma de fogo com numeração raspada. Inocorrência de crime autonômo. Consunção.
ACr 0009460-19.2014.4.03.6105
Desembargador Federal Paulo Fontes 401

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria especial. Conversão de atividade comum em especial. Necessidade de alternância entre os períodos de atividade comum e especial. REsp nº 1.310.034. Inviabilidade de retratação por falta de pressuposto.
AgApelReex 0025004-54.2004.4.03.9999
Desembargadora Federal Marisa Santos 419

Labor sob condições insalubres. Torneiro mecânico. Enquadramento. Agravo Regimental. Fungibilidade para conhecer como Agravo Legal.
Ag ApelReex 0000996-44.2006.4.03.6183
Desembargador Federal David Dantas 423

Aposentadoria especial. Julgamento por decisão monocrática.
Ag AC 0004800-47.2008.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos 430

Reconhecimento de tempo de serviço rural anterior à prova documental. Entendimento do STJ. Recurso especial representativo de controvérsia.
AC 0027667-97.2009.4.03.9999
Desembargador Federal Fausto De Sanctis 437

Juízo de retratação. Atividade especial. Utilização do EPI.
ApelReex 0002442-71.2010.4.03.6109
Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias 441

Restabelecimento do auxílio-doença. Concessão de aposentadoria por invalidez. Transtorno depressivo recorrente. Epilepsia. Controle por medicamentos.
AC 0009830-92.2010.4.03.6119
Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 444

Segurado já aposentado no RPPS. Requerimento de expedição de certidão do tempo de serviço não utilizado na concessão do benefício no regime público para fins de contagem recíproca concessão de aposentadoria junto ao RGPS. Atividades concomitantes. Possibilidade.
AMS 0001356-15.2013.4.03.6124
Desembargadora Federal Lucia Ursaia 448

Mandado de Segurança. Auxílio-acidente. Verbas recebidas indevidamente em cumulação com aposentadoria. Caráter alimentar. Desnecessidade de devolução.
Ag AMS 0001257-41.2014.4.03.6114
Desembargador Federal Toru Yamamoto 453

Readequação de benefício. Tetos das Emendas Constitucionais nº 20/14998 e 41/2003.
Ag ApelReex 0002405-74.2014.4.03.6183
Desembargador Federal Baptista Pereira 457

Aposentadoria por tempo de serviço. Vigia. Arma de fogo. Desnecessidade. Porte. Natureza especial. Reconhecida.
Ag AC 0035268-81.2014.4.03.9999
Desembargador Federal Gilberto Jordan 462

Auxílio-reclusão. Segurado desempregado.
EDcl ApelReex 0036533-21.2014.4.03.9999
Desembargador Federal Souza Ribeiro 471

Auxílio-doença. Presença dos requisitos legais necessários à concessão da tutela antecipada.
AI 0007512-87.2015.4.03.0000
Desembargadora Federal Tânia Marangoni 478

Pensão por morte. Filho inválido. Condição de dependente comprovada.
Ag AC 0022244-49.2015.4.03.9999
Desembargador Federal Sérgio Nascimento 481

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Revocatória. Suspensão do processo até julgamento dos Embargos à Execução Fiscal. Definição do valor do crédito exequendo.
Ag Rg AC 1204331-75.1995.4.03.6112
Desembargador Federal Peixoto Junior 487

Execução de sentença. Incidência dos juros moratórios entre a data do cálculo de liquidação e a expedição do precatório/RPV.
AgEI 0001940-31.2002.4.03.6104
Desembargador Federal Paulo Domingues 490

Embargos de Declaração de anterior Embargos de Declaração. Petição protocolizada anteriormente ao julgamento. Omissão configurada. Documento novo. Descaracterização. Sem efeito modificativo. Critérios de fixação de honorários advocatícios. Ausência de vícios. Efeito infringente.
REO 0014125-80.2007.4.03.9999
Juiz Federal Convocado Carlos Delgado 504

Embargos de Terceiro. Desconstituição da penhora sobre veículo. Alienação anterior. Inocorrência de fraude à execução. Falta de comunicação da transferência ao DETRAN.
AC 0035057-55.2008.4.03.9999
Desembargador Federal Nino Toldo 507

Impenhorabilidade reconhecida. Penhora "on line". Conta-salário. Natureza alimentar.
Ag AI 0007161-85.2013.4.03.0000
Desembargador Federal Luiz Stefanini 510

Ação coletiva. FGTS. Correção monetária de saldos de conta vinculada ao FGTS. Aplicação da TR. Juros remuneratórios.
AC 0018595-07.2013.4.03.6100
Juíza Federal Convocada Denise Avelar 514

Apelação intempestiva do INSS. Intimação por carta com aviso de recebimento. Inexistência de representante da Procuradoria Federal na sede do juízo.
Ag AC 0021216-80.2014.4.03.9999
Desembargador Federal Newton De Lucca 526

Agravo Regimental em Exceção de Suspeição. Documentos novos. Juntada na fase recursal. Preclusão.
Ag Rg Exc Susp 0000069-03.2015.4.03.6106
Desembargadora Federal Marli Ferreira 530

DIREITO TRIBUTÁRIO

IPI. Prescrição quinquenal. Decreto nº 20.910/1932. Aquisições de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Crédito de IPI. Aproveitamento. Impossibilidade.
Ag Rg AC 0001140-43.2001.4.03.6102
Desembargador Federal Nelton dos Santos 535

Embargos à Execução Fiscal. IRPJ. Distribuição disfarçada de lucros. Empréstimos a sócios. Inexistência de lucros acumulados ou reservas de lucros à época. Tributação indevida.
AC 0028030-65.2001.4.03.9999
Juíza Federal Convocada Leila Paiva 540

Execução Fiscal. Conselho profissional. Cobrança de anuidades. Lei nº 12.514/2011. Retroatividade. Impossibilidade. Recurso Especial nº 1.404.796/SP representativo da controvérsia.
AC 0002464-65.2011.4.03.6119
Desembargador Federal Marcelo Saraiva 554

Execução Fiscal. Crédito não tributário. Redirecionamento. Dissolução irregular.
AI 0005852-97.2011.4.03.0000
Desembargador Federal Nery Júnior 557

Apreensão de mercadoria ocultada da fiscalização alfandegária. Nulidade do auto de infração. Inocorrência. Modificação de base legal da imputação. Inocorrência. Julgamento administrativo em única instância. Constitucionalidade. Exame pericial. Desnecessidade. Regime especial de admissão temporária. Imaplicabilidade. Falsa declaração de conteúdo. Interposição de terceiro. Dano ao erário. Prescindibilidade de prejuízo de cunho financeiro.
AC 0002363-91.2012.4.03.6119
Desembargador Federal Carlos Muta 561

Compensação de débitos tributários em sede de liminar em Mandado de Segurança. Impossibilidade. Súmula nº 212 do STJ. Lei nº 12.016/2009.
AgRg AI 0020464-98.2015.4.03.0000
Desembargadora Federal Mônica Nobre 580

SENTENÇAS

Embargos à Execução Fiscal. Contribuição ao FINSOCIAL, cobrada à alíquota de 0,5%. Responsabilidade de ex-sócios. Grupo econômico. Desconsideração da personalidade jurídica. Impenhorabilidade de bens declarados indisponíveis. Vedação de confisco e proporcionalidade. Inconstitucionalidade de majoração de alíquota do FINSOCIAL.
0014288-31.2008.4.03.6182
Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup 585

Ação Ordinária. Transporte internacional de reagentes. Escala no Aeroporto de Guarulhos. Armazenamento inadequado fora de câmara fria. Perecimento dos volumes. Responsabilidade objetiva.
0005611-02.2011.4.03.6119
Juíza Federal Carolline Scofield Amaral 598

Ação Penal. Formação de quadrilha. Fraude a arrematações judiciais.
0001941-28.2012.4.03.6116
Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva 607

Perdimento de veículo. Batedor a caminhão introdutor de mercadoria estrangeira sem regular documentação.
0000373-64.2013.4.03.6108
Juiz Federal José Francisco da Silva Neto 628

Indenização por danos morais e materiais. Falecimento de seu pai por ocasião do golpe militar de 1964. Vítima de atos de tortura cometidos pelo regime miliar.
0003485-41.2013.4.03.6108
Juiz Federal Joaquim Euripedes Alves Pinto.....635

Ação Penal. Denúncia por crime de roubo com arma de fogo em Agência dos Correios. Semelhança do réu com a pessoa que aparece praticando o roubo nas fotos. Duvida acerca da autoria. Absolvição.
0004029-20.2013.4.03.6111
Juiz Federal José Renato Rodrigues.....642

Ação Ordinária. Ressarcimento ao erário de quantia indevidamente recebida em benefício de aposentadoria por idade.
0008706-33.2013.4.03.6131
Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 648

Ação regressiva de indenização proposta pelo INSS. Ressarcimento de valores pagos em benefício previdenciário (pensão por morte) em decorrência de acidente de trabalho.
0014489-39.2013.4.03.6120
Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 660

Ação de Repetição de Indébito. Renovação de admissão temporária de aeronave arrendada. IPI. Juros de mora.
0000455-83.2014.4.03.6133
Juiz Federal Tiago Bitencourt de David 671

Ação Ordinária. Pedido de tutela antecipada. Entrega de correspondência de forma individualizada aos moradores de loteamento.
0000771-90.2014.4.03.6135
Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 673

Ação *Penal. Tráfico de entorpecentes. Flagrante no município de Ponta Porã/MS. Transporte sem autorização legal ou regulamentar de 2.100g de "crack", que importara do Paraguai (Pedro Juan Caballero).*
0001811-12.2014.4.03.6005
Juiz Federal Roberto Brandão Federman Saldanha 681

Ação Ordinária. Fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA. Doença genética rara. Hemoglobinúria Paroxística Noturna.
0008817-82.2015.4.03.6119
Juiz Federal Paulo Marcos Rodrigues de Almeida 686

"*Habeas Corpus*". *Transgressão militar. Nulidade do processo administrativo que decretou a punição.*
0012720-28.2015.4.03.6119
Juiz Federal Etiene Coelho Martins 696

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região.....703

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 707

EDITORIAL

Nesta edição da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – última sob minha gestão no Gabinete da Revista – tive o privilégio de coordenar a preparação de um conteúdo especial em homenagem ao curso recentemente promovido pela EMAG sobre o Novo Código de Processo Civil.

Na organização deste curso, mais uma vez, a Diretoria da EMAG – presidida pela Desembargadora Federal Cecilia Mello – reuniu renomados juristas para apresentarem reflexões teóricas e práticas sobre a nova legislação processual civil, contribuindo sobremaneira para a atualização e aperfeiçoamento dos magistrados da Justiça Federal da 3ª Região.

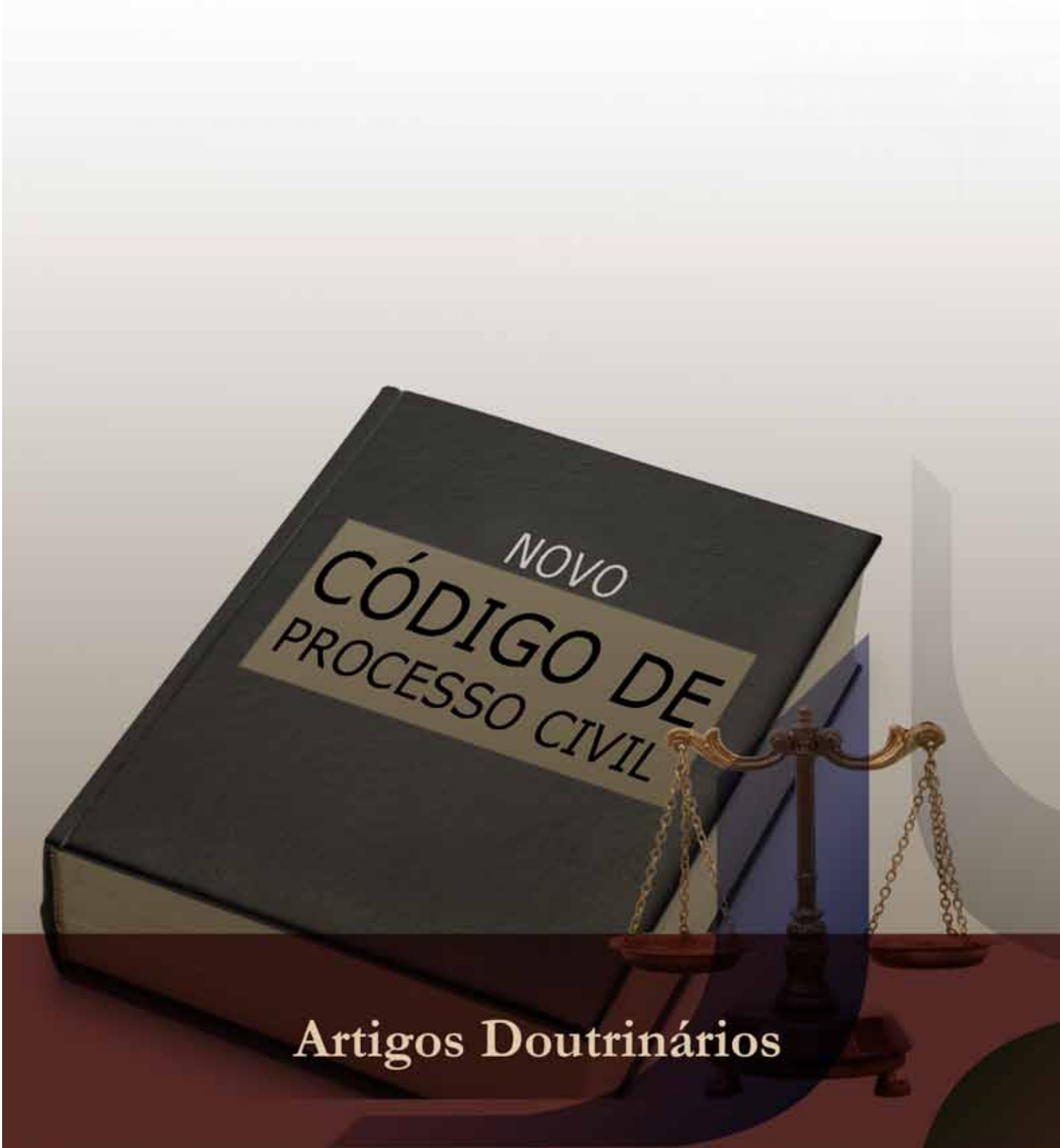
Neste ensejo, com o intuito de ampliar a divulgação de relevantes questões debatidas, o Gabinete da Revista apresenta nesta edição uma coletânea de artigos doutrinários elaborados pelos ilustres palestrantes do curso.

Afinal, neste momento em que se aproxima a vigência da novel legislação, é fundamental que todos os operadores do Direito estejam preparados para uma transição na forma de condução do processo, empenhados para uma atuação cooperativa entre os sujeitos processuais que proporcione uma solução célere e efetiva dos conflitos para além das estatísticas.

No ensejo, aproveito para agradecer a todos os servidores e magistrados pela atenção dispensada com a leitura da Revista e jurisprudência selecionada nas edições por mim coordenadas, na expectativa de ter atendido aos anseios desta Corte.

Desembargadora Federal Lucia Ursaia

Diretora do Gabinete da Revista



Artigos Doutrinários

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil

Alexandre Freitas Câmara

Desembargador no TJRJ. Professor emérito e coordenador de direito processual civil da EMERJ. Membro da comissão de juristas que assessorou a Câmara dos Deputados no exame do projeto de lei que resultou no novo Código de Processo Civil. Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL).

SUMÁRIO. 1. O direito fundamental ao exame do mérito. 2. O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil. 3. Regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no novo CPC. 4. Conclusão.

1. O direito fundamental ao exame do mérito.

Há muito se fala, em sede de doutrina, que existe um direito fundamental de acesso à justiça, o qual não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário mas, mais do que isto, deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo.[1] Não obstante isso, sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até mesmo um movimento nos tribunais que ficaria conhecido como "jurisprudência defensiva".[2]

A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça (aqui compreendido como garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige e, pois, garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos).[3]

1 Não é por outra razão que a doutrina, ao definir o acesso à justiça, fala expressamente da obtenção dos resultados: FÉRRAND, Frédérique. Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure. *In*: *International Association of Procedural Law Seoul Conference*. Seul: IAPL, 2014, p. 10, onde se lê que "[a]cesso à justiça se refere à habilidade das pessoas de buscar e obter um remédio através de instituições formais ou informais de justiça, e em conformidade com os standards dos direitos humanos" (tradução livre). No original: "[a]ccess to justice refers to the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with the standards of human rights".

2 Reconhecendo a existência de uma jurisprudência defensiva, vale ler o que disse, em voto proferido no STF, o Min. Gilmar Mendes: "É evidente que a orientação dominante está presidida por aquela denominada por alguns de nós de 'jurisprudência defensiva'. Cabe à parte, portanto, tomar todas as medidas para o recurso ser adequadamente aviado e chegue ao Tribunal em condições de ser devidamente apreciado". (STF, AI 496.136 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 18/05/2004, DJ 03/09/2004)

3 É claro que o direito ao julgamento do mérito e à satisfação prática do direito não esgota a garantia de acesso à justiça. Como se pode ler em UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world: Global

O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, e que nada mais é do que a execução de decisões judiciais). Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito*, objeto deste breve estudo.

2. O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil.

O Código de Processo Civil de 2015 é, em sua estrutura (e não só em seu conteúdo), bastante diferente da legislação processual anterior. Destaca-se, aí, a existência de uma Parte Geral, cujos dispositivos, ao serem interpretados, dão azo à identificação de normas aplicáveis a todos os procedimentos civis (e não só civis, como se pode ver pela leitura do art. 15 do Código). E na Parte Geral do Código tem especial destaque um capítulo denominado "Das normas fundamentais do processo civil", composto pelos doze primeiros artigos da lei.

Nesse capítulo podem ser encontrados dispositivos cuja interpretação permite a afirmação de princípios e regras que compõem a base do direito processual civil brasileiro. No que concerne aos princípios, especificamente, não há – no CPC de 2015 – grandes novidades. É que todos esses princípios já resultam diretamente da Constituição da República de 1988, e compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro.[4] Não obstante isso, o CPC de 2015 explicita esses princípios constitucionais (como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais) ou apresenta corolários seus (como os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação), o que tem a evidente vantagem de deixar clara a necessidade de se desenvolver o processo a partir de um modelo constitucional. Não é à toa, aliás, que o art. 1º do CPC de 2015 expressamente estabelece que "[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Pois o art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É que o aludido dispositivo expressamente afirma que "[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Evidentemente, uma primeira leitura do dispositivo legal transcrito faz com que a

developments – towards harmonisation (and back). *In*: UZELAC, Alan (coord.). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Suíça: Springer, 2014, p. 3: "Qual é o objetivo de tribunais e juízes em causas cíveis no mundo contemporâneo? Seria fácil afirmar o óbvio e repetir que em todos os sistemas de justiça do mundo o papel da justiça civil é aplicar o direito substancial aplicável aos fatos estabelecidos de modo imparcial, e pronunciar julgamentos justos e precisos. O diabo está, como sempre, nos detalhes" (tradução livre). No original: "What is the goal of courts and judges in civil matters in the contemporary world? It would be easy to state the obvious and repeat that in all justice systems of the world the role of civil justice is to apply the applicable substantive law to the established facts in an impartial manner, and pronounce fair and accurate judgments. The devil is, as always, in the details".

4 Sobre o conceito de modelo constitucional de processo civil, ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*. A respeito do modelo constitucional do processo civil brasileiro, CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *In*: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 20.

atenção do intérprete seja chamada para a referência ao "prazo razoável", o que imediatamente leva ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Uma leitura mais atenta, porém, permite verificar ali a afirmação de que "*[a]s partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*".

Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*.

Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo portanto equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo.

Para efetiva aplicação deste princípio, o CPC de 2015 permite a identificação de uma série de regras destinadas a permitir que sejam removidos obstáculos à resolução do mérito, facilitando a produção dos resultados a que o processo civil se dirige. Vale, então, examinar um rol meramente exemplificativo dessas regras, o que permitirá uma melhor compreensão do modo como incide o princípio de que aqui se trata.

3. Regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no novo CPC.

A primeira regra de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito que se destaca aqui é a que resulta da interpretação do § 2º do art. 282. Este dispositivo é apresentado antes de qualquer outro com uma finalidade: permitir que se verifique que o princípio de que aqui se trata não foi "inventado" pelo CPC de 2015, mas é resultado de uma evolução histórica que já permite afirmar a existência de uma *história institucional* do princípio. Afinal, o dispositivo mencionado é reprodução (com pequeninos ajustes de redação, como a substituição da expressão "declaração da nulidade" pela expressão, mais precisa, "decretação da nulidade") do § 2º do art. 249 do CPC de 1973. Pois é por força do § 2º do art. 282 do CPC de 2015 que se pode afirmar que, "[q]uando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Pense-se, por exemplo, no caso em que o juiz verifica não ter havido a correta intimação do réu para comparecer a uma audiência de instrução e julgamento, vício este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência.

Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual.

Este modo de proceder, como dito, já encontrava precedentes no sistema processual anterior, o que justificou a prolação de decisões de mérito em casos nos quais haveria motivo para reconhecer a existência de nulidades processuais e até mesmo para se extinguir o processo sem resolução do mérito.[5]

Merece destaque, também, o disposto no art. 317 do CPC de 2015, por força do qual "[a]ntes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício". É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do processo civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual. E por força do princípio da cooperação – consagrado no art. 6º do CPC de 2015 – é incumbência do órgão jurisdicional apontar com precisão qual o vício que se faz presente e pode, se não for sanado, obstar a resolução do mérito. Daí a razão para a previsão, contida no art. 321, de que "[o] juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, *indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado*".

No mesmo sentido se encontra o disposto no art. 488, segundo o qual, "[d]esde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485", ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito. Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz verificar que o processo se encontra paralisado há mais de trinta dias por desídia do autor, o que é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, III), mas se dá conta, também, de que o direito que o autor pretende fazer valer em juízo já se extinguira por força da consumação de prazo decadencial, o que é causa de prolação de sentença de mérito (art. 487, II). Como a sentença de mérito, aqui, favoreceria o demandado, mesma parte que seria beneficiada pela extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se considerar adequada a emissão de um pronunciamento que resolve o mérito da causa, dando-lhe solução definitiva.

Em grau de recurso – sede em que a jurisprudência defensiva mais se desenvolveu – há diversas regras de concretização do princípio da primazia da resolução do mérito. Algumas aqui também merecem destaque.

A primeira delas, sem dúvida, é a que se alcança com a interpretação do art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015, por força do qual "[a]ntes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível". Pense-se, por exemplo, no caso de ter sido interposto recurso que só será tempestivo se ficar comprovada a ocorrência, durante a fluência do prazo, de algum feriado local. Pois o art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015 estabelece que incumbe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local *no ato de interposição do recurso*. A ausência desta comprovação no momento da interposição do recurso, porém, não acarreta a inadmissão automática do recurso: incumbe ao relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do recurso, determinar a intimação do recorrente para produzir a prova em cinco dias.

Regra equivalente se aplica aos casos

5 Assim, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 0074003-08.2006.8.19.0002, o TJRJ, por sua Segunda Câmara Cível, julgou procedente pedido formulado por autor que não estava devidamente representado por advogado, já que o reconhecimento da nulidade aí serviria para beneficiar o demandante, que – sem advogado – teria uma defesa técnica de seus interesses que poderia ser considerada deficiente. Ora, se era possível julgar procedente seu pedido não obstante o vício de sua representação, não havia qualquer sentido em decretar-se a nulidade.

em que não há comprovação do preparo no momento da interposição do recurso. O CPC de 2015 repetiu, em seu art. 1.007, § 2º, a disposição contida no § 2º do art. 511 do CPC de 1973, por força da qual o recorrente será intimado, no caso de insuficiência do preparo, para complementar o depósito no prazo de cinco dias. Novidade, porém, está na previsão do § 4º do art. 1.007 do novo CPC: "[o] recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção". Verifica-se aí não só a preocupação com a observância do princípio da primazia da resolução do mérito, mas também a necessidade de combater-se conduta protelatória (que, na hipótese, consistiria em não comprovar preparo algum com o objetivo de retardar o exame do mérito do recurso, aguardando-se a abertura de nova oportunidade para comprovar o recolhimento das custas): haverá, é certo, uma segunda oportunidade para o recorrente efetuar o preparo mas, de outro lado, será ele punido com a exigência de que efetue o depósito do valor em dobro.

Ainda tratando do preparo do recurso, merece destaque o disposto no art. 1.007, § 7º, segundo o qual "[o] equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias". Elimina-se, aqui, aquela que talvez tenha sido a principal causa de prolação de decisões afinadas com a "jurisprudência defensiva": a dos erros no preenchimento de guias de recolhimento de custas.[6]

Em sede de recurso especial e de recurso extraordinário se destacam algumas previsões que não têm qualquer antecedente na legislação processual anterior. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 1.029, § 3º, por força do qual "[o] Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave". Evidentemente, só se poderá desconsiderar vício de recurso interposto tempestivamente, já que no caso de ser intempestivo o recurso especial ou extraordinário já terá o acórdão recorrido transitado em julgado, caso em que apreciar o mérito do recurso implicaria violar a garantia constitucional da coisa julgada. Tempestivo que seja o recurso excepcional, porém, o STF e o STJ deverão (e não simplesmente poderão, como consta da literalidade do texto normativo, eis que evidentemente não se trata de faculdade do órgão jurisdicional, mas de um dever que lhe é imposto por princípios fundamentais do ordenamento processual) desconsiderar vícios menos graves (como seria uma diferença ínfima entre o valor do preparo recolhido e o efetivamente devido) ou determinar sua correção (como se daria, por exemplo, no caso de não estar indicado o endereço eletrônico onde encontrado acórdão invocado como paradigma em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, o que afrontaria a exigência formal resultante do disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC de 2015).

Outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito se encontra nos dispositi-

6 Veja-se, apenas a título de exemplo, o acórdão proferido no julgamento do AgRg no AREsp 576.060/SP, assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. EQUÍVOCO QUANTO À INDICAÇÃO DO CÓDIGO DE RECOLHIMENTO. DESOBEDIÊNCIA À RESOLUÇÃO N. 4/2013 DO STJ. DESERÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. 'No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção' (art. 511, caput, do CPC). 2. A regularidade do preparo se verifica pela juntada aos autos da Guia de Recolhimento da União - GRU e o respectivo comprovante de pagamento, devendo ser observado o correto preenchimento da GRU, conforme determinar a resolução em vigor à época da interposição do recurso. 3. *A irregularidade no preenchimento da guia, consistente na indicação equivocada do Código de Recolhimento, caracteriza a deserção do recurso.* 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (STJ, AgRg no AREsp 576.060/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 21/05/2015, DJe 01/06/2015, sem destaques no original)

vos que regulam a *conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa*. Dispõe o art. 1.032 do CPC de 2015 que no caso de o relator do recurso especial entender que este versa sobre questão constitucional, não deverá declará-lo inadmissível, mas conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, a fim de em seguida remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. De sua vez, se o STF reputar reflexa a ofensa à Constituição da República alegada em recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, deverá remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial (art. 1.033).

4. Conclusão.

A apresentação, que aqui se fez, de algumas regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito teve um único objetivo:[7] mostrar que é preciso tratar o processo civil brasileiro do século XXI como um mecanismo eficiente de produção de resultados constitucionalmente legítimos. O juiz do século XXI deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais,[8] e entre estes está, sem dúvida, o direito fundamental de acesso à justiça, compreendido aqui como direito fundamental à produção de resultados constitucionalmente legítimos através do processo.

Certamente a aplicação deste princípio exigirá uma mudança de postura (e de cultura) dos magistrados: é preciso que eles passem a ver-se como integrantes de uma comunidade de trabalho,[9] através da qual, junto com as partes (e seus advogados), construirão a decisão correta para o caso concreto.[10] É preciso, então, que essa comunidade de trabalho seja compreendida em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República. É que, como leciona NUNES:

> Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo. [11]

O processo civil brasileiro do Estado Democrático, que o CPC de 2015 consolida a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988, há de ser um processo comparticipativo, cooperativo, capaz – por isso mesmo – de conduzir a decisões constitucionalmente legítimas, que serão, preferencialmente, decisões *de mérito*.

---

7 Perdoe-se a insistência na afirmação de que as regras aqui apresentadas são apenas exemplos de normas que asseguram a primazia da resolução do mérito. Outras disposições como essas poderiam ter sido indicadas. Veja-se, apenas à guisa de exemplo, o disposto nos arts. 139, IX, 338 e 352, todos do CPC de 2015.

8 NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 01 jul. 2015.

9 O conceito de comunidade de trabalho processual nasceu na obra do processualista austríaco Franz Klein, que prefigurava uma forma de cooperação (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes. Sobre o ponto, PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *In*: *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2012, vol. 2, p. 16. A concepção dessa comunidade de trabalho hoje, porém, como se verá melhor no texto, deve ser completamente diferente, já que o CPC de 2015 consolida a superação do processo hiperpublicista inspirado no modelo de Klein e acolhe definitivamente o modelo de processo cooperativo, comparticipativo.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 01 jul. 2015.

11 NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo*: horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte: tese, 2008, p. 163. No mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 212.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Os honorários advocatícios e o poder público em juízo no CPC de 2015

Cassio Scarpinella Bueno

Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e exerce as funções de Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi *Visiting Scholar* da Columbia University (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual, membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil no âmbito da Câmara dos Deputados. É autor de 21 livros, dentre os quais se destacam os seguintes, publicados pela Editora Saraiva: Curso sistematizado de direito processual civil (em 7 volumes); Manual de direito processual civil (em volume único); Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010); Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático e A nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016/2009. Escreveu mais de 60 livros em coautoria e mais de 70 artigos científicos, alguns publicados em revistas estrangeiras. Desenvolve intensa atividade acadêmica em todo o território nacional, como palestrante e conferencista, e participa dos principais Encontros de Processualistas do exterior.

1. Considerações iniciais

Tema sobre o qual venho escrevendo há mais de vinte anos é sobre as vicissitudes dos processos que envolvem o Poder Público em juízo ou, como prefiro, "direito processual *público*".[1]

Com o advento do novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015, diversos temas têm

1 São, confesso, variadíssimas as formas em que venho abordando aquela proposta metodológica do direito processual civil, desde o célebre seminário que lançou a nomenclatura que tive o privilégio de coordenar ao lado de Carlos Ari Sundfeld à frente da Sociedade Brasileira de Direito Processual Público em 1999. De lá para cá, destaco o meu *O poder público em juízo*, o tomo III do volume 2 do meu *Curso sistematizado de direito processual civil* e, mais recentemente, tendo presente o então Projeto de novo Código de processo Civil, conferência proferida no VII Congresso Nacional de Estudos de Direito Tributário promovido pelo IBET e publicada nos anais daquele Congresso intitulada *Direito processual tributário no projeto de Código de Processo Civil*.

merecido o devido cuidado e a devida atenção naquela perspectiva, ao mesmo tempo em que vivenciamos, todos, as vésperas da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil – e em qual dia exato, 16, 17 ou 18 de março de 2016, isso ocorrerá é uma das múltiplas dúvidas que a nova codificação vem despertando.[2]

Neste breve ensaio, pretendo apresentar para o leitor interessado algumas reflexões sobre a disciplina que o CPC de 2015 dá aos honorários advocatícios, dando ênfase ao direito processual público.

2. A disciplina dada aos honorários advocatícios pelo CPC de 2015

O novo Código de Processo Civil, diferentemente do atual, vem estruturado em Parte Geral, Parte Especial e Livro Complementar. O Livro III da Parte Geral é dedicado aos "sujeitos do processo", isto é, de todos aqueles que, pelas mais variadas razões, participam do processo.

A Seção III do Capítulo II do Título I do Livro III da Parte Geral trata das despesas, dos honorários advocatícios e das multas, estendendo-se do art. 82 ao art. 97.

A primeira regra é a de que cabe às partes atender às despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, *antecipando-lhes* o pagamento, desde o início, até a sentença final ou, na etapa de cumprimento da sentença ou na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título executivo. O *caput* do art. 82 excepciona daquele regime os casos de gratuidade da justiça, que ganha, com o CPC de 2015, disciplina nova em seus arts. 98 a 102.[3]

As despesas devem ser compreendidas amplamente, na forma do art. 84: elas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha. Elas não se confundem com os honorários advocatícios, que têm disciplina própria no art. 85. A ressalva é importante para que a referência ampla (e comuníssima) a "verbas de *sucumbência*" deve ser entendida no sentido de albergar tanto os honorários como as despesas.

A "sentença *final*" referida no *caput* do art. 82 deve ser entendida como a decisão que encerra (por completo) a fase de cognição na primeira instância, sendo indiferente, portanto, o proferimento de eventuais decisões de julgamento *parcial* de mérito, o que pode ocorrer, com o CPC de 2015, com fundamento no art. 356.

De acordo com o § 1º do art. 82, incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato determinado de ofício pelo magistrado ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica. A ressalva final merece ser interpretada no sentido de ser necessário distinguir os casos em que o Ministério Público age como *parte*, quando se sujeita aos ônus inerentes àquela condição (art. 177), hipótese que reclama a incidência do art. 91, daqueles casos em que age como *fiscal da ordem jurídica* (art. 178).

O § 2º do art. 82 preceitua que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. É a sentença, pois, que fixa o responsável pelo pagamento das despesas (sempre compreendidas amplamente, na forma do art. 84) e também dos honorários advocatícios.

O art. 85 traz extensa e detalhada disciplina acerca dos honorários advocatícios, muito mais completa, embora não exaustiva, evidentemente, que a do CPC de 1973. São, ao todo, dezenove parágrafos dedicados ao tema.

2 Para essa discussão, v., dentre outros, Fabiano Carvalho, "Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do novo CPC e propostas de solução". De minha parte, volto ao assunto em artigo intitulado "Uma primeira visão do Código de Processo Civil de 2015".

3 Coerentemente — e não sem tempo — o inciso III do art. 1.072 do CPC de 2015 revoga expressamente os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060/1950 que, até agora, ocupavam-se do assunto.

A primeira regra é a do *caput* do art. 85. Ao preceituar que "A sentença condenará o vencido a pagar honorários *ao advogado* do vencedor", o CPC de 2015 acaba por indicar expressamente o próprio advogado (e não a parte por ele patrocinada) como destinatário dos honorários *sucumbenciais*, isto é, os honorários devidos no âmbito do processo. Aperfeiçoa, assim, explicitando, o que já decorre do art. 23 da Lei n. 8.906/1994, o Estatuto da OAB.

O § 1º do art. 85 esclarece que os honorários são devidos na reconvenção, no cumprimento de sentença, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. Esta "cumulação" deve ser compreendida com a ressalva constante do § 11 do mesmo art. 85, no sentido de que, na etapa de conhecimento do processo os honorários, *não podem* ultrapassar os limites dos §§ 2º a 6º, ainda que passíveis de majoração em eventual segmento recursal.

Os percentuais dos honorários advocatícios é matéria tratada pelo § 2º do art. 85. Eles serão fixados no mínimo de 10% e no máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Para a fixação, devem ser observados os seguintes critérios: (i) o grau de zelo do profissional; (ii) o lugar de prestação do serviço; (iii) a natureza e a importância da causa; e (iv) o trabalho realizado pelo advogado, além do tempo exigido para o seu desenvolvimento.

Novidade importante trazida pelo CPC de 2015 — e aqui, de maneira geral, reside a maior novidade para o "direito processual *público*" — reside nos §§ 3º a 7º do art. 85, que tratam dos honorários advocatícios quando a Fazenda Pública for parte, *independentemente* de ela ser autora ou ré, vencedora ou perdedora.[4]

O § 3º do art. 85 do CPC de 2015, abandonando a criticável regra equivalente do CPC de 1973, o § 4º de seu art. 20, estabelece que a fixação dos honorários em tais casos *deve* observar os *critérios* do § 2º do mesmo art. 85, e os limites percentuais por ele estabelecidos, que variam consoante o valor da condenação ou do proveito econômico.[5] Assim, (i) os honorários serão fixados no mínimo de 10% e no máximo de 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 salários mínimos; (ii) no mínimo de 8% e no máximo de 10% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 salários mínimos até 2.000 salários mínimos; (iii) no mínimo de 5% e no máximo de 8% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 salários mínimos até 20.000 salários mínimos; (iv) no mínimo de 3% e no máximo de 5% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 salários mínimos até 100.000 salários mínimos; e, por fim, (v) no mínimo de 1% e no máximo de 3% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de

4 Nesse reconhecimento, já reside importante novidade quando a disciplina jurídica é contrastada com a do CPC de 1973, cujo § 4º do art. 20, sugere que sua incidência pressupõe a Fazenda Pública *vencida*. Tanto que sempre foram diversas as vozes que chegaram a suscitar, pertinentemente, a inconstitucionalidade da regra diante do princípio da isonomia. Nesse sentido, com base no CPC de 2015: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, comentário 30 ao art. 85 e, no comentário 34 ao mesmo dispositivo, sustentando a inconstitucionalidade inclusive da nova disciplina do § 3º do art. 85; Fábio Jun Capucho, *Honorários advocatícios nas causas em que a fazenda pública for parte*: sistemática do novo Código de Processo Civil, p. 392/397, e Marcello Terto e Silva, *Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte*, p. 422.

5 Com a nova disciplina, perde o fundamento normativo o entendimento de que a fixação dos honorários sucumbenciais contra a Fazenda Pública estaria fora do alcance dos percentuais de 10 a 20% do art. 20 do CPC de 1973, orientação amplamente vencedora na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como faz prova suficiente o REsp 1.155.125/MG, rel. Min. Castro Meira, DJe 6.4.2010, julgado em regime *repetitivo* (art. 543-C do CPC de 1973) e que encontra eco seguro em recentíssimas decisões, tais quais as seguintes: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.451.710/SC, rel. Des. Federal convocado Olindo Menezes, j.un. 1.10.2015, DJe 8.10.2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.526.953/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, j.un. 22.9.2015, DJe 30.9.2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.548.355/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 22.9.2015, DJe 2.10.2015 e STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 729.283/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 1.9.2015, DJe 14.9.2015.

100.000 salários mínimos.[6]

O § 4º do art. 85, em continuação, estabelece que os precitados percentuais, aplicáveis aos casos em que a Fazenda Pública é parte, devem ser aplicados desde logo quando for líquida a sentença, isto é, quando a sentença já indicar o valor devido. Se se tratar de sentença ilíquida, a definição do percentual somente ocorrerá quando o valor for apurado, o que pressupõe o desenvolvimento da "liquidação de sentença" dos arts. 509 a 512. Se não houver condenação ou quando não for possível mensurar o proveito econômico obtido, a fixação dos honorários tomará como base o valor atualizado da causa. O salário mínimo, quando empregado, será o vigente quando da prolação da sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

O § 5º do art. 85 dispõe sobre o cálculo dos honorários, prescrevendo que "quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente". O dispositivo tem tudo para gerar acesas polêmicas acerca dos cálculos a serem realizados porque, em última análise, impõe a fixação de uma até cinco faixas diversas de honorários a depender do valor envolvido no caso concreto que, após fixadas, deverão ser somadas. Os honorários de sucumbência, nesse caso, serão a *soma* de tantas parcelas quantas sejam as "faixas" pelas quais o valor da condenação ou do proveito econômico atravessar.

É correto entender que, nesses casos, a fixação dos honorários observe, em cada faixa, os mesmos critérios, assim indicados pelo magistrado na decisão respectiva.[7] Mesmo com essa ressalva, contudo, o dispositivo gerará, com certeza, interessantíssima polêmica — para além de diversas dificuldades práticas — porque as diferentes faixas de percentual do § 3º do art. 85 não guardam homogeneidade entre si: de um intervalo de 10 a 20% em seu inciso I, passa-se, nos incisos II a V, a um intervalo de três números percentuais (8 a 10%, 5 a 8%, 3 a 5% e 1 a 3, respectivamente).[8]

O § 6º do art. 85 estabelece que os limites e os critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou às sentenças sem resolução do mérito. Não há como querer afastar essa mesma regra para os casos em que a Fazenda Pública seja parte (autora ou ré, ainda de acordo com o § 3º), sob pena de violação ao princípio da isonomia.

O § 7º do art. 85, ainda tratando dos honorários advocatícios nos casos que envolvem a Fazenda Púbica, dispõe que não serão devidos honorários na "execução de sentença" (o mais correto, de acordo com o CPC de 2015 e, mais amplamente, desde o advento da Lei nº 11.232/2005, que alterou profundamente o CPC de 1973, é "*cumprimento de sentença*") contra a Fazenda Pública que acarrete expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. A regra corresponde ao art.

6 Sustentando que, com a nova regra, a fixação por "equidade", extraída do § 4º do art. 20 do CPC de 1973 perde seu fundamento de validade, v. as opiniões de Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 312; Luiz Dellore, *Teoria geral do processo* – Comentários ao CPC de 2015: parte geral, vol. 1, p. 295, Guilherme Rizzo Amaral, *Comentários às alterações do novo CPC*, comentário 2.3 ao art. 85, e Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques, *Os honorários de sucumbência no novo CPC*, p. 732/733.

7 Sem negar, muito pelo contrário, o fundamento *constitucional* da motivação das decisões judiciais, o § 1º do art. 489, em especial, estabelece, ainda que pela negativa, padrões de fundamentação a serem observados pelos magistrados. Acerca do assunto, v. o meu *Manual de direito processual civil*, p. 352-353.

8 Críticas similares são feitas por Luiz Dellore, *Teoria geral do processo* – Comentários ao Código de Processo Civil: parte geral, vol. 1, p. 295/296; Anselmo Prieto Alvarez, *Honorários advocatícios contra a Fazenda Pública e o novo CPC*, p. 379/380, e Fábio Jun Capucho, *Honorários advocatícios nas causas em que a fazenda pública for parte*: sistemática do novo Código de Processo Civil, p. 398/399.

1º-D da Lei nº 9.494/1997 interpretado à luz da "interpretação conforme" que lhe deu o Supremo Tribunal Federal no RE 420.816/PR,[9] e encontra eco na ressalva feita pela Súmula nº 345 do Superior Tribunal de Justiça.[10] Pergunta pertinente é saber se a regra aplica-se também nos casos em que a execução do particular contra a Fazenda Pública pautar-se em título executivo *extrajudicial* (art. 910). Parece mais acertado recusar a aplicação porque, caso contrário, o advogado não receberia nenhuma contrapartida, do ponto de vista do processo, pelo seu trabalho naqueles casos, o que confrontaria, em última análise, as regras do *caput* e do § 1º do art. 85.[11] Não há dúvida, ainda com base no mesmo § 7º do art. 85 que havendo impugnação (ou embargos, em se tratando de execução fundada em título executivo extrajudicial) apresentada pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão devidos, observando-se os critérios do § 3º do mesmo art. 85.

O § 8º do art. 85 trata da fixação dos honorários nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo. Em tais situações, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando os critérios constantes do § 2º.

Em se tratando de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários, de acordo com o § 9º do art. 85, incidirá sobre a soma das prestações vencidas com mais doze prestações vincendas.

Havendo perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo (art. 85, § 10). A redação do dispositivo, ao empregar nessa (e só nessa) hipótese a palavra "causa", no sentido de quem deu *origem*, *motivo* ou *razão* ao processo,[12] convida à reflexão sobre se o CPC de 2015 não inovou em relação ao CPC de 1973 no que diz respeito ao princípio vetor da responsabilidade pelas despesas *e* pelos honorários. Abandonando o da *causalidade, no sentido de quem dá causa ao processo deve responder pela sucumbência, o que é amplamente aceito pela doutrina que se formou no âmbito do CPC de 1973*, reservando-o somente para a hipótese aqui referida, passando a temática como um todo e, portanto, como regra, a ser regida pelo da *sucumbência, isto é, de quem efetivamente perde, no sentido de não ser titular do direito material pretendido*, como sugere a *letra* do *caput* do art. 85, seja o autor ou o réu. Na hipótese de o pedido autoral ser acolhido apenas em parte, a fixação dos honorários advocatícios deverá observar essa peculiaridade, levando-se em conta os referenciais dos §§ 2º e 3º do art. 85, em especial o "proveito econômico" obtido por cada um dos litigantes.[13]

9 Trato do assunto mais demoradamente em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3, p. 537/538. Mais recentemente — e de forma coerente com a jurisprudência dos Tribunais Superiores desde o precitado RE — a 1ª Seção do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.406.296/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 26.2.2014, DJe 19.3.2014) entendeu que não devem ser arbitrados honorários advocatícios quando houver renúncia ao valor excedente previsto no art. 87 do ADCT após o início do processo. A orientação foi reiterada pelo mesmo órgão julgador nos EREsp 1.409.362/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 9.4.2014, DJe 17.6.2014 e, mais recentemente, pela 1ª Turma do mesmo Tribunal no AgRg no REsp 1.402.013/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 12.8.2014, DJe 19.8.2014.

10 Cujo enunciado é o seguinte: "São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

11 Em sentido similar, Anselmo Prieto Alvarez, *Honorários advocatícios contra a Fazenda Pública e o novo CPC*, p. 383. A esta conclusão chegou também a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) no Seminário "O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil", como se verifica do Enunciado nº 15 então aprovado: "Nas execuções fiscais ou naquelas fundadas em título extrajudicial promovidas contra a Fazenda Pública, a fixação dos honorários deverá observar os parâmetros do art. 85, § 3º, do CPC/2015". Em idêntico sentido é o Enunciado nº 240 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "São devidos honorários nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública, a serem arbitrados na forma do § 3º do art. 85", complementado pelo Enunciado nº 451, que tem o seguinte teor: "A regra decorrente do *caput* e do §1º do art. 827 aplica-se às execuções fundadas em título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa".

12 Expressões sinônimas à causa, de acordo com o Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.

13 Nesse sentido, Luiz Henrique Volpe Camargo, *Breves co-*

O § 11 do art. 85 estabelece que eventual majoração dos honorários devida pela existência do segmento recursal — independentemente de o recurso ser julgado monocrática ou colegiadamente [14] — deve respeitar os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.[15] Efeito colateral que a regra provavelmente trará é a fixação da verba honorária mais próxima dos percentuais mínimos na primeira instância para que haja "espaço" para eles serem majorados no caso de haver recurso.[16]

Dentre as variadas dúvidas acerca da "sucumbência recursal" estabelecida pelo § 11 do art. 85, cabe destacar, para cá, a atinente à viabilidade de o Tribunal ao julgar o recurso fixar percentual *aquém* dos 10% referidos no § 2º do art. 85 ou, em se tratando de processo em que seja parte a Fazenda Pública, *aquém* dos pisos percentuais dos cinco incisos do § 3º do mesmo dispositivo. Isso porque o § 11 do art. 85 determina a observância, "conforme o caso", do disposto nos §§ 2º a 6º, local em que repousam os tais limites percentuais mínimos e máximos. Luiz Henrique Volpe Camargo manifesta-se pela impossibilidade.[17] Alexandre Freitas Câmara posiciona-se, diferentemente, pela admissibilidade.[18] É este, não aquele, o entendimento que merece guarida, a despeito do *texto* do referido § 11, até para preservar a *finalidade* da nova regra, que é a de remunerar condignamente o trabalho do advogado desenvolvido em sucessivas fases recursais (apelação, recurso especial e recurso extraordinário, por exemplo).[19]

Outra questão pertinente é saber se o § 11 do art. 85 tem aplicação na remessa necessária que, a despeito de sua maior flexibilização, foi preservada pelo art. 496 do CPC de 2015 Luiz Henrique Volpe Camargo manifesta-se em sentido negativo.[20] Bruno Lopes Vasconcelos Carrilho manifesta-se em sentido positivo.[21] Na minha opinião, a incidência da nova verba honorária deve pressupor exercício de efetiva atividade pelo advogado, ainda que se trate de remessa necessária (embora ela não ostente natureza recursal). Assim, por exemplo, o oferecimento de contrarrazões à remessa necessária (prática, de qualquer sorte, incomum) e a realização de sustentação oral por ocasião do julgamento do recurso.[22]

De qualquer sorte, mesmo no âmbito recursal, não deverá chocar ninguém se o limite legal do § 3º do art. 85 nos casos em que o Poder Público for parte não for atingido justamente porque outros recursos são cabíveis e, nesse sentido, dão ensejo, ao menos em tese, a sucessivas majorações, até os limites destacados.[23] Para um Código que

mentários ao novo Código de Processo Civil, comentário nº 2 ao art. 86. O art. 86 do CPC de 2015 não se ocupa com fixação dos honorários e sim com a distribuição das *despesas* (v. n. 3, *infra*).

14 Neste sentido é o Enunciado nº 242 do FPPC: "Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada".

15 O que significa dizer, a um só tempo, que, para a fase de cumprimento de sentença, não há possibilidade de majoração de honorários na fase recursal e que, não obstante, aquela fase pode ensejar *nova* verba honorária, o que se harmoniza com a expressa previsão do § 1º do art. 85.

16 Tanto que "Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais" (Enunciado nº 241 do FPPC).

17 *Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015*, p. 755/759. Para o autor, a sistemática do § 11 do art. 85 não admite a fixação de honorários no âmbito do recurso especial e/ou extraordinário, limitando-se ao recurso de apelação, com exceção da hipótese do inciso V do § 3º do art. 85.

18 Alexandre Freitas Câmara, *O novo processo civil brasileiro*, p. 72. Também aceita a hipótese ao formular exemplo para a compreensão do § 11 do art. 85 Estefânia Viveiros, *Honorários advocatícios e sucumbência recursal*, p. 677.

19 A propósito, cabe destacar o Enunciado nº 16 aprovado pela ENFAM: "Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)".

20 *Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015*, p. 759/760.

21 *Os honorários recursais no novo Código de Processo Civil*, p. 599.

22 No âmbito da jurisprudência sumulada do STJ, cabe a lembrança da Súmula nº 325, que tem o seguinte enunciado: "A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado".

23 No caso de se dar provimento ao recurso, é correto entender que eventual inversão da responsabilização pelo pagamento dos honorários *não* afasta a incidência do § 11 do art. 85, cabendo ao órgão julgador fixar *novos* honorários, observando os limites estabelecidos. Nesse sentido é

quer(ia) evitar recursos, a escolha legislativa é, inequivocamente, criticável.[24]

Eventual majoração dos honorários na fase recursal, nos termos (e observados os limites) do § 11 não se confunde com a aplicação de eventuais multas outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77. A cumulação das verbas, lícita porque diversas as razões de sua incidência, é expressamente admitida pelo § 12 do art. 85.

O § 13 do art. 85 trata dos honorários — e mais amplamente das verbas de sucumbência — fixadas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença.[25] Os honorários serão acrescidos no valor do débito principal, para todos os efeitos legais. Nesse caso, é correto entender que não se aplica o § 11, incidindo, em sua plenitude, a regra da "cumulação" constante do § 1º, todos do art. 85.

O § 14 do art. 85, na mesma linha do estabelecido pelo art. 23 da Lei nº 8.906/1994 e da jurisprudência dos Tribunais Superiores (assim, *v.g.*, a Súmula vinculante nº 47 do Supremo Tribunal Federal),[26] dispõe que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho. Por isso mesmo — e aqui o dispositivo afasta-se (corretamente) da Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça,[27] que, com o CPC de 2015, perde seu substrato normativo — é vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial. É que a sucumbência é experimentada pela parte e não pelo advogado, não se podendo falar em compensação de créditos pertencentes a credores diversos

o Enunciado nº 243 do FPPC: "No caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal".

24 Durante a tramitação do Projeto, no âmbito do Senado Federal, o aumento dos honorários podia superar os 20%, alcançando, sempre para a fase de conhecimento do processo, o limite de 25% o que poderia mitigar, de alguma forma, a crítica que faço no texto. A respeito do assunto, v. Alexandre Freitas Câmara, *Honorários de sucumbência recursal*, p. 591; Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques, *Os honorários de sucumbência no novo CPC*, p. 735, e Flávio Cheim Jorge, *Os honorários advocatícios e o recurso de apelação:* um enfoque especial nos honorários recursais, p. 694. De minha parte, manifesteime em meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 101.

25 A regra convida à reflexão sobre a subsistência, ou não, da Súmula nº 519 do STJ, cujo enunciado é o seguinte: "Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios". Não só diante do próprio § 1º do art. 85 mas também porque o § 2º do art. 827 do CPC de 2015, embora tratando de embargos à execução, é expresso sobre a possibilidade de condenação em honorários em caso de *rejeição* daquela manifestação do executado, atraindo, por isso mesmo, a incidência dos arts. 513, *caput*, e 771. Defendendo a subsistência da Súmula é o entendimento de Luiz Henrique Volpe Camargo, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, comentário n. 9 ao art. 85. A Súmula nº 517 do STJ, por sua vez, admite o cabimento dos honorários de advogado no âmbito do próprio cumprimento de sentença "haja ou não impugnação".

26 Cujo enunciado é o seguinte: "Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza".

27 Cujo enunciado é o seguinte: "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

(arts. 368 e 371 do Código Civil).[28] Trata-se de previsão que enfatiza a compreensão extraída do *caput* do art. 85.

O § 15 do art. 85 autoriza que o advogado requeira que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio. Mesmo nesse caso, prossegue o dispositivo, é preservado o regime do § 14.

Sendo os honorários fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão (art. 85, § 16).[29]

Mesmo quando o advogado atuar em causa própria (art. 103, parágrafo único, do CPC de 2015) são devidos honorários de advogado. É o que expressamente prevê o § 17 do art. 85. A melhor interpretação é a que entende incidente a regra tanto no caso em que o advogado litigante sagrar-se vencedor quanto no caso de sair perdedor.

Se a decisão deixar de fixar os honorários e tiver transitado em julgado, é possível postular, autonomamente, sua definição e cobrança (art. 85, § 18). Caso a omissão seja averiguada ao longo do processo, ela merece ser sanada pelos recursos cabíveis, a começar pelos embargos de declaração (art. 1.022, II). Fica superada, diante da regra, a orientação contida na Súmula nº 453 do Superior Tribunal de Justiça.[30]

O § 19 do art. 85, ao estabelecer que "os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei", deve ser compreendido como regra de eficácia contida e dependente de edição de leis próprias, de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), aptas a regulamentá-lo, estabelecendo qual o percentual dos honorários sucumbenciais será repassado e de que maneira aos advogados públicos respectivos.[31] Entendimento diverso violaria o art. 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal, que reserva ao Chefe do Executivo de cada ente federado a iniciativa de lei que trata da remuneração dos seus respectivos servidores públicos.[32] É correto entender, por isso mesmo e em nome do princípio federativo, que eventual norma preexistente ao CPC de 2015 a respeito do tema é por ele devidamente recepcionada.[33]

3. Despesas, multas e honorários no CPC de 2015

Após a extensa disciplina dedicada aos honorários advocatícios, o CPC de 2015 trata casuisticamente de outras questões relativas às despesas, aos próprios honorários e às multas. É o caso de, embora brevemente, analisar essa disciplina jurídica, objetivo do número presente.

Assim é que o *caput* do art. 86 se ocupa com a hipótese de haver o que é comumente chamado "sucumbência recíproca", isto é, quando cada litigante for, em parte, vencedor e vencido. Neste caso, as *despesas* serão proporcionalmente distribuídas entre eles, o que deve ser entendido no sentido de que

28 Concordando expressamente com esse entendimento, Luciano Vianna Araújo, *Sucumbência parcial:* o fim da anômala compensação entre os credores distintos, p. 513/515. No mesmo sentido é o Enunciado nº 244 do FPPC.

29 Pertinente a lembrança da Súmula nº 14 do STJ ao enunciar, a propósito da correção monetária na verba honorária, que, "Arbitrados honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento".

30 Cujo enunciado é o seguinte: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria". É conclusão a que chegou o FPPC, como se verifica de seu Enunciado nº 8: "Fica superado o enunciado 453 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC".

31 Embora haja entendimento de que o CPC de 2015 evidencie a titularidade dos e o direito aos honorários também aos e pelos advogados públicos, que não poderia ser retirada por lei regulamentadora do referido § 19 do art. 85 (assim, *v.g.*, o Enunciado nº 384 do FPPC), a tese merece reflexão mais detida precisamente diante do precitado dispositivo constitucional.

32 No mesmo sentido, embora sem a expressa menção ao precitado dispositivo constitucional: Paulo Gustavo Medeiros de Carvalho e Rodrigo Pereira Martins Ribeiro, *Honorários de sucumbência e o novo processo civil*: Fazenda Pública e o advogado público, p. 474.

33 Expresso nesse sentido: Ophir Cavalcante Junior e Eduardo Falcete, *Os honorários dos advogados públicos*, p. 454.

cada parte pagará parcela das despesas totais, consoante sua responsabilidade na geração respectiva. A compensação dos honorários advocatícios entre os litigantes nessa hipótese, é pertinente reiterar o § 14 do art. 85, é vedada expressamente. Se, a despeito da sucumbência recíproca, ela for mínima, as despesas — e, neste caso, também os honorários — serão de responsabilidade integral do litigante sucumbente (art. 86, parágrafo único). Uma razão a mais para entender que o CPC de 2015 deslocou-se da *causalidade* como critério de responsabilização das verbas sucumbenciais.

Havendo litisconsórcio ativo ou passivo, isto é, pluralidade de autores e/ou de réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários advocatícios. É o que dispõe o *caput* do art. 87. O § 1º do mesmo artigo exige fundamentação específica para a distribuição proporcional pelo pagamento das verbas em tais condições. Não havendo distribuição, presume-se a solidariedade dos vencidos pelo pagamento das despesas e dos honorários, ou seja, a responsabilidade conjunta de cada qual pelo pagamento total (art. 87, § 2º).

Nos procedimentos de jurisdição voluntária (arts. 719 a 770 do CPC de 2015), as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre todos os interessados (art. 88).

Não havendo litígio nos juízos divisórios (arts. 569 a 598), os interessados pagarão as despesas proporcionalmente a seus quinhões (art. 89).

O art. 90 ocupa-se com a responsabilidade pelo pagamento das despesas e dos honorários na hipótese de haver sentença com fundamento em desistência, reconhecimento jurídico do pedido ou, ainda — no que o CPC de 2015 inova em relação ao CPC de 1973, ao menos do ponto de vista textual —, renúncia. Nesses casos, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, reconheceu ou renunciou. O § 1º do art. 90 estabelece que o pagamento das despesas seja proporcional à parcela do que se desistiu, do que se reconheceu ou do que se renunciou. São mais dois elementos importantes para, junto do § 10 do art. 85, passar a entender que a *causalidade* como fundamento da responsabilização pelas verbas de sucumbência no CPC de 2015 é a *exceção* e não mais a *regra*.

Os §§ 2º e 3º do art. 90 ocupam-se com a responsabilidade das despesas quando houver transação. De acordo com o § 2º, se as partes nada dispuseram a seu respeito, as despesas serão divididas entre elas igualmente. Se a transação ocorrer antes do proferimento da sentença, é o que preceitua o § 3º, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

O § 4º do art. 90, por fim, estabelece que se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade. Trata-se de importante (e nova) regra a incentivar, diante do benefício econômico, não só o reconhecimento jurídico do pedido, mas também — e ainda mais importante — que realize o que se espera dele.[34]

O art. 91 dispõe que as despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público (quando atua como parte) ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido. Excepciona, portanto, a regra de *adiantamento* das despesas relativas aos atos processuais constante do art. 82. Buscando resolver dificuldades relativas ao pagamento de perícias e dos honorários periciais quando se tratar de ato requerido por uma daquelas pessoas, o § 1º estabelece que as perícias requeridas por aqueles entes poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os

34 No âmbito dos recursos extraordinários e especiais repetitivos — cuja disciplina é bastante modificada e ampliada pelo CPC de 2015 — há regra que merece ser lembrada nesse contexto, isentando o autor que desistir da ação do pagamento de custas e de honorários sucumbenciais quando a tese por ele discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia (art. 1.040, §§ 1º a 3º).

valores adiantados por aquele que requerer a prova. Se não houver previsão orçamentária no exercício financeiro para aquele fim, complementa o § 2º, os honorários periciais serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

O art. 92 trata da obrigação de o autor, quando houver proferimento da sentença sem resolução de mérito a requerimento do réu (art. 485 do CPC de 2015), dever pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários a que foi condenado, sob pena de, não o fazendo, não poder demandar novamente.[35] O dispositivo, que merece ser lido ao lado do art. 486 do CPC de 2015, é flagrantemente inconstitucional porque atrita com o inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, tanto quanto já o era seu par no CPC de 1973, o art. 28. A cobrança das despesas e dos honorários gerados pelo processo anterior não pode ser óbice para ingressar no Judiciário.[36]

Quem der causa ao adiamento ou à repetição do ato processual é responsável pelo pagamento das despesas respectivas (art. 93), mais uma regra para permitir a reflexão sobre o CPC de 2015 ter se afastado do princípio da *causalidade* como vetor da responsabilização genérica pelas verbas de sucumbência.

O art. 94 trata da responsabilidade do assistente pelas despesas processuais: se o assistido for vencido, o assistente será condenado ao pagamento das custas em proporção à atividade que houver exercido no processo. As *custas* referidas no dispositivo devem ser compreendidas no sentido de custeio dos atos processuais, excluídas a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico, a diária de testemunha (art. 84) e excluídos também os honorários de advogado (art. 85, *caput*).

O art. 95 disciplina, de forma muito mais bem acabada, o pagamento dos honorários do perito e dos assistentes técnicos, levando em conta, inclusive, a hipótese de o ato ser praticado em favor do beneficiário da justiça gratuita. A regra, de acordo com o *caput*, é a de que cada parte adiante a remuneração do assistente técnico que houver indicado. A remuneração do perito será adiantada pela parte que houver requerido a perícia, ou será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. O § 1º do art. 95 permite que o magistrado determine que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente. O valor, que ficará em depósito bancário à ordem do juízo será corrigido monetariamente e será pago de acordo com o § 4º do art. 465, isto é, até 50% no início dos trabalhos e o restante depois de entregue o laudo e prestados todos os esclarecimentos necessários. É o que estabelece o § 2º do art. 95.

De acordo com o § 3º do art. 95, quando se tratar de perícia de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, aquele meio de prova poderá ser custeado com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. No caso da realização por particular, o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça, e pago com recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, consoante o caso. O § 4º do art. 95 complementa a regra ao estabelecer que o magistrado, após o trânsito em julgado da decisão final, estimulará a Fazenda Pública para que realize a cobrança dos valores devidos.

O § 5º do art. 95, por sua vez, veda a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública para os fins do § 3º do mesmo dispositivo, isto é, para custear perícia de beneficiário da justiça gratuita.

35 Tendo a peculiaridade do Poder Público em Juízo, cabe destacar entendimento da 2ª Turma do STJ (REsp 1.151.050/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 5.8.2010, DJe 17.8.2010) no sentido de que a exigência do art. 92 (correspondente ao art. 28 do CPC de 1973) resta cumprida suficientemente com a expedição do precatório para o pagamento devido.

36 Nesse sentido, meu *Manual de direito processual civil*, p. 349.

O art. 96 dispõe que o valor das sanções impostas ao litigante de má-fé reverterá em benefício da parte contrária. Se os apenados forem os serventuários, o valor das sanções respectivas pertencerá ao Estado ou à União, consoante se trate de servidor público estadual ou federal.

O art. 97 autoriza a União e os Estados a criarem fundos de modernização do Judiciário para os quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias aplicadas em virtude de processos jurisdicionais (art. 96) sem prejuízo de outras verbas previstas em lei. A locução verbal empregada pelo dispositivo ("serão revertidos") é imperativa e, como tal, enseja a interpretação de que a destinação das verbas é verdadeiro *dever*. Que prevaleça esse entendimento na edição dos atos normativos que se faz necessária para a criação de tais fundos nos diversos entes federados.

4. Considerações finais

A suma que ocupa os números anteriores é suficiente não só para dar notícia mas também para sugerir diversas questões sobre a sistemática dos honorários advocatícios, que, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, merecerão atenção mais detalhada da doutrina e da jurisprudência.

Não só ao estudioso mas também ao prático do "direito processual público", cabe o especial ônus de suscitar essas diversas questões para viabilizar a cristalização de entendimento, doutrinário e jurisprudencial, que se harmonize com o que, às claras, pretende o CPC de 2015 naquilo que o levou a maior distância do CPC de 1973: as frequentes e irrisórias condenações de honorários sucumbenciais em casos envolvendo a Fazenda Pública, nos termos sugeridos pela *literalidade* do já referido § 4º do art. 20 do Código atual.

Com efeito, é correto entender, diante do § 3º do art. 85 do CPC de 2015, que não haverá mais espaço normativo para dar fundamento a decisões tão frequentes quanto a equivocadas que negam a fixação dos honorários advocatícios, no sistema do CPC de 1973 — tais as que, ilustrativamente, colacionei na nota de rodapé nº 5, *supra* —, sem observância dos limites percentuais do § 3º do art. 20, sustentando que a regra do § 4º é *específica* para todo e qualquer processo judicial envolvendo a Fazenda Pública.

Referências bibliográficas

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Honorários advocatícios contra a Fazenda Pública e o novo CPC. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Sucumbência parcial: o fim da anômala compensação entre os credores distintos. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art. 85. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____ . Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015. *In*: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC: doutrina selecionada – Parte geral*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CAPUCHO, Fábio Jun. Honorários advocatícios nas causas em que a fazenda pública for parte: sistemática do novo Código de Processo Civil. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CARVALHO, Fabiano. Divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do novo CPC e propostas de solução. Disponível em: <http://justificando.com/2015/06/19/divergencia-doutrinaria-sobre-a-entrada-em-vigor-do-novo-cpc-e-propostas-de-solucao/>.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros de; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. Honorários de sucumbência e o novo processo civil: fazenda pública e o advogado público. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir; FALCETE, Eduardo. Os honorários dos advogados públicos. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DELLORE, Luiz (e outros). *Teoria geral do processo* – comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: GEN/Método, 2015.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no novo CPC. *In*: MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC*: doutrina selecionada – Parte geral. Salvador: Jus Podivm, 2015.

JORGE, Flávio Cheim. Os honorários advocatícios e o recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A emergência do direito processual público. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público*: a fazenda pública em juízo. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ . *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ . *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ . *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ . Direito processual tributário no projeto de Código de Processo Civil. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros. SOUZA, Priscila de (coord.) *VIII Congresso Nacional de Estudos Tributários*: derivação e positivação no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011, p. 251-277.

_____ . *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ . *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ . *O poder público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ . Uma primeira visão do Código de Processo Civil de 2015. *In*: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil*: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015 (Sistema de Educação Continuada a Distância, vol. 1).

SILVA, Marcello Terto e. Honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública é parte. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIVEIROS, Estefânia. Honorários advocatícios e sucumbência recursal. *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015

Dierle Nunes

Doutor em direito processual (PUC MINAS/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Mestre em direito processual (PUC MINAS). Professor permanente do PPGD da PUC MINAS. Professor adjunto na PUC MINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP. Membro fundador da ABDPC. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Diretor do departamento de Processo Civil do IAMG. Membro da Comissão dos Juristas que assessorou no novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado.

RESUMO: O presente ensaio busca discutir a colegialidade enquanto garantia de revisão (correção) de decisões e sua relação com os precedentes e vieses cognitivos (vícios de julgamento), sempre a partir da principiologia trazida pelo CPC-2015. A discussão se dá mediante a apresentação do problema relativo à efetiva possibilidade de revisão das decisões de forma colegiada; da normatividade relativa aos precedentes no novo Código; da necessidade de elaboração de um relatório satisfativo relativo à causa em análise (formação de fundamentos determinantes); da relação entre a colegialidade e os inúmeros fatores que influenciam e deturpam a forma de julgamento por parte dos magistrados, como, por exemplo, os vieses de confirmação; da comemorada normatização da possibilidade de modificação dos votos dos magistrados durante o julgamento a partir dos fatos expostos em sessão; e do incidente de ampliação do colegiado para a resolução de decisões não unânimes (art. 942 CPC-2015). Concluiu-se, a partir do presente estudo, que as novas premissas decisórias contidas no CPC-2015 têm como escopo a busca por um debate genuíno e satisfatório para o incremento da justiça das decisões, formando-se extratíveis fundamentos determinantes hábeis à aplicação do sistema de precedentes como legítima possibilidade de discussão do direito. A colegialidade se afigura como garantia ligada ao contraditório dinâmico, objetivo precípuo do processualismo constitucional democrático.

PALAVRAS CHAVE: Colegialidade. Vieses cognitivos. Precedentes. Contraditório dinâmico. Processualismo constitucional democrático.

ABSTRACT: This essay discusses the collegiality as reviewing guarantee (correction) of decisions and it's relation with precedents and cognitive biases (judgment incorrections), always from the of principles brought by the CPC-2015. The discussion takes place upon presentation of the problem on the effective possibility of review of decisions collectively; of regulations

relating to precedents in the new Code; the need to draw up a useful report about each cause under review (formation of determinants pleas); the relation between the collegiality and the numerous factors that influence and distort the form of judgment from judges, for example, the confirmation bias; the celebrated regulation of the possibility of modifying the votes of the judges during the trial upon the facts stated in session; and; the collegiate expansion incident to the resolution of non-unanimous decisions (art. 942 CPC-2015). It's concluded from this study that the new decision-making assumptions contained in CPC-2015 are scoped in the search for a genuine and satisfactory debate to increase the fairness of decisions, forming extractable skilled decisive foundations for the implementation of the precedents system as legitimate possibility for discussion of law. Collegiality seems as collateral linked to the dynamic contradictory, primary objective of the democratic constitutional processualism.

KEYWORDS: Collegiality. Cognitive biases. Precedents. Dynamic contradictory. Democratic constitutional processualism.

1. Considerações iniciais

Há bons anos[1] destacamos que a jurisprudência dos tribunais superiores (STF e, especialmente, STJ) vinha estruturando as bases de aplicação do *princípio constitucional da colegialidade dos tribunais*,[2] que, apesar de permitir a delegação legal de poderes monocráticos (unipessoais) ao relator[3] dos recursos (art. 932 CPC-2015), garantiria o reexame de decisões derivadas do exercício desses poderes pelo colegiado, juízo competente para o julgamento do recurso.

Como há muito tempo se defende, o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos recursos, seu juízo natural, seria o colegiado, e não o juízo monocrático do relator e, em decorrência deste princípio, nas hipóteses de julgamentos unipessoais no CPC-2015 será permitido o cabimento, em 15 dias, de Agravo Interno contra decisão proferida pelo relator para o respectivo órgão colegiado (art. 1.021 CPC-2015*).*[4]

1 NUNES, Dierle. Colegialidade das decisões dos tribunais: sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, nov./dez. 2007, p. 50-61.

2 "Conforme reiterada jurisprudência do STJ, 'é cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal', entendimento decorrente 'do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.039, de 1990' (AgRg no Ag 556.508/TO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.5.2005; AgRg na MC 6.566/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.9.2003)." STJ, 1ª T, AgRg no REsp 701734/SP, Min. Denise Arruda, j. 20/06/2006, DJ 10.08.2006, p. 195. No mesmo sentido: STJ, 2ª T, REsp 770620/PA, Min. Castro Meira, j. 01/09/2005, DJ 03.10.2005, p. 236. STJ, 1ª T, AgRg no AgRg no Ag 694108/SP, Min. Denise Arruda, j. 07/02/2006, DJ 06.03.2006, p. 192. STJ, 1ª T, REsp 714794/RS, Min. Luiz Fux, j. 23/08/2005, DJ 12.09.2005, p. 241. STJ, 1ª T, AgRg na MC 6566/MT, Min. Teori Albino Zavascki, j. 05/08/2003, DJ 01.09.2003, p. 217.

3 As decisões dos tribunais são normalmente realizadas por órgãos compostos de vários juízes, o colegiado, ordinariamente três, aos quais se atribui o nome de relator (art. 932) e vogais, dependendo da função realizada no processamento do recurso.

4 Disciplinado nos seguintes termos: "Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1º. Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada. § 2º. O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta. § 3º. É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. § 4º. Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. § 5º. A interposição de qual-

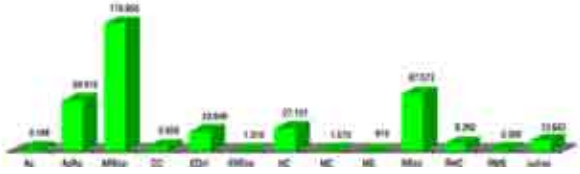
Este entendimento jurisprudencial e doutrinário, além de buscar a adequação do sistema recursal ao princípio do juízo natural (art. 5º, LIII, CRFB/88) previsto em nosso modelo constitucional de processo, viabilizava a correção de "defeitos normativos" que por vezes atribuíam poderes monocráticos ao relator sem viabilizar mecanismos hábeis de sua reanálise, como era (é), por exemplo, a hipótese normativa do art. 527, parágrafo único, CPC-1973, que não previa (prevê) meios recursais de impugnação da decisão liminar do relator, no recurso de agravo, que convertia seu processamento por instrumento em retido ou atribuía efeito suspensivo ou ativo.

Perceba-se que tal uso de poderes monocráticos encontra grande relevância no sistema processual atual.

A partir de uma simples análise de dados estatísticos referentes aos processos em trâmite no STJ no ano de 2014,[5] pode-se perceber a profusão de decisões monocráticas, em detrimento dos julgamentos colegiados, sendo certo que a maioria de tais decisões têm fulcro no art. 557 do CPC do 1973 Reformado,[6] negando seguimento ao recurso. Vejamos a tabela abaixo retirada do Relatório Estatístico[7] do STJ no ano de 2014:

Distribuídos	Julgados (Incluindo AgRg e EDcl)		
	Sessão	Monocráticos	Total
386.426	81.647	308.405	390.052

O disparate entre o número de decisões monocráticas e decisões colegiadas é nítido. O cenário é evidente também quando comparamos o número de recursos especiais julgados em 2014 com o número de agravos em REsp e agravos internos (regimentais), os quais somam aproximadamente o triplo dos primeiros. É ver o gráfico extraído do mesmo relatório:



É cediço que os agravos internos ("regimentais") e agravos em recurso especial, em sua grande maioria, voltam-se contra decisões de inadmissão dos recursos.

Pontue-se, mais uma vez, que segundo a colegialidade não haveria embaraços normativos na adoção de julgamentos unipessoais (monocráticos), como nas ampliadas hipóteses do art. 932 CPC-2015, desde que se garanta sua impugnação (reexame) pelo colegiado, mas sua função num sistema que não respeita a primazia do mérito e adota uma "jurisprudência defensiva" se amplia enormemente.

O recurso seria cabível, por exemplo, da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal.[8]

quer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final". Segundo enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): Enunciado nº 358 do FPPC: "A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência. (Grupo: Recursos)" Enunciado nº 359 do FPPC: "A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige que a manifesta inadmissibilidade seja declarada por unanimidade. (Grupo: Recursos)".

5 Analiso estes dados para discussão da primazia do mérito, fungibilidade e *conexão normativa* entre os recursos extraordinários em: NUNES, Dierle; PIRES, Michel Hernane. A *conexão normativa* entre os recursos extraordinários dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC-2015 e sua importância no campo tributário. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; SOUZA, Antonio Carlos. *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: Editora Foco Fiscal, 2015, p. 51-68.

6 "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

7 <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>.

8 *Vide* Enunciado nº 142 do FPPC.

Uma advertência se faz necessária antes que continuemos: a colegialidade aqui em comento não é a consolidada na cláusula de reserva de plenário (*full bench*), prescrita no art. 97 da CRFB/88, que se baseia na presunção de constitucionalidade da lei e impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade ou de ato normativo do poder público somente pode ser obtida mediante seu acatamento pela maioria absoluta dos membros do pleno do tribunal competente.

O que aqui se estuda é o uso em geral da *colegialidade corretiva*, embasada num *processualismo constitucional democrático*,[9] para normativamente se obter uma correção decisória.

2. Colegialidade, precedentes e nova função preparatória do relatório

A colegialidade ganha especial destaque no sistema brasileiro em decorrência da busca de efetiva formação de precedentes, que precisam ser extraídos da fundamentação das decisões, e que somente podem ser encontrados se cada julgador analisar os mesmos argumentos de modo colegiado. Por estas razões que o novo CPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro de modo que se busque o resgate:

> [...] da efetiva colegialidade na sua formação, para, com esta medida, evitar-se o retrabalho dos tribunais que analisam (com recorrência) mal e de modo superficial os casos, induzindo que tenham que desencadear reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal. Esse movimento merece muita atenção e cuidado quando se percebe que esse uso dos precedentes ainda desafia várias intempéries, como a da aqui nominada "*pseudocolegialidade*": tal fenômeno, que vem sendo justificado pela quantidade de processos nos tribunais, ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial "de acordo", que pode muitas vezes significar "não olhei, mas *acho* que concordo com o relator". E esse "não olhei, mas acho que concordo com o relator" (vulgo "de acordo") cai por terra quando se vislumbra, numa breve pesquisa das decisões anteriores daqueles "julgadores concordantes", que, em casos anteriores, relatores julgaram em sentido diametralmente contrário. Se a discussão em outros sistemas seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir até mesmo se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distingam.[10]A situação

9 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. Novo CPC - *fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

10 Como já afirmamos em outra oportunidade: "em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de 'anarquia interpretativa' na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um 'marco zero' interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes" (NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, p. 43, nov. 2010.

> também não é boa quando se analisa a técnica de julgamento monocrático pelo relator, mediante o uso da chamada "jurisprudência dominante" (art. 557, CPC/1973 Reformado).[11] Nessa hipótese, não é incomum o uso da técnica, em alguns tribunais, em juízos monocráticos do relator, em que se julga embasado em ementas ou acórdãos que em nenhuma medida representam o entendimento dominante do tribunal ao qual pertençam ou superior.[12] Aplicação deletéria, mecanicista e cada vez mais comum são os usos das listas de julgamentos,[13] que ferem não só a colegialidade, como qualquer noção de que a abertura para o diálogo processual é imprescindível na formação das decisões.[14]

Isto fica bastante evidente quando se percebe, com a tradição do *common law* americano (*v.g.*), que no julgamento dos casos se deva elaborar uma regra geral de decisão (universalizável), ou *ratio decidendi (fundamento determinante)*, que se aplique a casos futuros que envolvam questões semelhantes.[15]

E que só é possível a extração de fundamentos determinantes dos precedentes caso os mesmos resultem de sua análise colegiada. Tanto que, nos moldes do Enunciado nº 317 FPPC, "o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado." Os fundamentos que não tenham sido acatados pela maioria do colegiado inviabilizam sua aplicação como precedente obrigatório.

E, para mantença do dever de coerência (art. 926 CPC-2015), conforme o Enunciado nº 431 FPPC, "o julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação".

Em assim sendo, como Hübner Mendes, se percebe que a colegialidade se apresenta como um projeto colaborativo (comparticipativo) embasado em uma cultura deliberativa em busca de uma unidade colegiada.[16]

Não é à toa que, no paradigma de direito democrático pensado por Dworkin, a atividade da decisão judicial é comparada a um empreendimento coletivo literário, no caso, romance escrito a várias mãos; de modo que cada integrante desse *chain in novel* assume responsabilidades para ler tudo aquilo que foi elaborado por seu antecessor, bem como para dar continuidade a fim de, preservando a virtude da integridade, criar a melhor proposta de compreensão coletiva acerca de um direito por meio de sua decisão.[17] Para que isso

11 E que tem como correspondente o inciso III do art. 932 do novo CPC, que, contudo, se vale de técnica muito mais aprimorada, ao dizer que incumbe ao Relator: "não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida" (cf. *supra*).

12 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Enunciados de súmulas:* falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>.

13 Cf. LEAL, Saul Tourinho. Julgamentos em listas, com advogado silenciado, mostra que fracassamos. Fio da Meada. *Valor Econômico*, 3 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3573268/julgamentos-em-listas-com-advogado-silenciado-mostra-que-fracassamos>.

14 THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, cit.

15 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, 4 *Wash. U. Journal of Law & Policy*, 2000, p. 261.

16 HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy***.** Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 129-132

17 Dworkin (*Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].) compara essa tarefa a uma brincadeira infantil na qual cada participante é responsável por contar um única história. Na brincadeira, todos os participantes têm o mesmo tempo para participar e devem ouvir atentamente os antecessores para que uma linha coerência entre a história contada seja preservada. Não se trata de um *"telefone sem fio"*, pois o objetivo da brincadeira não é repetir o que foi transmitido, mas desenvolvê-lo (evoluí-lo) da melhor forma, preservando os elementos essenciais do que inicialmente foi definido. Ou seja, se o primeiro a contar a história teve o objetivo de narrar um suspense, o par-

seja possível, a abertura hermenêutica para o diálogo é fundamental. Dworkin atenta-se em explicitar esse diálogo exatamente em sua forma mais inusitada, com o passado e com o presente dos integrantes de uma determinada sociedade no qual se reconhecem como partícipes livres e iguais (sua denominada comunidade de princípios), mas nada impede de pensarmos que o mesmo diálogo institucional interno ao Judiciário deva acontecer entre seus pares no momento da construção de uma decisão coletiva/colegiada.

E isto desafia o *habitus* brasileiro de, em julgamentos colegiados de recursos ordinários, extraordinários e ações originárias dos tribunais, se proferir *decisões plurais (plurality decision*)[18] nas quais cada juiz oferta sua própria opinião (decisão em separado), em vez de um único juiz escrever a opinião em nome de toda a Corte, forjando uma decisão majoritária na conclusão (parte dispositiva) sem que nenhum fundamento, que lhe oferte sustentáculo, alcance a maioria.[19]

Perceba-se que o problema das decisões plurais no direito estrangeiro é debatido há muito tempo. Nos EUA, por exemplo, tal quebra deste modelo de apresentação de entendimentos separados (também conhecido como *modelo seriatim* – em série, um após o outro) sofreu um duro golpe ainda em 1801, com a assunção do cargo de Presidente (*Chief Justice)* da *US Supreme Court (USSC)* por Marshall, que impôs durante seu mandato até 1835 a adoção do modelo de decisão consolidada mediante a assunção da *opinião da Corte* (“*opinion of the Court*”)[20] ou *per curiam*,[21] sem identificação individualizada das opiniões de cada julgador.[22]

No entanto, após a era Marshall (especialmente após o *New deal*)[23] e com o reforço do papel institucional da *Supreme Court,* se tornou mais recorrente o uso de decisões plurais, o que fomentou severas dificuldades interpretativas, tornando a tarefa de extração dos fundamentos determinantes extremamente complexa.[24]

Esta questão é recorrente até os dias atuais, tanto que o atual Presidente da *USSC* (John Roberts) afirmou em 2006 [25] que uma de suas prioridades seria a de reduzir o número de opiniões divergentes proferidas por membros da Corte, uma vez que a dissidência enfraqueceria a força das decisões.[26]

No entanto, não existe garantia de que a supressão integral da dissidência torne o

ticipante da sequência deve ter a capacidade hermenêutica de perceber que ele não poderá transformar agora aquilo em uma comédia. Ver também: PEDRON, Flávio. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15-139, 1º sem. 2005.

18 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 267

19 Sobre as decisões plurais no Brasil cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas cortes supremas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

20 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 267. Fenômeno análogo ocorreu na King's Bench inglesa em 1756 com a assunção como Chief Justice de William Murray, conhecido como “Lord Mansfield,” ao adotar a opinião da Corte, buscando clareza para o Direito. HENDERSON, M. Todd. From “Seriatim” to consensus and back again: a theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, 2007, p. 8.

21 Como informa Robbins: “*Per Curiam* - literalmente traduzido do latim ‘pelo tribunal’ - é definida pelo dicionário *Black Law* como ‘[a] opinião proferida por um tribunal de apelação, sem identificar o juiz singular que escreveu a decisão.’ Assim, o autor de uma decisão *per curiam* pretende ser institucional e não individual, atribuível ao tribunal como uma entidade única e não a um juiz.” (tradução livre). ROBBINS, Ira P. Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions. *Tulane Law Review*, v. 86, jun. 2012, p. 1197.

22 Como em Bush v. Gore, 531, USSC 98 (2000).

23 ZOBELL, Karl M. Division of opinion in the Supreme Court a history of judicial disintegration, *Cornell Law Rev*, v. 44, 1959, p. 205-206.

24 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 271 *et seq*.

25 Cf. YEN, Hope. *Roberts Seeks Greater Consensus on Court*, Washington Post, 21 maio 2006. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/21/AR2006052100678.html>.

26 HENDERSON, M. Todd. From “Seriatim” to consensus and back again: a theory of dissent, cit., p. 1.

sistema mais adequado (democrático),[27] obviamente sem os extremos brasileiros nos quais a dissidência desprovida de adequada fundamentação se tornou a regra.

É evidente que a colegialidade é, assim, quando busque uma opinião majoritária na conclusão e fundamentação, um primeiro passo no uso adequado do direito jurisprudencial, aliado a outras medidas, como a colocação dos fundamentos determinantes da decisão (finalmente) nas ementas, eis que o profissional brasileiro, em média, as utiliza em suas pesquisas e arrazoados.

Isto não retira a necessidade de analogias e contra-analogias sérias, mas é essencial que se perceba a insuficiência do voto de apenas um dos membros integrantes do órgão colegiado para o adequado dimensionamento das razões que constituem os fundamentos determinantes das decisões dos Tribunais – ou, pelo menos, que há um aspecto qualitativo no colegiado que não pode ser ignorado na atribuição de força normativa a suas deliberações, na qualidade de precedentes.

Ainda há de se perceber que a diferença de resultado, unânime ou não, no colegiado impactará a obtenção de estabilidade e coerência das decisões (art. 926 CPC-2015), uma vez que o dissenso influencia no grau de força a ser conferida às decisões – precedentes. Aliás, por ocasião da análise dos fatores que influenciam na força normativa dos precedentes, Aleksander Peczenik[28] afirma que a colegialidade e a eventual existência de divergência são importantes elementos a serem levados em consideração na interpretação dos precedentes, e isso pode ser decisivo na escolha entre dois precedentes antagônicos, prevalecendo aquele que for fruto de um debate processual mais democrático e amplo.

No sistema americano, no qual se adota com muito maior proficiência os precedentes, já se constatou que entre 1946 e 1992 sua *USSC* promoveu alterações de entendimento (superação – *overruling*) em pouquíssimas de suas decisões anteriores (154 vezes – número irrisório em comparação com nossa jurisprudência instável e lotérica), ocorreu a demonstração empírica que casos decididos com coligações vencedoras mínimas entre os decisores (votos) estão mais propensos de serem superados, enquanto casos decididos por coalizões unânimes têm um risco muito menor, tornando-se mais perenes.[29]

Perceba-se, ainda, que para este efetivo uso desta *colegialidade corretiva* é absoluta-

27 HENDERSON, M. Todd. From "Seriatim" to consensus and back again: a theory of dissent, cit., p. 3. Cf. ZOBELL, Karl M. Division of opinion in the Supreme Court a history of judicial disintegration, *cit.*, p. 186-214.

28 PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: *Interpreting precedents*: acomparative study. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 477-478.

29 SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court Precedent. *Journal of politics*, v. 63, august 2001, p. 1091 -1111.

mente necessária a percepção de não ser mais possível julgamentos sem efetiva e prévia preparação.

Isto fica muito evidente nos julgamentos de primeiro grau, nos quais é imperativo o cumprimento de todos os aspectos normativos do art. 357 CPC-2015 (como fase preparatória) de modo a se facilitar a fundamentação das decisões, em conformidade com o art. 489, § 1º, CPC-2015 e tornar mais correto o emprego da filtragem das questões relevantes do processo (afastando-se, naquela etapa, as inúteis).

Igualmente a fase preparatória fica muito evidente nos recursos extraordinários repetitivos pelo teor da decisão de afetação (arts. 1.036 e 1.037 CPC-2015) que criam um dever de correlação para com o acórdão.

Nos demais recursos, tal função preparatória deve ser cumprida pelo *relatório* nos moldes do art. 489, I, CPC-2015. Como já explicado em outra sede:

> No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganha destaque *as novas funções do relatório* (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microssistema de litigiosidade repetitiva do CPC/2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover "a identificação do caso". Sabe-se que sob a égide do CPC/2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, § 1º, IV, 927, § 1º, 984, § 2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trouxer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do § 1º, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso. No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao *relatório*. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narrativa pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós-julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizados como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, inc. V) e *nunca* de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso em julgamento, será despiciendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, § 1º, inc. IV), salvo quando a parte trouxer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do *dever de consideração* (THEORORO JR *et al*, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos. Assevere-se que deve haver *integridade* (art. 926, *caput*) na reconstrução da história institucional

> de aplicação de decisões-modelo e de enunciados de súmula. Por isso, especialmente ao formar a decisão-modelo e editar o enunciado, o tribunal deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da matéria jurídica neles tratada, sendo inviável que se decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática.[30]

Esta função preparatória do relatório deve tornar seu uso uma importante ferramenta em prol da colegialidade e da melhoria das decisões de modo a se viabilizar a extração de fundamentos determinantes.

Percebe-se, nestes termos, que no CPC-2015 não será mais possível a preservação do procedimento decisório corriqueiro no Brasil no qual os juízes decidem sem uma prévia preparação (e em decisões plurais), sob pena de mantença das atuais mazelas que ampliam a necessidade de emprego de recursos, com consequente manutenção das altas taxas de reformas, aumento do tempo processual e indução de uma litigância irresponsável decorrente da instabilidade decisória e potencialidade de êxito em pretensões desprovidas de fundamentos.

Não se olvide, ainda, que o atual procedimento decisório fomenta a diversidade de entendimentos nos tribunais, com descumprimento da integridade, coerência e estabilidade (art. 926 CPC-2015), em face da ausência de *colegialidade corretiva* pelo fato de cada julgador isoladamente, sem balizas, analisar o caso seguindo pressupostos e concepções não problematizadas com os demais.

Este déficit torna ainda mais imperiosa a preparação efetiva de todos os julgamentos sob a égide do CPC-2015.

3. Colegialidade e vieses cognitivos

Precisamos sondar, ainda, se a colegialidade pode viabilizar uma correção normativa, ao lado da própria técnica recursal, e uma contramedida aos *vieses cognitivos* (*cognitive biases*):[31] deturpações de julgamento a que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores, como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo.

Como informado em outra sede

> (...) estudos empíricos (psicológicos e jurídicos), realizados com magistrados americanos, demonstram que o juiz sofre propensões cognitivas que o induzem a usar atalhos para ajudá-lo a lidar com a pressão da incerteza e do tempo inerentes ao processo judicial. É evidenciado que mesmo sendo experiente e bem treinado, sua vulnerabilidade a uma ilusão cognitiva no julgamento solitário influencia sua atuação. Um exemplo singelo encontrado nas pesquisas, que aclara esta situação, é a propensão do magistrado que indefere uma liminar, a julgar, ao final, improcedente o pedido. Por um efeito de bloqueio ficou demonstrado que o juiz fica menos propenso à mudança de sua decisão mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para a reflexão. Tal bloqueio cognitivo ocorre por causa da tendência a querer justificar a alocação inicial de recursos (fuga ao retrabalho), confirmando que a decisão inicial estava correta. Tal constatação deve induzir o fomento ao debate como ferramenta de quebra das ilusões e propensões cognitivas. E aqui poderíamos ampliar no caso brasileiro para o uso de ementas de julgados e súmulas sem reflexão e como âncoras facilitadoras dos julgamentos, com o único sentido privado de otimizar numericamente o número de decisões. Faz-se uso de súmulas e "precedentes"

30 NUNES, Dierle; HORTA, André. Doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella (coord). *PRODIREITO Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Artmed Panamericana Editora, 2015.

31 Para uma introdução sobre o tema: FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual, 90* (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 153-173.

sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a *ratio decidendi (fundamento determinante)* com algum trecho da ementa ou do voto. Ademais, não podemos nos olvidar da denúncia empreendida por Carlos Maximiliano por mera observação, em 1925, de que os profissionais tendem à lei do menor esforço no uso do direito jurisprudencial. O jurista jamais imaginaria como este uso seria mais vocacionado ao que criticava e que estudos empíricos atuais informariam que isto decorreria inclusive da propensão de confirmação (*confirmation bias*) que induz o intérprete a um raciocínio distorcido, de uso e confirmação de todo material (*v.g.*, provas, julgados) que atesta uma versão dos fatos (que acredita) e negligencia e despreza a tudo que a contradiz. Tal percepção de contaminação cognitiva e ausência de neutralidade em outros países induzem a promoção de estudos sérios com a finalidade de criação de contramedidas. O *National Center for State Courts* (NCSC), por exemplo, organizou um projeto piloto de três estados (Califórnia, Minnesota e Dakota do Norte) para ensinar juízes e funcionários do tribunal as propensões do magistrado ao julgar em matéria que envolva preconceito. Em verdade, foi necessário demonstrar cientificamente aos juízes as cognições sociais implícitas, os problemas destas propensões cognitivas (para tomada das apontadas e contramedidas técnico-processuais) e os riscos que elas trazem para o bom julgar, inclusive aumentando a importância do sistema recursal. Todas estas constatações que mostram a autenticidade de preocupações acadêmicas envolvendo a crítica ao solipsismo e protagonismo judiciais, de um lado, e com a busca estratégica de sucesso, inclusive de má-fé, além da atecnia, por parte dos advogados, de outro, demonstram empiricamente a existência do problema e a necessidade de dimensionamento de contramedidas processuais com a finalidade de esvaziar e controlar *os comportamentos não cooperativos* e contaminados de todos os sujeitos processuais.[32]

Levar a sério estes vieses não significa buscar e acatar necessariamente uma concepção de índole realista (realismo jurídico que de modo recorrente aposta na força decisória embasada no discurso positivista da autoridade do decisor para criar o direito), que aqui se rechaça, mas de mediante sua percepção se gerar constrangimentos racionais (embasados numa leitura forte dos princípios processuais constitucionais) para que o uso da linguagem, pelo decisor e partes, se estruture de modo que se desincumbam de seus ônus argumentativos e promova-se a formação dialógica das decisões, impedindo-se escolhas solitárias e exercícios discricionários do poder.[33]

32 THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização,* cit., p. 64-65; 87-89, *passim*.

33 Não se pode negligenciar que algumas correntes realistas denunciam os riscos do decisionismo e buscam criar constrangimentos materiais para os decisores. Just e Assis pontuam "a necessidade de legitimar a decisão interpretativa junto aos seus destinatários, assim como de persuadir os membros de um órgão colegiado, quando for o caso. Tal constituiria uma constrição objetiva que obrigaria a recorrer a argumentos extraídos da verdade do texto (*sic*), ou, mais genericamente, a fundamentar a decisão afirmando que ela decorre de uma norma. A melhor fundamentação, desse ponto de vista, consistiria em afirmar que não se poderia agir de outro modo, isto é, numa dissimulação do poder de que deveras se dispõe. 2) O intérprete se veria obrigado, lado outro, a fim de preservar a sua posição relativa no sistema de competências, a levar em conta o modo como os demais atores poderiam exercer suas próprias competências. Num sistema de balanceamento de poderes as normas organizam as relações entre autoridades de tal forma que o poder discricionário de uns dissuade os outros de exercerem desmesuradamente o seu próprio poder discricionário. Por exemplo, uma corte constitucional pode ver-se constrangida a modular os efeitos de sua decisão de forma a não provocar o exercício do poder de reforma que pode ser de seu interesse evitar, de acordo com as circunstâncias. 3) Ao fim, o intérprete seria constrangido a ser coerente com os métodos e os conceitos que utiliza com vistas à manutenção de seu poder de dizer o direito. Poder este que é definido como a capacidade de influenciar o comportamento de outrem, para o que a sua manutenção depende do uso moderado, traduzindo-se pela estatuição de regras gerais e estáveis, uma vez que,

E, perceba-se, este *ônus argumentativo* imposto aos juízes no art. 489, § 1º, CPC-2015 *deve ser aplicado como um espelho para a atividade postulatória das partes* e advogados, ou seja, do mesmo modo que o juiz, por exemplo, não pode(rá) "se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a questão" ou "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso", pelos deveres normativos de cooperação e boa-fé objetiva o advogado deverá levar a sério todos estes imperativos em sua postulação.

Exemplo disto é se, de um lado, existe uma previsão legal de omissão quando o juiz não analisa o conteúdo de julgados formados pelo microssistema de litigiosidade repetitiva (art. 1.022, parágrafo único, CPC-2015), de outro, o advogado deve levar as mesmos pronunciamentos a sério ao elaborar a petição inicial, seja pelo risco de julgamento liminar de improcedência (art. 332 CPC-2015), seja pela perda da oportunidade de obtenção de uma tutela provisória da evidência (art. 311, II, CPC-2015).

Se no *common law* existem algumas *regras processuais de grande valor moral*, como esta que obriga a parte, sempre, a citar todos os precedentes contrários à sua pretensão, no CPC-2015, em face da tendência de uso estratégico de julgados somente para confirmar sua linha de defesa (ou pré-compreensão no caso do decisor), *estes ônus* de explicitação dos entendimentos mediante o uso técnico da distinção ou superação *são normativos e contrafáticos* (corretivos do uso estratégico de julgados).

Pontue-se, ainda, no que tange a atividade decisória, que um Estado democrático de direito não tolera discursos solitários de poder de modo que *todo poder deva ser processualizado*, ou seja, exercido mediante o debate em contraditório substantivo e de modo que tal *diálogo genuíno* seja sempre visto como um pressuposto essencial dos pronunciamentos judiciais.

Mas, retornando mais precisamente às *cognitive biases*, um dos mais perigosos vieses que os decisores padecem certamente é o "de confirmação" (*confirmation bias*), ou seja, uma tendência para testar uma hipótese, procurando por casos que confirmem sua pré-compreensão[34] ao contrário de procurar a resposta correta do caso.[35] A mesma resulta de um procedimento cognitivo (heurística) baseado em expectativas e na tendência natural dos seres humanos para ver o que eles esperam ver.[36]

O uso de julgados (ou pior, de suas ementas) no Brasil com muito pouca recorrência são fruto de uma análise profunda de seus pressupostos (analogia integral do caso atual e passado), mas mediante uma escolha daquela decisão que ateste uma determinada linha de raciocínio.

Como combate a estas deturpações de-

se as jurisdições superiores viessem a atribuir qualquer significado a qualquer texto, as jurisdições inferiores e os próprios jurisdicionados não teriam como regular as suas próprias condutas. No exemplo do juiz constitucional, uma sequência de interpretações arbitrárias poderia conduzir a que se colocasse em questão a sua legitimidade, mas, sobretudo, ele não poderia continuar a determinar, como atualmente o faz, o conteúdo de toda a legislação futura" JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo; ASSIS, Igor. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, v. 5, n. 8, jan-jun. 2014, p. 168. Os próprios autores constatam algumas incongruências no discurso realista e que o projeto estaria inacabado. Preferimos pontuar que o discurso positivista/realista está umbilicalmente ligado a concepções que aposta em virtudes que os decisores, por serem humanos, não conseguem atingir em termos de *fairness*.

34 RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The daubert/kumho implications of observer effects in forensic science: hidden problems of expectation and suggestion, 90 *Calif. Law Review*. 1, p. 9, 2002.

35 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. Precedentes no Novo CPC: é possível uma resposta correta? *Revista Justificando*. 2015. Acessível em: <http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta->.

36 RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The daubert/kumho implications of observer effects in forensic science: hidden problems of expectation and suggestion, cit.

cisórias, o processo (constitucionalizado, com garantias *v.g.* do contraditório e do devido processo constitucional) acaba viabilizando uma contramedida corretiva (contrafática) aos vieses (*debiasing*)[37] especialmente porque um "problema para muitas decisões é que as pessoas fazem julgamentos com base na informação limitada que vem à mente ou entregues pelo ambiente, que é muitas vezes incompleta ou tendenciosa – um fenômeno que Kahneman (2011) chama de 'o que você vê é tudo que existe'.".[38]

Nestes termos *o processo constitucional acaba servindo de garantia dialógica de debiasing.*

Os "números"[39] do sistema processual brasileiro favorecem evidentes deturpações cognitivas por inúmeros fatores, entre eles, o limitado tempo ofertado para o deslinde de cada caso.

E, neste contexto, há de se perceber que alguns esforços de "*debiasing*", corretivos das distorções decisórias, somente terão sucesso se os vieses forem percebidos e os decisores (participantes) puderem ser persuadidos de que seus preconceitos resultam decisões ruins com consequências no seu trabalho e no seu mundo real,[40] como, por exemplo, em face da constatação do aumento das taxas de reforma decisórias, no decorrente retrabalho, aumento do tempo processual, sem olvidar, por óbvio, do evidente descumprimento ao devido processo constitucional, que busca viabilizar a obtenção da resposta correta para cada caso em apreciação do Poder Judiciário.

Para tanto, a colegialidade como método de controle deve ser submetida ao teste empírico para verificar se há melhoria dos julgamentos e se criar um sistema eficiente de verificação de erros, buscar sinergias por agregar conhecimentos complementares entre pessoas que interagem, sem olvidar na melhoria estatística, pelo aumento de experiência utilizada para tomar uma decisão.[41]

37 Debiasing refers to any technique that is designed to prevent or mitigate cognitive bias. LARRICK, Richard P. *Debiasing. Blackwell handbook of judgment and decision making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004, p. 326-327.

38 SOLL, Jack B.; MILKMAN, Katherine L.; PAYNE, John W. A user's guide to debiasing. June 17, 2014. Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making, Gideon Keren and George Wu (Editors).

39 "Os aumentos com as despesas e com a força de trabalho foram acompanhados do aumento na quantidade de casos novos e do estoque, em 1,2% e 4,2% no último ano, respectivamente, o que impactou o crescimento da carga de trabalho por magistrado (1,8%), sendo que tramitaram, no ano de 2013, em média, 6.041 processos por magistrado. Em linhas gerais, há um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas. Enquanto que, no último ano (2013), houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no número de magistrados e 2% no de servidores, tramitaram cerca de 3,3% a mais de processos nesse período, sendo 1,2% a mais de casos novos e 4,2% de casos pendentes de anos anteriores. Já o total de processos baixados aumentou em apenas 0,1% em relação ao ano anterior, ou seja, o aumento na estrutura orçamentária, de pessoal e da demanda processual dos tribunais não resultou necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade. Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13,9%). Apenas para que se tenha uma dimensão desse incremento de processos, a cifra acrescida no último quinquênio equivale a soma do acervo total existente, no início do ano de 2013, em dois dos três maiores tribunais da Justiça Estadual, quais sejam: TJRJ e TJMG. O total de processos baixados, por sua vez, aumenta em proporções menores desde o ano de 2010, com crescimento de 0,1% no último ano e de 9,3% no quinquênio. Tal comportamento é semelhante ao apresentado pelos casos novos, conforme o Gráfico 9. Desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes. Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminui desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013." CNJ, Relatório Justiça em Números, 2014, p. 34 e 35. Acessível em: <http://migre.me/m4Pls>.

40 LILIENFELD, Scott O.; AMMIRATI, Rachel; LANDFIELD, Kristin. Giving debiasing away can psychological research on correcting cognitive errors promote human welfare? *Perspectives On Psychological Science*, v. 4, n. 4, 2009, p. 394.

41 LARRICK, Richard P. *Debiasing*, cit., p. 326-327.

Isto não pode desprezar a constatação de Hübner Mendes de que:

> (...) a capacidade interpretativa singular da corte é uma mistificação que não se verifica na realidade. Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípio.[42]

Ao lado desta percepção, como atesta Larrick, há de perceber que a colegialidade *de per si* em testes empíricos não garante melhoria decisória, pois membros de um mesmo grupo tendem a manter uma visão semelhante do mundo – e pontos cegos semelhantes.[43] Isto faz com que devamos usar a colegialidade para ampliação do espectro de debates, de modo que cada julgador análise os mesmos pontos de discussão que devem se fazer presentes no relatório do caso (art. 489, I, CPC-2015) mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses independentemente uns dos outros antes de trabalhar em grupo para deliberar e decidir; uma vez que, em processos julgados por um grupo, ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades.

4. Modificação de votos até o resultado

Ainda no tema ora em comento, precisamos perceber alguns aspectos dogmáticos relevantes.

Como corolário da colegialidade há de se perceber a possibilidade expressa no art. 941, § 1º, CPC-2015 [44] de durante a deliberação pública, mediante apresentação dos votos, os magistrados modificarem seu entendimento.

Esta situação já era abordada pela doutrina mais abalizada sob a vigência do CPC-1973, mas inexistia previsão expressa na legislação, somente entendimentos nos tribunais.[45]

Barbosa Moreira, acerca do tema ponderava com a precisão de costume[46] que

> (...) não raro acontece que algum dos juízes, depois de votar, movido por argumentos novos, que se vêm a suscitar na discussão subsequente, ou pela melhor ponderação dos que já haviam sido suscitados, chega a convencer-se de que a solução correta é diferente daquela a cujo favor se manifestara. Seria absurdo proibir-se em termos absolutos a modificação do pronunciamento emitido, pois assim se eliminaria precisamente

42 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: USP, 2008, p. 127. (tese de doutoramento). Em outro trecho o autor pondera que: "Os juízes estão constrangidos pelo sistema político que os circunda. Pensar no papel do juiz exclusivamente a partir de regras de interpretação teria criado uma grande miopia cognitiva. Há muitos outros elementos que limitam o seu poder. Friedman os chamou de 'círculos concêntricos de influência'. Quatro seriam os níveis principais, que se combinam de maneira peculiar em cada situação: primeiro, o juiz está imerso em uma interação estratégia com outros juízes dentro de um colegiado (espaço em que não há apenas deliberação ou agregação, mas também barganhas e acomodações); segundo, pelas pressões impostas por instâncias inferiores do judiciário; terceiro, pelos outros poderes; e, finalmente, pela opinião pública. Diferentes são os incentivos para atentar-se a cada um desses limites. Credibilidade institucional, reputação e risco de desobediência são os principais deles. Correspondem a constrangimentos que juízes necessariamente enfrentam, e que teorias da interpretação ignoram.", p. 135-136.

43 LARRICK, Richard P. *Debiasing*, cit.

44 "Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. § 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído".

45 "PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO. RETIFICAÇÃO DE VOTO E RETIFICAÇÃO DO JULGAMENTO: NULIDADE. CPC, artigos 463, 556 e 563. I. - Impossibilidade de retificação, em sessão seguinte, de votos e do julgamento já proclamados, dado que, proclamada a decisão, o Tribunal cumpre e acaba o oficio jurisdicional, só podendo altera-la nos casos inscritos nos incisos I e II do art. 463, CPC. II. - Nulidade dos atos processuais seguintes a conclusão para o fim de ser lavrado o acórdão. III. - Recurso provido". STF, RMS 21.827, 2ª T, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 25-03-1994, p. 06012. Tal entendimento foi criticado em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?, *in Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Saraiva, 2001, p. 107 *et seq.*

46 Ao comentar o art. 555 do CPC-1973.

> *a grande vantagem do julgamento colegiado*, que reside em propiciar a influência dos raciocínios expostos pelos diversos votantes sobre a formação do convencimento dos seus pares. Por outro lado, é intuitivo que a possibilidade de modificar o voto proferido não há de prolongar-se indefinidamente, sob pena de comprometer, de modo intolerável, a estabilidade dos julgamentos e a segurança das partes.[47]

Em decorrência do silêncio do CPC-1973 acerca do tema, o CPC-2015 estabelece a possibilidade de alteração do voto *até a proclamação do resultado pelo presidente do colegiado. Este é o marco de alteração dos votos.*

5. Incidente de ampliação do colegiado para julgamentos não unânimes – art. 942 CPC-2015 [48]

De todos os aspectos até o presente momento enfrentados percebe-se que o CPC-2015 prestigia a ampliação do colegiado em julgamentos. Isto claramente é prescrito com a necessidade de grupos de juízes mais amplos e dialógicos para a formação de parcela de seus precedentes, como serão as hipóteses de julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC – art. 947, § 1º, CPC-2015) e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – art. 978 CPC-2015).

E, dentro deste marco, a nova legislação estabelece que, em alguns *pronunciamentos dos tribunais não unânimes*, será possível a ampliação incidental do colegiado mediante técnica disposta no seu art. 942 CPC-2015, que, vem posta como um substitutivo de um recurso previsto no CPC-1973 (embargos infringentes) que sofria críticas recorrentes em face do discurso jurídico de diminuição dos recursos, como se os mesmos fossem a verdadeira causa dos déficits de celeridade e resultados de nosso sistema jurídico.

Como já apontamos, os problemas de celeridade do sistema encontram-se mais ligados à quantidade de demandas existentes, ausência de administração adequada das rotinas administrativas, baixo ataque dos tempos mortos, entre outros fatores.[49]

Lima, comentando o equívoco deste discurso em 1976, dizia que

> (...) como decorrência das objeções à existência do segundo grau, em qualquer de suas modalidades, apresenta-se uma solução extremamente simplista: *abolir os recursos*, o que importa, em última análise, em suprimir o segundo grau. Isso, porém, não resolveria o problema, no seu verdadeiro sentido jurídico e ético. Outro mal surgiria, pelo arbítrio concedido aos juízes inferiores, pelo desgaste do prestígio do Poder Judiciário, pelo ambiente de insegurança no seio da coletividade, pela possibilidade, até, de gerar opressão estatal. A história demonstra que o instituto recursório tem sido um dos meios mais eficientes contra a tirania

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2002, p. 650.

48 "Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º. Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. § 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º. A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I – ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II – agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º. Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I – do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II – da remessa necessária; III – não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial".

49 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 169, 2009, p. 116-140.

> dos governantes. Além disso, a supressão dos recursos "equivaleria a um sistema de tratamento que terminará com as doenças, matando os enfermos".[50]

Já tivemos oportunidade de explicar em outra sede alguns dilemas do art. 942 CPC-2015 e seu papel como substitutivo do recém extinto recurso de embargos infringentes:[51]

> O recurso de embargos infringentes é instituto peculiar do sistema processual luso-brasileiro, sendo que, no direito português, tal recurso foi suprimido do ordenamento jurídico em 1939.[52] A manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro é objeto de controvérsia na doutrina, diante do antigo dilema entre celeridade processual e segurança jurídica[53] [54]. Na versão originária do Código de Processo Civil de 1973, os embargos infringentes eram cabíveis contra julgamentos não unânimes proferidos em apelação ou ação rescisória, sendo irrelevante se a sentença era terminativa ou com resolução de mérito, bem como se houve a reforma, anulação ou manutenção da sentença. Contudo, com o advento da Lei nº 10.352/2001, houve a exigência de que o acórdão não unânime tivesse reformado, em grau de apelação, sentença de mérito, ou seja, adotou-se o critério da retirada de cabimento na hipótese de dupla sucumbência (dupla conformidade). Já o Código de Processo Civil de 2015 extingue o recurso de embargos infringentes, cambiando seu perfil recursal em técnica de julgamento. O artigo 942 do novo CPC disciplina que, quando o resultado do julgamento da apelação não for unânime, haverá a sua suspensão, prosseguindo após a convocação de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Note-se que o *caput* do artigo 942 não exige que a sentença seja de mérito e não estabelece que o resultado não unânime do julgamento da apelação esteja reformando a sentença, para que seja aplicada a nova técnica de julgamento. Contudo, o § 3º do artigo 942 do novo Código de Processo Civil prevê que essa técnica de julgamento também se aplique à ação rescisória, quando o resultado for a rescisão do *decisum*, bem como ao agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma de decisão interlocutória que julgar parcialmente o mérito. Isto geraria numa interpretação literal a conclusão de que o critério da dupla sucumbência aplicar-se-ia em julgamentos de rescisória e agravo de instrumento, mas não no julgamento da apelação. No entanto, esta análise criaria uma incongruência com o sistema do Código de modo que, apesar do *caput* do artigo 942 não dispor expressamente sobre o tipo da sentença (com resolução de mérito ou terminativa) e sobre o resultado do julgamento (anulação, reforma ou manutenção da sentença), entendemos que essa técnica somente será cabível no julgamento não unânime que reformar

50 LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 399.

51 NUNES, Dierle; DUTRA, Victor; OLIVEIRA JR., Délio Mota de. Honorários no recurso de apelação e questões correlatas. *In*: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários advocatícios. Grandes temas do Novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 635-637.

52 BARBORA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, v. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 516.

53 Na Exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid ponderou que "a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão". (BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Item 35 da Exposição de Motivos, p. 36).

54 Favoráveis a supressão dos Embargos Infringentes no sistema processual brasileiro: LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos no anteprojeto do código de processo civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 386, p. 11. ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*. São Paulo, 1965, p. 68. Em sentido contrário: JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord: Tereza Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 262

> sentença de mérito, na medida em que o *dispositivo deva* ser interpretado em sintonia com sua integralidade e coerência, levando em consideração o § 3º do artigo 942. Destaque-se, ainda, que o novo Código de Processo Civil assegura às partes e a eventuais terceiros o direito de produzirem nova sustentação oral, em razão da convocação dos demais julgadores. Esta sistemática da nova técnica decisória, quando configurada a hipótese de cabimento, deve ser observada e aplicada de ofício pelo tribunal, independente de requerimento das partes ou interessados, na medida em que decorre de imposição legal. Constata-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil, apesar de suprimir o recurso de embargos infringentes, tornou-o técnica de julgamento, com o intuito de permitir a ampla rediscussão da causa, possibilitando que os julgadores examinem a matéria controvertida com mais afinco. A alteração legislativa visa garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, ao mesmo tempo em que assegura a razoável duração do processo, eliminando o tempo de interposição do recurso de embargos infringentes e reduzindo o seu processamento. Entretanto, corre-se o risco desta técnica de julgamento ter a consequência de eliminar a instauração da divergência entre os julgadores, que preferirão chegar em um (pseudo) consenso antes do julgamento (em seus gabinetes), com a finalidade de evitar o procedimento legal de suspender o julgamento e convocar outros desembargadores para dirimir a controvérsia.[55]

Esta potencial formação de falsos consensos para se evitar o emprego do incidente em comento seria, ainda, o lócus para se retornar à discussão da mudança do modelo de deliberação e elaboração do acórdão eis que a mudança do método *seriatim* para o modelo *per curiam* do proferimento de decisão pelo colegiado (acima explicado no item 2) poderia mitigar o empobrecimento que os pseudoconsensos poderão gerar na prática.

A elaboração de uma acórdão em texto único linear (ao invés de votos isolados) constando todos os debates dos julgadores poderia facilitar na extração dos fundamentos determinantes, tão caros ao novo sistema de precedentes adotado.

Além do risco desta imposição estratégica de falsos consensos, o incidente de ampliação de colegiado, como pontua Couy, pode gerar outros questionamentos:

> É preciso verificar sob a perspectiva do processo constitucional se com a "*técnica de julgamento não unânime*", é possível garantir o amplo espaço discursivo assegurado constitucionalmente, já que a mencionada mudança não prevê sequer a remessa de cópia das peças principais a todos os julgadores para permitir a revisão do acórdão não unânime e a análise detida e prévia de todo o conteúdo das questões a serem julgadas. Assim, constata-se que com a nova "*técnica de julgamento*" há um risco considerável de a Turma Julgadora não ter sequer efetivamente prévio acesso à íntegra dos autos do processo, com prévia análise de todos argumentos e questões, o que acarretará, consequentemente, a ausência de debate de forma comparticipada, com garantia de influência, comprometendo-se a possibilidade de reversão do julgado. Outro ponto é que não seria razoável o prosseguimento do julgamento na mesma sessão, caso seja possível, diante da existência de Desembargadores suficientes para reverter o julgamento, em virtude de voto divergente, porque certamente contraditório e ampla defesa nesta hipótese seriam tão somente *pro forma*, já que não asseguram o devido processo legal de forma plena, diante da ausência na prática do amplo debate e menos ainda análise detida dos autos do processo, com decisão fundamentada em relação aos demais Desembargadores que

55 Destaque-se que o recurso de embargos infringentes, previsto no Código de Processo Civil 1973, viabilizava um alto índice de sucesso e representava um percentual muito baixo dos feitos dos tribunais, de modo que entendemos que não havia razão para a sua supressão no Código de Processo Civil de 2015.

> passarem a julgar os embargos infringentes na mesma sessão em que se iniciou o julgamento com voto divergente. Não há como haver ampla defesa e comparticipação plena, com análise de todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes pelos novos Julgadores, já que não há como fazer tal estudo na própria sessão de julgamento.[56]

Percebe-se que a nova técnica somente viabilizará uma colegialidade corretiva caso não se prossiga o julgamento na mesma sessão de julgamento (como permitido em seu § 1º) de modo a salvaguardar a possibilidade de deliberação embasada em amplo conhecimento da causa ou recurso em julgamento. Caso contrário, poderemos abrir tão só um aumento numérico de votantes mas não a uma melhoria decisória.

Nestes moldes, uma interpretação constitucionalmente conforme impõe a impossibilidade de continuidade do julgamento na mesma sessão de modo a subsidiar aos demais votantes possibilidade de efetivo conhecimento do caso.

No entanto, para os advogados, em face do novo incidente e da possibilidade de continuidade de julgamento na mesma sessão (que reputamos constitucionalmente inadequada), seria relevante, em algumas hipóteses (muito específicas), por cautela, a apresentação de memorial para os julgadores que, em princípio, não participariam do julgamento pela potencialidade de ampliação do colegiado.

6. Considerações finais

O modelo normativo comparticipativo do CPC-2015 procura constituir novas premissas decisórias nas quais o debate genuíno deva ser encarado como pressuposto dos julgamentos, mediante a adoção de efetivas fases preparatórias e de uma nova *colegialidade corretiva* que não seja uma reprodução do erro em grupo, nem uma ferramenta metodológica de legitimação de uma decisão superficial tomada por um e chancelada acriticamente pelos demais julgadores nos tribunais.

Igualmente, devemos problematizar a prática viciada de decisões plurais das quais não se torne possível a extração de fundamentos determinantes.

A colegialidade corretiva deve ser encarada como uma garantia vinculada ao contraditório dinâmico (previsto nos arts. 5º, LV, CRFB/88, 10 e 933 CPC-2015) de modo a se estruturar um modelo deliberativo do qual se consiga extrair julgados com fundamentação panorâmica e profunda, hábil de ser aplicado como precedente e favorecer a aplicação do direito.

Especialmente na formação dos precedentes obrigatórios, a colegialidade deve assumir um papel diferenciado para que o tribunal julgue melhor e otimize o trabalho futuro dos próximos decisores. Ampliar o debate nos primeiros julgados para facilitar a aplicação legítima e eficiente do direito nos demais.

Tal garantia permitirá inclusive a mitigação de vieses cognitivos tão recorrentes em qualquer contexto decisório, na vida ou no direito, e que reduzem o alcance de uma decisão correta.

Se o que se busca é um modelo de processo eficiente e em conformidade com os ditames do constitucionalismo democrático, a colegialidade corretiva deverá promover a adequação do ordenamento jurídico a um modelo deliberativo e comparticipativo.

O CPC-2015 é uma grande oportunidade de reflexão de nossas práticas viciadas.

Que tenhamos a humildade para perceber nossos erros e limitações e a coragem para nos abrirmos a novas perspectivas melhores e mais democráticas.

56 COUY, Giselle Santos. Da extirpação dos embargos infringentes no novo código de processo civil – um retrocesso ou avanço? *Doutrina selecionada*: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões jurídicas, v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 28

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Algumas perspectivas do processo coletivo frente ao Novo CPC

Eduardo Arruda Alvim

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de doutorado, mestrado, especialização e bacharelado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Acadêmico titular da Cadeira nº 20 da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal, incumbida da elaboração de Anteprojeto de Nova Lei de Arbitragem e Mediação. Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Processo Constitucional do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Diretor da Revista Forense. Advogado.

Angélica Arruda Alvim

Professora de Direito Civil da PUC/SP. Advogada.

Desde o último quartel do século XX, a grande novidade do processo tem sido a possibilidade de tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de forma mais e mais eficaz, por intermédio das denominadas ações coletivas. Nesse contexto, outorgou-se legitimidade a determinados órgãos para tal finalidade.

As ações coletivas ganharam força e notoriedade com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), mas, é bem verdade, leis anteriores já haviam, de certa forma, rompido com a estruturação básica do Código de Processo Civil, voltado à solução de conflitos individuais. Assim, pode-se referir a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e, em seguida, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, dentre outras novidades, previu o mandado de segurança coletivo, no seu art. 5º, LXX, *a* e *b*,[1] conferindo legitimidade para: (*i*)

1 Que tem o seguinte texto: "Art. 5º. (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: *a*) partido

partido político com representação no Congresso Nacional (alínea *a*); e (*ii*) *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.*

Sucessivamente, a Lei nº 12.016/2009 veio a disciplinar o mandado de segurança coletivo na esfera infraconstitucional.

É de todo conveniente observar, nesse passo, que as ações que possuem natureza coletiva vêm ao encontro de moderna tendência do direito processual, dado serem ações que têm o condão de tratar, em um só processo, e, por isso, com grande economia processual, do interesse de um grande – por vezes até indeterminado – número de pessoas.

Nesse contexto, dois fatores devem ser analisados com particular interesse: a legitimidade para agir nas ações coletivas e o regime diferenciado da coisa julgada, em relação àquele que é próprio das ações individuais. Como é facilmente perceptível, há um rompimento com as regras cardeais do Código de Processo Civil, concebido e voltado à solução de conflitos individuais.

Deveras, as ações coletivas implicam ruptura com regras fundamentais do Código de Processo Civil, dentre as quais aquela insculpida no art. 506 do CPC/15,[2] na medida em que é da essência dos processos coletivos que seus efeitos afetem os que "estão fora do processo", e, não os que atuam.

Tem-se, na verdade, que o processo coletivo envolve categorias de interesses – difusos e coletivos – que sequer foram considerados pelo regime do CPC/73. Todavia, vieram a ser considerados no CPC/15.

São interesses transindividuais indivisíveis e a legitimidade que é própria daqueles que podem persegui-los em juízo, Nelson Nery Junior e Rosa Nery chamam de "legitimação autônoma para condução do processo".[3]

O processo coletivo também envolve a possibilidade de tutela coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos que, pela dimensão que assumem, podem ser tratados coletivamente. Nesse caso, pode-se falar com mais propriedade que aqueles legitimados a persegui-los em juízo agem como substitutos processuais.

Mais do que a noção de coisa julgada nas ações coletivas, alterou-se, é certo dizer, o próprio espectro da eficácia das sentenças. Perceba-se que no processo tradicional esses efeitos circunscrevem-se às partes, via de regra, enquanto nas ações coletivas ter-se-á um processo que é idealizado, justamente, para atingir quem não é parte no processo.

A coisa julgada, no Código de Processo Civil de 2015, a teor do que dispõe o artigo 506, atinge apenas quem tenha sido parte no processo, não prejudicando terceiros. É dizer, a imutabilidade do que tenha sido decidido, quando tenha havido julgamento de mérito (art. 487 do CPC/15), atinge apenas quem tenha sido parte.

É um sistema nitidamente idealizado para que cada um vá a juízo perseguir seus próprios interesses. Essa a regra geral do Código de Processo Civil. Cada qual vai a juízo, se quiser, cuidar dos seus próprios interesses, e, por isso mesmo, o que for decidido, atinge apenas aquele que moveu a ação, não prejudicando terceiros.

Trata-se da regra da coisa julgada *inter partes*, expressa no multicitado art. 506 do Código de Processo Civil de 2015, a qual se forma sempre, em tendo havido decisão de mérito.

Diversamente, coloca-se o sistema próprio das ações coletivas, e que atualmente se encontra regulado com minúcias na parte pro-

político com representação no Congresso Nacional; *b*) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados."

2 "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros."

3 Cf. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.426.

cessual do Código de Defesa do Consumidor,[4] [5] rompendo com essa ideia nuclear que informa o Código de Processo Civil, e na linha do que vimos acima. Aquilo que é exceção no sistema do Código de Processo Civil (a coisa julgada atingir quem não tenha atuado no processo) é a regra em se tratando de ações coletivas.

Mais do que isso, é da própria essência das ações coletivas. A alteração profunda do âmbito subjetivo dos efeitos da ação coletiva e da noção de coisa julgada, que subsistem no processo tradicional, tais como sempre foram aí regulados, está imbricada com a alteração da legitimidade nas ações coletivas. Ao referirmo-nos a *efeitos da sentença* e *coisa julgada,* tanto no processo voltado a conflitos individuais, quanto no das ações coletivas, não significa que essas noções não se distingam, entre si, senão que as expressões são utilizadas com o fito de contrastar o significado de ambas, lado a lado, na sede do processo tradicional e no âmbito do das ações coletivas.

A possibilidade da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos trouxe, pelo menos, duas grandes vantagens. Por primeiro, permitiu que uma parcela expressiva da população, economicamente alijada do acesso ao Judiciário, pudesse beneficiar-se das ações coletivas. Mas, não apenas isso. Possibilitou, ainda, que questões que isoladamente consideradas não têm grande repercussão, cheguem ao Judiciário, porque, tratadas em conjunto, apresentam relevância tal, que justifica que possam ser perseguidas pelos entes legitimados a tanto, beneficiando, com isso, a um imenso número de pessoas, que, sozinhas, muito possivelmente não bateriam às portas do Judiciário para dirimir questões individuais de pequena importância, se individualmente consideradas.[6]

Neste sentido, são as ações ajuizadas pelos entes legitimados (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) versando interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inc. III, do mesmo diploma legal).

Não se deve perder de vista, porém, que os entes legitimados à ação civil pública deverão lançar mão desse poderoso instrumento constitucional, tendo em vista os objetivos que eles próprios estão autorizados por lei a perseguir. Assim, se é certo que o órgão do Ministério Público pode utilizar-se da ação civil pública para perseguir interesses individuais homogêneos, de outro lado é igualmente correto asseverar que não deverá distanciar-se, o *parquet*, dos seus fins institucionais (CF/88, art. 127, *caput* e art. 129, inc. III), com o que queremos afirmar que, para tal mister, o Ministério Público deve, sempre, guiar-se pelas balizas constitucionais e legais.

Nesse contexto, soa equivocada a transposição, pura e simples, de conceitos já arraigados na sistemática do Código de Processo Civil, em especial o de substituição processual, para caracterizar-se a atuação em juízo dos que agem em prol de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. Nem mesmo no caso de interesses individuais homogêneos, segundo pensamos, pode-se falar com inteira propriedade em substituição processual.

Deveras, se é correto asseverar que no caso dos interesses individuais homogêneos há algo mais próximo da substituição pro-

4 Que se constitui, pode-se dizer, em verdadeira *Parte Geral do Processo Coletivo*.

5 Vale lembrar que antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) já disciplinava as ações coletivas propostas com o fim de preservar os interesses e direitos protegidos por essa mesma lei nos arts. 208 e ss. Tanto é assim que o Capítulo VII, do Título VI, da Parte Especial da Lei nº 8.069/90 restou intitulada "Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos".

6 Em interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o Min. Humberto Gomes de Barros, reconheceu-se que "As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia" (trecho da ementa – MS 5.187/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 29.6.1998).

cessual do que sucede no caso dos difusos e coletivos (em relação a essas duas hipóteses, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery falam em legitimação autônoma para a condução do processo),[7] ainda assim, há profundas diferenças com o regime do Código de Processo Civil.

Veja-se que a substituição processual, que é espécie de legitimação extraordinária, consubstancia, no sistema do Código de Processo Civil, uma situação excepcional, dependente, sempre, de lei expressa (art. 18 do CPC/15); já no sistema do Código de Defesa do Consumidor, o atuar dos entes legitimados pelos incisos I a IV do art. 82 (Ministério Público; União; Estados; Municípios e Distrito Federal; entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à tutela dos direitos protegidos por este Código e associações constituídas há mais de ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear) em prol de interesses individuais homogêneos é a regra, e não a exceção.

Ademais, o atuar do substituto processual atinge o substituído para beneficiá-lo e para prejudicá-lo. Inclusive, o parágrafo único do art. 18 do CPC/15, prescreve que, havendo substituição processual, o substituto poderá intervir como assistente litisconsorcial. Já no sistema do Código de Defesa do Consumidor, os potenciais titulares de interesses individuais homogêneos não são, jamais, prejudicados pelo resultado adverso da ação coletiva, a menos que nesta tenham intervindo como litisconsortes (parte final do § 2º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor).

Vê-se, como é evidente, que a sistemática criada pelo legislador acaba por desestimular a intervenção do interessado como litisconsorte em ações versando interesses individuais homogêneos. De qualquer forma, para os fins deste trabalho, em que pesem as afirmações acima apontadas, trataremos esta hipótese (interesses individuais homogêneos) como sendo de substituição processual.

De outro modo, deve-se consignar que a adoção da regra da coisa julgada *secundum eventum litis* pelo sistema do Código do Consumidor, e que norteia todas as ações de natureza coletiva, teve como base o sistema americano das *class actions*, sofrendo, todavia, mutações para adequar-se à realidade brasileira.

No sistema americano exige-se que a associação ou outro ente legitimado comprove que efetivamente representa os associados (*adequacy of representation)* e que todos os associados sejam informados da existência da ação (*fair notice*), para que possam optar entre aderir à ação, não se manifestar ou sair da ação.[8] Verifica-se, assim, que o sistema americano não adotou o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que o indivíduo será ou não beneficiado conforme a sua opção de se sujeitar ou não à ação coletiva.

Cabe também referir, sobre o tema, trabalho de Antonio Gidi,[9] que estudou com profundidade o assunto e que aborda a "*Rule*

7 *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.426.

8 Na verdade, o direito à auto-exclusão da ação dependerá da "modalidade" da ação coletiva em questão. A Rule 23 elenca três hipóteses de cabimento de ação coletiva. São as hipóteses (b)(1), (b)(2) e (b)(3). Pois bem, uma das principais diferenças entre essas "modalidades" de ações consiste em saber se um membro pode se auto-excluir do grupo, após receber a *notice* e tomar conhecimento de que foi proposta uma ação coletiva pela entidade de classe a qual pertence. É o que se denomina *right to opt out*. Aludido direito de auto-exclusão (*right to opt out*) só é possível se se tratar da modalidade 23(b)(3), de modo que, uma vez recebida a *notice*, o membro pode optar em ser excluído do grupo. Por isso exige-se a notificação pessoal dos membros do grupo para que exerçam ou não o *right to opt out*. Entretanto, se se tratar de ações das categorias 23(b)(1) ou 23(b)(2), o membro não terá direito à auto-exclusão. Por isso que as ações do tipo 23(b)(3) são conhecidas como *opt out class actions*, ao passo que as ações das modalidades 23(b)(1) e 23(b)(2) são conhecidas como *no opt out class actions*. Ver, a propósito do tema, Antonio Carlos Oliveira Gidi, *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, pp. 125-130 do texto original.

9 Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 241-244.

23, B, 3" das *Federal Rules of Civil Procedure*, que trata de hipótese assemelhada àquela dos interesses individuais homogêneos, à luz do Direito brasileiro.

O sistema americano possui, sem dúvida, grandes méritos ao possibilitar que o indivíduo exerça *discricionariamente* a opção de participar ou não da ação. Todavia, essa sistemática não poderia ser adotada na íntegra pelo direito brasileiro, *como de fato não foi* (que adotou o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*), tendo em vista as diferenças sociais e culturais da população, que poderiam, com facilidade, comprometer a liberdade com o que o indivíduo opta por aderir ou não à ação coletiva.[10]

Em que pesem essas afirmações, é possível notar certa tendência em se seguir o sistema americano das ações coletivas, como se pode perceber da análise da tramitação do hoje aprovado Novo Código de Processo Civil, conforme veremos a seguir.

Dentre os argumentos contrários à coisa julgada *secundum eventum litis*, apontados *de lege ferenda* por determinados setores doutrinários, está o fato de o réu poder ser demandado sucessivas vezes, caso a ação seja julgada improcedente por falta de provas (e, desde que, a cada vez, haja surgido nova prova), tendo que arcar com sua defesa sem poder sustentar que existe decisão procedente em seu favor.[11] Antonio Gidi, além desse "desequilíbrio" entre as partes, aponta como suposto argumento contrário à adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*, o inconveniente de se ter de conviver juridicamente com decisões pouco uniformes.[12]

10 A esse respeito, a professora Ada Pellegrini Grinover, que foi uma das autoras do Anteprojeto que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, assevera: "(...) outras circunstâncias desaconselhavam a transposição pura e simples, à realidade brasileira, do esquema norte-americano da coisa julgada nas *class actions*: a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada." (Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 907).

11 Nesse sentido, a opinião crítica de José Ignácio Botelho de Mesquita, que defende a ideia de que a sentença proferida nas ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor contraria a própria Constituição Federal, pois: "Suposto no entanto que, conseguindo superar as desvantagens que lhe são impostas no processo, logre o réu obter um julgamento de improcedência da ação, de nada lhe valerá a sentença, ainda que confirmada pelas mais altas Cortes de Justiça do País. Pelo que dispõe o Código, qualquer um que se apresente como vítima poderá submetê-lo a discutir novamente toda a questão, impondo-lhe novamente o mesmo dispêndio de recursos e atividades já gastos no processo anterior, e tendo que repetir tudo isto em quantos processos lhe sejam movidos. (...) A linha adotada pelo Código neste passo, anote-se, não se limita a contrariar a Constituição. Ela desserve os fins generosos a cuja tutela o Código se propôs. Em lugar de estimular a participação das vítimas no processo, dando a este maior eficácia na apuração da verdade, incentiva ao contrário a esperteza e estimula a abstenção, em desfavor do melhor rendimento da atividade processual e da autoridade do Poder Judiciário" (José Ignácio Botelho de Mesquita, "Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor", *in Revista do Advogado* nº 33, p. 80/82).

12 Antonio Gidi, *op. cit.*, p. 67.

Ainda sobre a temática, Pedro da Silva Dinamarco sublinha que:

> (...) essa coisa *julgada secundum eventum litis*, adotada por vários países, era criticada por Mauro Cappelletti. Afinal, se a parte representa adequadamente os membros de um grupo, então não se poderia distinguir entre efeitos favoráveis ou contrários, devendo a coisa julgada estender-se a todos os representados (...). Não se pode pensar exclusivamente no lado coletivo; ele é relevantíssimo, mas o indivíduo-réu não pode estar eternamente sujeito à angústia, aos riscos e ao elevado custo decorrente de um sem número de processos (nas demandas coletivas sequer tem havido condenação do autor pelos encargos da sucumbência), apesar de já ter saído vencedor em uma demanda coletiva.[13]

O Código do Consumidor, dentre outros diplomas legais, no art. 82, elencou diversos entes legitimados a agir nas hipóteses do art. 81, parágrafo único, I, II e III (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

São eles: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à tutela dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; e as associações constituídas há mais de ano, que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear (incs. I a IV do art. 82).

Esses entes legitimados a agir em prol dos interesses e direitos previstos nos incs. I a III do art. 81, parágrafo único, poderão, segundo o que preconiza o art. 83, utilizar *qualquer tipo de ação* capaz de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive mandado de segurança, do que se conclui não ser exaustiva a enumeração dos entes legitimados à impetração de mandado de segurança coletivo, constante do art. 5º, LXX, *a* e *b*, da CF/88, bem como do art. 21, *caput*, da Lei nº 12.016/2009, que passou a disciplinar aquela ação constitucional em âmbito infraconstitucional.

Durante a tramitação legislativa do hoje aprovado Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15, fora aprovado pelo Congresso Nacional o então art. 333 do Projeto, que possibilitava a denominada "conversão da ação individual em ação coletiva". Tratava-se de tendência do direito brasileiro, de se seguir o modelo das *class actions* norte-americanas, conforme dissemos linhas atrás.

A redação do dispositivo era a seguinte:

> Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:
> I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;
> II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.
> § 1º. Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).
> § 2º. A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

13 Pedro da Silva Dinamarco, *Ação Civil Pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103.

> § 3º. Não se admite a conversão, ainda, se:
> I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou
> II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou
> III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.
> § 4º. Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.
> § 5º. Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.
> § 6º. O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.
> § 7º. O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.
> § 8º. Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.
> § 9º. A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.
> § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

Contudo, tal dispositivo veio a ser vetado pela Presidente da República, sob o argumento de que

> (...) da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Com efeito, dentre as grandes novidades do CPC/15, inclui-se o denominado "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas" (art. 976 e seguintes do CPC/15), que cuida da possibilidade de formulação de tese jurídica pelo tribunal local que deverá ser aplicada a processos repetitivos (art. 985, do CPC/15), sob pena de reclamação (art. 988, IV, do CPC/15).

Contudo, a despeito de aludido veto presidencial, o Novo Código de Processo Civil não deixou de lado as ações coletivas.

A esse respeito, calha mencionar o art. 139, X, do CPC/15, que permite ao magistrado, diante de ações repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se refere o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o art. 82 do CDC, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas, a expedição de ofício ao Ministério Público ou aos demais legitimados acima indicados e a sucessiva propositura de ação coletiva respectiva tem o condão de formar a denominada coisa julgada coletiva. Contudo, o desrespeito à decisão tomada em ação coletiva não tem aptidão de ser atacada via reclamação, diferentemente do que ocorre com o desrespeito à tese firmada no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

É de se ressaltar, entretanto, que a busca pela implementação da segurança jurídica buscada pelo CPC/15 (ver a esse respeito o quanto disposto nos art. 926 e 927 do CPC/15) pode também ser vislumbrada no já referido art. 139, X, do CPC/15, ao determinar a expedição de ofício aos entes legitimados para o ajuizamento de ações coletivas.

Trata-se, sem dúvida alguma, de importante inovação elencada dentre os poderes do magistrado e que encontrará farto campo de aplicação, sobretudo quanto à tutela de direitos individuais homogêneos, que tenham sido veiculados em ações individuais.

Bibliografia

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor", *in Revista do Advogado* nº 33.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Brevíssimas reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC 2015 ao processo dos Juizados Especiais Federais[1]

Flávio Luiz Yarshell

Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular do Departamento de Direito Processual da USP. Membro do Instituto Brasileiro e do Instituto Ibero Americano de Direito Processual. Membro da Associação Internacional de Direito Processual. Advogado em São Paulo e em Brasília. Foi Juiz Eleitoral (classe jurista) entre 2007 e 2012. Foi Conselheiro e Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

1. Introdução.

A aplicação subsidiária das normas gerais do Código de Processo Civil à legislação extravagante seguramente não é tema novo. Desde sempre, discute-se em que medida a lei geral teria aplicação a processos disciplinados por normas especiais. O advento de um novo diploma geral – como é o caso do CPC 2015 – não deve, não ao menos por si só, alterar substancialmente esse quadro: por mais evoluídas ou atualizadas que possam eventualmente ser consideradas as novas disposições, elas não alteram o problema fundamental de hermenêutica: *qual a medida da especialidade da lei extravagante, a afastar ou a permitir a invocação da norma geral*? *Quando se afigura adequado buscar nas normas processuais gerais a solução para problemas surgidos em dado subsistema*?[2]

Embora as considerações acima pareçam ser corretas, o advento de uma nova lei processual "geral" não deixa de representar um desafio a mais na solução dos problemas apontados; a gerar uma espécie de "tentação" para alargar o campo de incidência da lei geral nova. E, embora não se possa dizer que o CPC 2015 altere estruturalmente o processo civil brasileiro (se consideradas as alterações já verificadas nas duas últimas décadas), é fato que ele contém novidades relevantes. Algumas de-

1 O presente trabalho, com acréscimos, supressões e eventuais modificações próprias de adequação para esta forma de veiculação, contém ideias expostas em palestra feita no I Encontro de Juízes Federais das Turmas Recursais e dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, em 23/10/2015, em painel coordenado pelo Desembargador Federal Paulo Octávio Baptista Pereira. Essa circunstância explica porque se trata de trabalho desprovido de citações ou de referências doutrinárias ou jurisprudenciais. Aproveito para dedicar este trabalho a todos os Magistrados que ali se fizeram presentes.

2 Narrativa semelhante fizemos no preâmbulo de artigo dedicado ao tema da aplicação subsidiária do novo CPC aos processos de recuperação judicial (no prelo na presente data), dado o aspecto comum entre os assuntos lá e aqui examinados.

las positivam o que já preconizava a doutrina ou, eventualmente, a jurisprudência; outras reafirmam regras ou tendências já detectadas no diploma precedente. Portanto, o simples fato de a nova lei criar novos institutos e de alterar a disciplina de outros já vigentes é inegavelmente fator a instigar a discussão acerca da aplicação da nova lei, ainda que de forma subsidiária.

O presente trabalho, de dimensões confessadamente limitadas, não pretende mais do que levantar potenciais pontos relevantes no tema da aplicação subsidiária do CPC aos processos dos Juizados Especiais; aí incluídos os Juizados Especiais Federais.

2. Determinação da especialidade do processo dos Juizados Especiais.

Como é sabido, a criação dos Juizados Especiais – então de "pequenas causas", ainda antes da CF/1988, pela Lei nº 7.244/84 – foi inspirada por ondas renovadoras do Direito Processual que, dentre outras, deram ênfase à ampliação de canais de acesso à Justiça. No caso dos Juizados, buscou-se permitir que o Judiciário também se ocupasse de controvérsias de menor dimensão patrimonial; que, quando excluídas por conta da desproporção entre o custo do processo e o esforço necessário para solução do problema, levavam ao que a doutrina de então denominou, com rara felicidade, de "litigiosidade contida".[3]

Com essa inspiração, além da criação de órgãos diferenciados, estabeleceu-se também um processo especial, cujas marcas principais já estavam no referido diploma e que, depois da CF/1988, foram reafirmadas pela Lei nº 9.099/95: oralidade (com os postulados a ela inerentes: concentração de atos em audiência, imediação, identidade física e irrecorribilidade em separado das interlocutórias), simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade; além da ênfase para o escopo social do processo (pela busca de soluções de autocomposição).

A partir dessa base essencial é que, então, vieram os diplomas que regularam a especialidade da especialidade, por assim dizer: os Juizados Especiais que atuavam nos casos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, com novas regras processuais diferenciadas. Essas foram certamente inspiradas não apenas pelos critérios já mencionados, mas também pela consideração da *pessoa* envolvida, ela própria tradicionalmente merecedora de tratamento processual particularizado, justificado na busca de real isonomia entre os litigantes e de preservação da coisa pública.

Em suma: trata-se de subsistema, inspirado por postulados próprios, com uma área específica de atuação e, a bem da verdade, com propósitos específicos. Dentro dele, os Juizados das Fazendas Públicas e os Juizados Federais reforçam essa especialidade: na verdade, a tornam ainda mais complexa porque ao elemento diferenciado do processo soma o elemento diferenciado da pessoa em juízo.

3. Segue: especialidade do processo dos Juizados e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

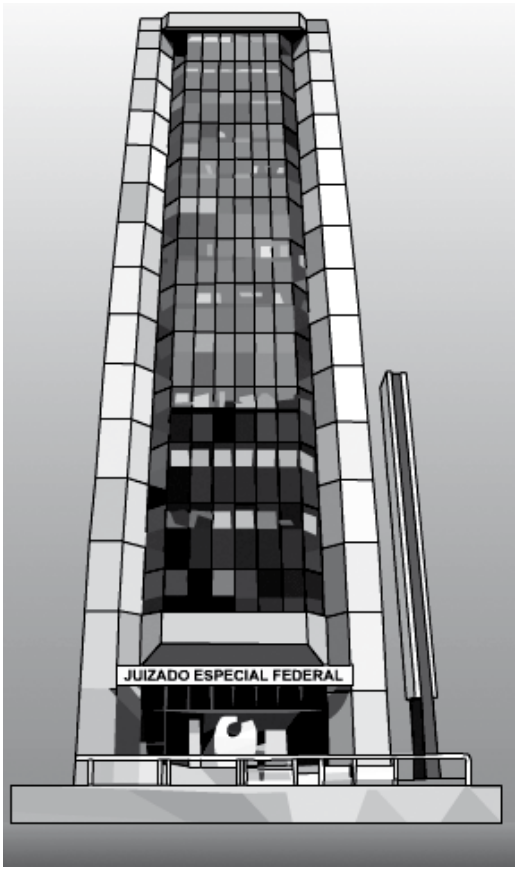
As considerações precedentes demonstram que, desde as origens, os Juizados Especiais (antes deles os de pequenas causas) e o processo que neles se exercita são marcados por especialidade em elevado grau; o que faz da aplicação de regras gerais do CPC a exceção: o especial derroga o geral.

Aliás, esse confinamento já era objeto de preocupação da doutrina desde o advento da Lei nº 7.244/84, para que o processo especial dos Juizados não acabasse "contaminado" pelas (supostas) mazelas de um processo que, então, reputava-se mais rígido, mais formal e, em boa medida, menos eficiente. E, se não era exatamente isso, de todo modo se repudiava a ideia de importação para os Juizados de

3 Expressão, ao que se saiba, cunhada pelo Professor Kazuo Watanabe.

regras inadequadas às características das controvérsias que lhe estavam reservadas.

Mesmo hoje, o CPC 2015, embora sem resolver o problema crucial de que se ocupam estas considerações, reforça o que foi dito até aqui.



Com efeito, o novo diploma falou em aplicação supletiva e subsidiária apenas para o processo trabalhista, eleitoral e administrativo (art. 15), sem menção ao processo dos Juizados. Em relação a esse, regras com alusão expressa aos Juizados aparecem apenas pontualmente: no artigo 985, que trata do julgamento em incidente de demandas repetitivas; no artigo 1.062, que diz ser aplicável no processo dos Juizados o assim chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica; no artigo 1.063, que tem natureza de disposição potencialmente transitória quanto à competência; e nos artigos 1.064 e 1.065, que alteraram dispositivos da Lei nº 9.099/95, para adequar a disciplina dos embargos de declaração à regra geral do CPC. Disso tudo, então, poder-se-ia confirmar que, fora dos casos expressamente previstos, nem mesmo a lei geral teria cogitado de outras situações a ensejar aplicação subsidiária do CPC ao subsistema dos Juizados.

Não obstante tudo isso seja correto, a invocação eventual do Código de Processo Civil, para além dos limites referidos pelo CPC 2015, era – e continua a ser – inevitável. Assim, infelizmente não basta dizer que o especial derroga o geral. E, a esse respeito, é preciso considerar o seguinte:

a) desde a origem, a disciplina legal do processo dos Juizados apresenta lacunas que, nem mesmo uma interpretação sistemática (dentro dos postulados do subsistema) consegue resolver, sendo imprescindível recorrer a conceitos gerais do CPC (e eventualmente até mesmo a outros diplomas especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo);

b) a Lei nº 9.099/95 – que é a referência essencial dos Juizados – já tem duas décadas. Mais do que a simples passagem do tempo, fato é que, nesse período, a lei "geral" (CPC) evoluiu – e muito – em temas que não são tratados pela lei especial; não ao menos de forma completa. Disso é bom exemplo a disciplina da *tutela provisória*, a abranger a tutela de urgência, de evidência, a antecipada, a cautelar e assim por diante. Outro exemplo é a disciplina do *cumprimento de sentença* e dos *meios executivos* (por exemplo, penhora por meio eletrônico de ativos financeiros, dentre outros). Melhor ainda, é a ilustração a partir das técnicas de *gerenciamento no âmbito recursal*, lembrando-se que a busca de uniformidade e de estabilidade da jurisprudência é um dos pilares do CPC 2015, traduzido, por exemplo, na disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas;

c) não obstante sua especialidade, o processo dos Juizados tem aspectos comuns a todo e qualquer processo. Primeiro, ele é instrumento de exercício do poder estatal e, como não poderia deixar de ser, pauta-se pelo

conteúdo do devido processo legal. Isso quer dizer que ao processo dos Juizados aplicam-se as normas que o novo diploma chamou de "fundamentais". Segundo, embora diferenciados, os Juizados têm escopos comuns a toda atividade jurisdicional: neles buscam-se a atuação do direito objetivo, a pacificação pela superação do litígio e a afirmação do poder estatal.

Então, é lícito indagar: a partir de aspectos de certa forma contraditórios (ora a falar pela estrita especialidade, ora a sugerir que ela está longe de bastar), o que se pode, afinal de contas, concluir?

Parece correto enunciar as seguintes conclusões, submetidas aos doutos para adequada reflexão: a) o CPC 2015 não criou – nem modificou essencialmente – o problema de saber se e em que medida as regras gerais se aplicam ao sistema especial dos Juizados (e, dentro deles, do especialíssimo sistema dos Juizados que resolvem controvérsias envolvendo pessoas de direito público); b) o CPC 2015 tampouco resolveu de forma cabal referido problema. O fato de ali se aludir pontualmente ao processo dos Juizados (nos dispositivos acima lembrados) não autoriza dizer que somente naqueles casos seria possível invocar a lei geral de forma subsidiária; c) de todo modo, a incidência do CPC deve ser excepcional e justificada: primeiro, como forma de preservação de regras "fundamentais" de todo e qualquer processo; segundo, como meio para, diante das lacunas do subsistema, fazer valer os especiais postulados e os objetivos dos Juizados.

4. Exame de situações que podem ou não ensejar a aplicação subsidiária do CPC.

Como decorre das considerações precedentes, a aplicação subsidiária do CPC deve sempre se dar nos limites da especialidade dos Juizados e do respectivo processo. Mas, parte do problema está aí: *que normas gerais se afeiçoariam a tais postulados*? Trata-se de indagação cuja resposta depende do modo pelo qual o intérprete vê o sistema processual; e, nesse limite, forçoso convir que tais visões podem variar conforme a ótica do protagonista: juízes, compreensivelmente, enxergam a realidade de forma diversa (quando menos parcialmente) do que fazem advogados. Isso deve ser visto com naturalidade porque cada qual – aos quais se somam os membros do Ministério Público – cumpre funções diversas. Por outras palavras, normas que, para uns, levam à simplificação, para outros cerceiam indevidamente.

Um exemplo ajuda a ilustrar. Certa feita, pretendeu-se (em Encontro voltado a discutir o tema) ser aplicável ao sistema dos Juizados a regra do art. 518, § 1º, do CPC 1973. Assim, seria possível no âmbito especial a limitação de recurso em desconformidade com entendimento sumulado nos Tribunais Superiores. Mas, da mesma origem desse entendimento veio outro: seria inaplicável aos Juizados a faculdade prevista pelo § 2º do art. 511 do CPC 1973, que permite à parte o (mero) complemento de preparo insuficiente.

Talvez até se pudesse ver na primeira regra adequação à celeridade, conquanto sequer haja recurso de apelação nos Juizados. Mas, parece difícil sustentar que o mero complemento de custas não seria providência afeiçoada à simplicidade do modelo dos Juizados. Ou, por outro lado: ou bem se aplicariam ambas as regras, ou bem nenhuma delas. De volta ao início: o que para uns simplifica, para outros cerceia; o que para outros abrevia, para uns alonga. Daí o risco de escolhas arbitrárias: cada qual tende a buscar na lei geral o que entende mais adequado aos resultados que entende desejáveis, mas nem sempre de forma coerente.

Então, sem dar resposta definitiva a um problema que, no limite, afigura-se axiológico (quiçá ideológico), propõe-se o exame de cinco situações, que ficam ao possível leitor apenas como sugestão de melhor reflexão, inclusive

de outras situações.[4] Ressalvo minhas próprias dúvidas sobre tais pontos e peço licença para ressalvar que se trata de avaliação sujeita a amadurecimento:

a) Aplicam-se as normas consideradas pelo Código como "fundamentais"; em particular as que deram grande ênfase ao contraditório (artigos 7º, 9º e 10, além de vários outros, que buscam evitar a surpresa no processo). A especialidade do processo e a maior concentração dos atos processuais, inspirada pela acentuada oralidade, não são incompatíveis com referidas regras.

b) Aplica-se a regra do § 1º do art. 373, na medida em que a alteração da distribuição legal do ônus da prova já poderia – como pode – ser extraída das garantias da ação e do contraditório, de tal sorte que o encargo probatório, conforme circunstâncias ali indicadas, não poderia ser a negação do acesso à Justiça assegurado pelas duas outras prerrogativas. De todo modo, é preciso observar a parte final do dispositivo, de sorte a "dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

c) Aplica-se a disciplina legal da tutela provisória, não obstante a referência à tutela cautelar constante da Lei Especial dos Juizados Especiais Federais – Lei nº 10.259/2001. Assim ocorre porque, embora o CPC discipline o processo ou o procedimento, o que ali se regula é atividade decorrente da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV); que inclui a tutela diante de situações de ameaça de lesão a direito.

d) Aplicam-se as disposições relativas ao gerenciamento de recursos, para preservação da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme, dentre outros, dispõem os artigos 926 e 927. A especialidade dos Juizados não colide com tais postulados; tanto que, na disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas, a lei fez expressa menção aos Juizados, no art. 985, I. A esse respeito, uma observação: referida regra, salvo melhor juízo, não afasta a competência uniformizadora prevista na legislação especial. Embora no art. 985 se fale em "respectivo tribunal", a interpretação correta remete para os órgãos competentes no subsistema dos Juizados. O dispositivo não quis tratar – e efetivamente não tratou – de modificação de competência; que, no caso, seria mais do que mudança de competência, mas da estrutura do subsistema.

e) Não se aplica a norma que estabelece a contagem de prazos em dias úteis (art. 219). É certo que a contagem de prazos não é objeto das disposições especiais; o que atrai a incidência subsidiária necessária das regras gerais. Mas, para tanto basta invocar a regra geral do art. 224 (no CPC 1973, art. 184). Não é preciso invocar a regra – por sinal objeto de um dispositivo autônomo – do art. 219 para suprir lacuna legislativa, portanto. Mais importante: tanto mais nos juízos que envolvem a Fazenda Pública, a contagem na forma prevista pelo CPC afigura-se, salvo melhor juízo, incompatível com os postulados que conferem especialidade ao processo dos Juizados.

4 No Encontro referido na nota anterior, outras situações foram aventadas e discutidas. Mas, prefere-se deixar essas para uma próxima oportunidade, diante de maior amadurecimento.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

Apelação contra decisão interlocutória não agravável: A apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor: Duas novidades do CPC/2015

Leonardo Carneiro da Cunha

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

Fredie Didier Jr.

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

RESUMO: O ensaio examina o regime de impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no sistema do novo Código de Processo Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Decisão interlocutória. Agravo de instrumento. Apelação. Recurso subordinado.

RIASSUNTO: Il documento esamina la impugnazione della sentenza interlocutoria (non definitiva) nel nuovo sistema di codice brasiliano di procedura civile.

PAROLE CHIAVE: Nuovo Codice brasiliano di Procedura Civile. Sentenza interlocutoria (non definitiva). Impugnazione. Ricorso subordinato.

SUMÁRIO: 1. Generalidades sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015. 2. Premissa geral para a compreensão do art. 1.009, § 1º, do CPC: a apelação contra decisão interlocutória não agravável. 3. Impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis pela parte vencida. 4. Impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis pela parte vencedora: 4.1. Generalidades: a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 e a preclusão das decisões interlocutórias não agraváveis a ele desfavoráveis. 4.2. A apelação do vencedor como espécie de recurso subordinado. 4.3. A apelação do vencedor como espécie de recurso condicionado. 4.4. Interposição de apelação autônoma pelo vencedor: aplicação da instrumentalidade das formas.

1. Generalidades sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 1973 previa que toda e qualquer decisão interlocutória seria recorrível. Contra as decisões interlocutórias cabia agravo, que podia ser retido ou de instrumento. À parte interessada conferia-se, então, a opção de escolha entre uma ou outra modalidade de agravo. Em razão das modificações levadas a efeito pela Lei 11.187/2005, deixou de haver tal opção. A decisão interlocutória deveria ser atacada por agravo retido, salvo quando houvesse risco de lesão grave ou de difícil reparação, quando se tratasse de decisão que inadmitisse a apelação, da decisão relativa aos efeitos em que recebida a apelação ou em casos em que o agravo retido fosse incompatível com a situação.

O agravo retido, uma vez interposto independentemente de preparo, impedia a preclusão, ficando mantido nos autos, somente sendo processado e julgado pelo tribunal se não houvesse retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte o reiterasse para que o tribunal, quando do julgamento da apelação, dele conhecesse.

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas a agravo de instrumento. Somente são agraváveis as decisões nos casos expressamente previstos em lei. As decisões não agraváveis devem ser atacadas na apelação.

O sistema recursal é outro.

Muitas dúvidas surgirão.[1]

É preciso, desde logo, fazer algumas observações.

a) Tal sistemática restringe-se à fase de conhecimento, não se aplicando às fases de liquidação e de cumprimento da sentença, nem ao processo de execução de título extrajudicial. Nestes casos, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento. Também cabe agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário (art. 1.015, parágrafo único, do CPC, para todas estas ressalvas).

b) Na fase de conhecimento, as decisões agraváveis são sujeitas à preclusão, caso não se interponha o recurso. Aquelas não agraváveis, por sua vez, não se sujeitam à imediata preclusão. Não é, porém, correto dizer que elas não precluem. Elas são impugnadas na apelação (ou nas contrarrazões de apelação,

1 Além das questões discutidas neste ensaio, ao menos outras duas, importantíssimas, deverão ser enfrentadas: (a) o rol das hipóteses de agravo de instrumento, embora taxativo, pode ser considerado como rol de *tipos* de decisão agravável, a admitir a interpretação extensiva? Parece-nos que sim, mas isso será tema de outro artigo; (b) como compatibilizar a recorribilidade das decisões interlocutórias não agraváveis, com a hipótese prevista no art. 278 do CPC, que impõe que a parte suscite a nulidade do ato (que pode ser a decisão interlocutória) na primeira oportunidade em que couber a ela falar nos autos, *sob pena de preclusão*? Estaria a lei, *ao menos nos casos de decisão interlocutória nula*, exigindo o protesto, como pressuposto para a apelação contra decisão interlocutória prevista no § 1º do art. 1.009 do CPC? Parece-nos que sim, mas isso será objeto de outro artigo.

como se verá), sob pena de preclusão.

Quando o § 1º do art. 1.009 diz que estas decisões não precluem, o que se está a afirmar é que não cabe agravo de instrumento contra elas. Sua impugnação há de ser feita na apelação (ou nas contrarrazões); se não for feita neste momento, haverá, evidentemente, preclusão.

O tema será examinado sob dupla perspectiva: a impugnação feita pelo *vencido*, na apelação, e a impugnação feita pelo *vencedor*, nas contrarrazões de apelação.

2. Premissa geral para a compreensão do art. 1.009, § 1º, do CPC: a apelação contra decisão interlocutória não agravável.

Eis o texto do § 1º do art. 1.009 do CPC:

> As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Primeiramente, é preciso definir o que se entende por "suscitadas". "Suscitadas", neste caso, significa "impugnadas". A parte que pretenda *recorrer* da decisão interlocutória não agravável terá de fazê-lo na apelação contra a sentença ou nas contrarrazões.

A observação é importante.

No regime do agravo retido, a parte praticava dois atos: (a) *recorria* (agravava), logo após a decisão interlocutória (oralmente, quando a decisão havia sido proferida em audiência de instrução e julgamento, ou por escrito, nos demais casos); (b) *ratificava* o agravo retido, na apelação ou nas contrarrazões.

Como no sistema do Código de Processo Civil de 2015 não cabe o agravo retido, não há razão para a prática de dois atos; a parte simplesmente recorre. Este recurso será veiculado pela apelação ou pelas contrarrazões de apelação.

É disso que cuida o § 1º do art. 1.009 do CPC: *apelação contra decisão interlocutória não agravável*.

Não se pode examinar este dispositivo como se estivéssemos no sistema do Código de Processo Civil de 1973, em que existia o agravo retido, que tinha de ser ratificado na apelação ou nas contrarrazões de apelação. O sistema é outro. Agora, a apelação também serve para impugnar decisões interlocutórias; não todas, apenas as não agraváveis.

Sucede que esta apelação pode ser interposta pelo vencido, como sói ocorrer, mas também pelo vencedor, o que é um pouco estranho, mas não por isso improvável.

3. Impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis pela parte vencida.

A parte *vencida* na sentença pode apelar, como se sabe.

A apelação servirá para impugnar a sentença *e* as decisões interlocutórias *não agraváveis*[2] desfavoráveis ao apelante. A apelação visará a duas espécies de decisão: a sentença e a interlocutória não agravável. É possível que haja várias decisões interlocutórias não agraváveis aptas a ser impugnadas pelo vencido na apelação. O mérito da apelação poderá conter tantas pretensões recursais quantas sejam as decisões impugnadas; como as decisões impugnadas podem ter, cada uma, mais de um capítulo, a apelação poderá veicular *mais pretensões recursais do que o número de decisões impugnadas*. Haverá aí uma cumulação de pedidos recursais. À cumulação de pedidos recursais aplica-se o regramento geral da cumulação de pedidos (art. 327 do CPC).

2 As decisões interlocutórias agraváveis não poderão ser impugnadas na apelação: ou já o foram por agravo de instrumento ou não foram impugnadas, tendo havido preclusão.

Há dois pedidos: um formulado contra a decisão interlocutória e outro contra a sentença. Esta cumulação de pedidos recursais é *imprópria: acolhido o pedido formulado contra a decisão interlocutória não agravável*, a sentença e vários atos que lhe precederam serão desfeitos, tornando inócuo o pedido recursal formulado contra ela.

É possível que o pedido contra a decisão interlocutória diga respeito a um defeito processual; como todo defeito processual, pode ser sanado em segunda instância (art. 932, parágrafo único); se for corrigido, o pedido recursal relativo à decisão interlocutória perderá o objeto e, por isso, não será acolhido. Neste caso, passar-se-á ao exame do pedido relativo à sentença.

Segundo o *texto* do § 1º do art. 1.009 do novo CPC, as interlocutórias não agraváveis devem ser impugnadas *em preliminar* da apelação. Há uma dubiedade. *Preliminar*, aqui, não se refere a uma questão de admissibilidade; *preliminar*, no contexto do § 1º do art. 1.009, significa apenas que a impugnação será feita *antes*, o que é natural, tendo em vista a cronologia das decisões: a decisão interlocutória é anterior à sentença. O combate a uma interlocutória não agravável integra o *mérito* da apelação. Trata-se de um pedido recursal que se cumulará, ainda que *impropriamente*, com o pedido recursal dirigido à sentença.

A parte vencida poderá optar, entretanto, por recorrer apenas contra a sentença. Se isso acontecer, haverá *preclusão* da decisão interlocutória não agravável, *independentemente do respectivo conteúdo* – mesmo se se tratar de decisão sobre a admissibilidade do processo.

É possível, ainda, que o vencido interponha apelação *apenas para atacar alguma interlocutória não agravável, deixando de recorrer da sentença*. Não é incomum haver decisão interlocutória que tenha decidido uma questão preliminar ou prejudicial a outra questão resolvida ou decidida na sentença – a decisão sobre algum pressuposto de admissibilidade do processo, por exemplo. Impugnada a decisão interlocutória, a sentença, mesmo irrecorrida, ficará sob condição suspensiva: o desprovimento ou não conhecimento da apelação contra a decisão interlocutória; se provida a apelação contra a decisão interlocutória, a sentença *resolve-se*; para que a sentença possa transitar em julgado, será preciso aguardar a solução a ser dada ao recurso contra a decisão interlocutória não agravável, enfim.

A situação é semelhante a outra que existia mesmo ao tempo do Código de Processo Civil de 1973: a sobrevivência do agravo de instrumento diante da superveniência de sentença não apelada, quando o objeto do agravo pudesse comprometer a eficácia da sentença (agravo de instrumento sobre competência, por exemplo).[3]

A apelação do vencido apenas contra a decisão interlocutória não agravável *suspende* os efeitos da sentença, ressalvada a existência de alguma das hipóteses previstas no § 1º do art. 1.012 do CPC.

O texto do § 1º do art. 1.009 do novo CPC foi redigido para o Código de Processo Civil de 2015, mas com a cabeça ainda no Código de Processo Civil de 1973. Alterou-se toda a estrutura de impugnação das decisões interlocutórias, passando a existir as interlocutórias agraváveis e as não agraváveis. Parece que não se atentou que, pelo sistema do Código de Processo Civil de 2015, haverá decisões interlocutórias não agraváveis, mas ainda assim recorríveis, só que em outro momento.

3 Sobre o tema, NERY JR., Nelson. Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento. *In*: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003, p. 528; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 3, p. 170-171. Em sentido diverso, entendendo que o agravo de instrumento perderia o objeto, caso a sentença não fosse apelada, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O destino do agravo após a sentença. *In*: NERY JR., NELSON; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Op. cit.*, p. 697.

A singeleza do texto normativo, que simplesmente fala em "suscitar" na apelação ou nas "contrarrazões", valendo-se do jargão utilizado pela prática forense para referir-se à conduta que a parte tinha de tomar para *ratificar* o agravo retido que interpusera sob o regime do Código de Processo Civil de 1973, revela que a redação do dispositivo foi elaborada sem a devida reflexão.[4]

O texto deveria ter sido mais claro e mais minucioso. As regras sobre a apelação que impugna decisões interlocutórias não agraváveis devem ser construídas e aplicadas levando-se em conta esta premissa.

4. Impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis pela parte vencedora.

4.1. Generalidades: a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 e a preclusão das decisões interlocutórias não agraváveis a ele desfavoráveis.

A decisão interlocutória não agravável também pode ser impugnada pela parte vencedora, caso lhe seja desfavorável.

O § 1º do art. 1.009, como já se viu, assim prescreve:

> As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

O traslado puro e simples para o Código de Processo Civil de 2015, sem maiores reflexões, do antigo do modelo do agravo retido previsto no Código de Processo Civil de 1973, torna, também aqui, bem difícil a análise do tema.

Conforme já se viu, "suscitar", aqui, significa "impugnar", "recorrer".

A parte eventualmente prejudicada por uma decisão interlocutória não agravável poderá, tendo em vista a interposição de apelação pela outra parte, recorrer contra esta decisão interlocutória, nas contrarrazões que apresentar à apelação da parte adversária. Em outras palavras, as contrarrazões veiculam um recurso do apelado. Elas consistem num instrumento por meio do qual o apelado poderá recorrer contra uma interlocutória não agravável.

4 O dispositivo foi reincluído, na versão final do Código de Processo Civil, na última fase do processo legislativo, por sugestão da Comissão de Juristas que assessorava o Senado Federal. Na Câmara dos Deputados, o dispositivo havia sido eliminado e, em seu lugar, se exigia que a parte apresentasse um protesto antipreclusivo contra as decisões interlocutórias não agraváveis. Este protesto teria de ser *ratificado* na apelação ou nas contrarrazões. Com a eliminação do agravo retido e com a retirada da previsão do protesto, feita pela Câmara dos Deputados, o sistema foi *totalmente remodelado*. A interpretação deverá ser feita à luz desse novo modelo, e não do modelo anterior ou do modelo que a Câmara dos Deputados concebera.

Essa é a *primeira premissa* para a compreensão correta deste dispositivo: a "suscitação", pela parte vencedora, nas contrarrazões, das decisões interlocutórias não agraváveis, é um recurso.

Não se trata de *ratificação de recurso interposto*, como no revogado modelo do agravo retido, exatamente porque não há o que ser ratificado: a parte não havia recorrido; a parte *recorre* neste exato momento.

Assim, as contrarrazões, nesse caso, tornam-se instrumento de dois atos jurídicos processuais: *(a)* a resposta à apelação da parte adversária; *(b)* o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento.

Este *recurso* é uma *apelação* do vencedor. Não se deve estranhar: como visto em item precedente, no sistema do Código de Processo Civil de 2015, a apelação é um recurso que também serve à impugnação de decisões interlocutórias – aquelas não impugnáveis por agravo de instrumento.

É inevitável a comparação com a *contestação*, instrumento de defesa, mas que, pelo sistema do Código de Processo Civil de 2015, também pode veicular a reconvenção (art. 343 do CPC); a contestação veicula a reconvenção do réu, da mesma forma que as contrarrazões veiculam um recurso do apelado.

A circunstância de este recurso ser apresentado na peça de contrarrazões não o desnatura, assim como a reconvenção não perde a natureza de demanda por vir acompanhada da contestação, em uma mesma peça.

Exatamente porque é *recurso*, o § 2º do art. 1.009 impõe a intimação do apelante (parte vencida), para que se manifeste sobre esta "suscitação" feita pela parte vencedora nas contrarrazões.

Justamente por ser um *recurso*, se a parte vencedora dele não se valer, haverá *preclusão* em relação à decisão interlocutória não agravável. *Pouco importa o conteúdo desta decisão interlocutória não agravável, mesmo se versar sobre a admissibilidade do processo*: não será permitido ao tribunal reexaminá-la, por ocasião do julgamento da apelação do *vencido*.

A apelação do vencido não devolve ao tribunal o exame das decisões interlocutórias não agraváveis desfavoráveis ao vencedor. Somente a apelação do vencedor, interposta nos termos do § 1º do art. 1.009 do CPC, tem aptidão para devolver o exame das decisões interlocutórias não agraváveis contra ele proferidas. Caso não interponha esta apelação, haverá preclusão quanto à possibilidade de reexame dessas decisões.

Este recurso tem, porém, duas peculiaridades.

Os próximos itens são dedicados a elas.

4.2. A apelação do vencedor como espécie *de recurso subordinado.*

O recurso do vencedor, manifestado nas suas contrarrazões à apelação, contém, como visto, duas peculiaridades. Destaca-se aqui a *primeira*.

A apelação do vencedor, neste caso, é um recurso *subordinado*. Ela seguirá o destino da apelação do vencido. Caso o vencido desista da apelação interposta ou essa não seja admissível, a apelação do vencedor perde o sentido: por ter sido o vencedor, o interesse recursal somente subsiste se a apelação do vencido for para frente.

O sistema passa a ter duas espécies de recurso subordinado. Ao lado do tradicional *recurso adesivo*, regulado pelos §§ do art. 997, passa a existir a apelação subordinada interposta pelo vencedor.

Estas espécies de recurso subordinado distinguem-se, basicamente, em dois aspectos:

a) o recurso adesivo é cabível não apenas na apelação, mas também no recurso extraordinário e no recurso especial (art. 997, § 2º, II, do CPC) – o recurso subordinado

previsto no § 1º do art. 1.009 é apenas na apelação;

b) o recurso adesivo *pressupõe* que tenha havido a sucumbência recíproca, o que não acontece na hipótese do § 1º do art. 1.009.

No sistema do Código de Processo Civil de 1973, recurso subordinado e recurso adesivo eram designações sinônimas; no sistema do Código de Processo Civil de 2015, recurso subordinado passa a ser *gênero*, de que é espécie o recurso *adesivo*.

Por serem espécies de um mesmo gênero, é possível buscar, no regramento do *recurso adesivo*, muito mais completo, regra que sirva para a solução de problemas dogmáticos relacionados à apelação subordinada do § 1º do art. 1.009.

Assim, aplica-se à apelação subordinada interposta pelo vencedor, como, aliás, já se viu, o disposto no inc. III do § 2º do art. 997: ela não será examinada se houver desistência da apelação interposta pelo vencido ou se ela for considerada inadmissível. Também dela se exigem os mesmos requisitos de admissibilidade exigidos de uma apelação (conforme dispõe o § 2º do art. 997).

Pode acontecer, porém, uma situação inusitada.

Imagine que tenha havido sucumbência recíproca. Apenas uma das partes recorre de forma independente. A outra opta pela interposição de recurso adesivo. Sucede que, em relação ao capítulo da sentença de que foi a vencedora, havia sido proferida uma decisão interlocutória não agravável contrária a seu interesse – um indeferimento de uma prova, por exemplo. Como o prazo para o recurso adesivo é o prazo para as contrarrazões ao recurso independente, poderá a parte, então, *cumular*, em um mesmo recurso de apelação, a apelação adesiva, dirigida ao *capítulo da sentença* em que restou vencida, e a *apelação subordinada do vencedor* contra a decisão interlocutória não agravável relacionada ao capítulo da sentença em que restou vencedora. *Duas apelações, em um mesmo instrumento, dirigidas a decisões distintas, em que o apelante se revela a um só tempo um vencido (no recurso adesivo) e um vencedor (na apelação subordinada do § 1º do art. 1.009).* Isso poderia ser feito em duas peças – a peça do adesivo e as contrarrazões; mas não há qualquer problema em unir os recursos em uma peça e as contrarrazões, em outra; é até melhor do ponto de vista da organização do futuro julgamento. Esta situação exigirá um cuidadoso exame do interesse recursal, que variará conforme a pretensão recursal. Esta situação, aliás, revela o quão diversas podem ser as posições processuais que um mesmo sujeito exerce em um mesmo processo;[5] às vezes, esta diversidade se revela na prática de um mesmo ato processual, como é o caso.

4.3. A apelação do vencedor como espécie *de recurso condicionado.*

Cumpre destacar a *segunda peculiaridade*.

Além de subordinada, a apelação do vencedor prevista no § 1º do art. 1.009 do CPC é condicionada. Isso significa que somente será examinada se a *apelação do vencido* for acolhida, afinal, repise-se, quem se vale dela é o *vencedor*, que somente perderá esta qualidade se a apelação do vencido originário for provida.

Não se deve estranhar a prática de atos processuais sob condição,[6] muito menos a existência de recurso sob condição.

A denunciação da lide proposta pelo autor é, por exemplo, uma demanda sob condição de ele, autor, perder a causa para o réu originário.

---

5 Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1, p. 238-241.

6 Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 148-152.

A existência de recurso sob condição é defendida há muitos anos pela doutrina brasileira,[7] para o caso do *recurso especial ou extraordinário adesivo a um recurso extraordinário ou especial*. É o que se chama de recurso adesivo cruzado.

Imagine o caso. A parte fundamenta o seu pedido em questão constitucional e questão federal. O tribunal acolhe o pedido, mas rejeita o fundamento constitucional (ou federal). A parte vencida poderá interpor recurso especial (para discutir a questão federal, que foi acolhida). Nesta situação, a parte vencedora não tem interesse na interposição do recurso extraordinário para o STF (para discutir a questão constitucional, que foi rejeitada), na medida em que, vitoriosa na questão principal, não pode recorrer para discutir simples fundamento. Sucede que há um problema para a parte vencedora: sem poder recorrer extraordinariamente, ela pode sofrer um grave prejuízo se o recurso especial da outra parte for provido: é que, em tal circunstância, não poderá rediscutir a questão constitucional, que ficara preclusa. Para evitar este risco, a doutrina considera possível a interposição de *recurso extraordinário ou especial adesivo cruzado* (porque é recurso extraordinário adesivo a recurso especial, ou vice-versa), sob condição de somente ser processado se o recurso *independente* for acolhido. O tema é explicado por Barbosa Moreira:

> Daí a conveniência, que surge para ele [recorrente adesivo], de *inverter-se* a ordem do julgamento, só se passando ao exame da matéria veiculada no recurso adesivo na hipótese de verificar-se que a outra parte *tem razão* no que tange à matéria do recurso principal; do contrário, simplesmente se negará provimento a este, '*confirmando-se*' a decisão de improcedência do pedido, sem tocar no recurso adesivo. Com base nesse raciocínio é que em mais de um país, ainda que não sem resistência, se tem admitido um recurso adesivo condicionado, isto é, interposto *ad cautelam*, para ser julgado *unicamente* no caso de convencer-se o órgão *ad quem* da procedência do recurso principal.[8]

O recurso adesivo sempre se submeteu *à condição legal de conhecimento do recurso independente*. Neste caso, além da condição *legal*, inerente a todo recurso adesivo, há a condição *voluntária* imposta pelo *recorrente*: além de conhecido, o recurso independente tem de ser *provido*.

A apelação do vencedor, prevista no § 1º do art. 1.009, segue a mesma lógica: ela somente se justifica se a apelação do vencido for *provida*. Bem pensadas as coisas, também pode ser considerada uma *apelação cruzada*: enquanto a apelação do *vencido* impugna a *sentença*, a apelação do *vencedor* impugna uma *decisão interlocutória*.

É preciso, então, definir o procedimento de votação destes dois recursos.

Inicialmente, o tribunal examinará a apelação do *vencido*. Esta apelação pode ser para *reformar* ou *invalidar* a sentença.

Se der *provimento* à apelação do *vencido* para *reformar* a *sentença*, o tribunal prosseguirá para examinar a apelação do *vencedor*. *Provida* a apelação do *vencedor*,

7 OLIVEIRA, Pedro Miranda. Recurso excepcional cruzado. *In*: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Op. cit.*, p. 609 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Interesse recursal eventual e o recurso adesivo condicionado ao julgamento do recurso principal. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 32, p. 41-45. São Paulo: Dialética, 2005; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit*, p. 92-93. Não admitindo essa o recurso adesivo condicionado, ROSSI, Júlio César. O recurso adesivo, os recursos excepcionais (especial e extraordinário) e o art. 500 do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 32, p. 69-75, São Paulo: Dialética, 2005.

8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 5, p. 329 (o texto em itálico é do original; o texto entre colchetes é nosso). Do mesmo autor, Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição. *Direito aplicado II*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

a decisão sobre a apelação do *vencido* se resolve: *(a)* a decisão interlocutória impugnada pelo *vencedor* será invalidada ou reformada pelo tribunal; *(b)* o processo retornará ao momento em que ela havia sido proferida; *(c)* a sentença não será substituída pela decisão que julgou a apelação do *vencido*, afinal o processo retrocederá a momento anterior a ela.

A decisão sobre a apelação do *vencido* é, nesta hipótese, uma decisão sob condição legal resolutiva: dependerá da decisão que julgar a apelação do *vencedor*.

Se der *provimento* à apelação do *vencido* para *invalidar* a *sentença*, o tribunal prosseguirá para examinar a apelação do *vencedor*. *Provida* a apelação do *vencedor*: *(a)* a decisão interlocutória impugnada pelo *vencedor* será invalidada ou reformada pelo tribunal; *(b)* o processo retornará ao momento em que ela havia sido proferida; *(c)* a sentença não será substituída pela decisão que julgou a apelação do *vencido*, efeito que não decorre da decisão de invalidação. Neste caso, ambas as decisões convivem, mas prevalece, do ponto de vista prático, a decisão sobre a apelação do *vencedor*¸ pois se refere à decisão proferida em momento anterior, impondo a retomada do processo desde então.

Pode acontecer de ser provida a apelação do *vencido para invalidar a sentença*, mas o tribunal pode, com base no § 3º do art. 1.013 do CPC, avançar para julgar o mérito da causa, em vez de determinar o retorno dos autos à primeira instância; a partir daí, aplica-se o procedimento para o caso de provimento da apelação para reformar: a decisão sobre o mérito ficará sob condição legal resolutiva, à espera da decisão sobre a apelação do *vencedor*.

4.4. Interposição de apelação autônoma pelo vencedor: aplicação da instrumentalidade das formas.

Já se viu que o *vencedor* interpõe sua apelação pelas contrarrazões, ou seja, as contrarrazões veiculam uma apelação do vencedor. É possível imaginar que esse, numa atitude mais açodada, interponha apelação desde logo, não aguardando o momento das contrarrazões.

Rigorosamente, o *vencedor* não tem interesse de recorrer da sentença, mas pode, como visto, apelar de interlocutórias não agraváveis. O momento para o recurso contra as interlocutórias não agraváveis é o das contrarrazões, mas é possível, embora não recomendável, que o *vencedor* se antecipe e já interponha sua apelação, sem aguardar a oportunidade das contrarrazões.

Se o *vencedor* recorreu de apenas uma interlocutória não agravável, não poderá depois, nas contrarrazões à apelação do *vencido*, recorrer de outras interlocutórias não agraváveis; terá havido preclusão consumativa. A apelação já foi interposta, devendo ser, inclusive, exigido preparo. O problema aqui é só de rótulo. A apelação do *vencedor* deveria ser veiculada nas contrarrazões, mas ele antecipou-se ao momento, valendo-se de uma apelação autônoma. Já foi interposto o recurso, não sendo necessária sua ratificação posterior.

Ocorre, porém, que esse recurso do *vencedor* é, como já se viu, subordinado e dependente. É preciso que haja a apelação da parte *vencida*. Se o *vencedor* antecipar-se e já recorrer contra alguma interlocutória não agravável, e não sobrevier a apelação da parte *vencida*, faltará interesse recursal ao *vencedor*, devendo ser inadmitido o seu recurso.

Diversamente, sobrevindo o recurso do *vencido*, a ele se subordina o recurso do *vencedor*, que passa a desfrutar da admissibilidade que não tinha. Aplica-se, no particular, o disposto no art. 493 do CPC, segundo o qual cabe ao órgão julgador levar em consideração os fatos supervenientes que constituam, modifiquem ou extingam direitos.[9]

9 A possibilidade de o juiz conhecer dos fatos supervenientes, a serem considerados pelo órgão julgador, aplica-se a qualquer instância jurisdicional; os fatos supervenientes podem dizer respeito ao juízo de admissibilidade ou ao

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

• A carta de Salvador e o recurso de apelação no projeto do Código de Processo Civil, de Nelson Rodrigues Netto – *RePro* 229/245-268 (DTR\2014\692);

• Novo conceito de sentença: análise da jurisprudência acerca do recurso cabível nas situações duvidosas e aplicação do princípio da fungibilidade, de Guilherme Peres de Oliveira – *RePro* 164/296 (DTR\2008\641).

próprio mérito. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*: análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, *passim*)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?

Lenio Luiz Streck

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em direito do Estado pela UFSC. Professor Titular da UNISINOS e da UNESA. Advogado.

Georges Abboud

Advogado sócio no escritório "Nery Advogados". Mestre e doutor em direitos difusos e coletivos pela PUC-SP. Professor da graduação da PUC-SP. Professor do mestrado e doutorado da FADISP.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema: as razões pelas quais aplicar um genuíno precedente ou qualquer provimento vinculante é um ato hermenêutico. Riscos de uma teoria da aplicação dos precedentes que almeja pureza de sentidos. 2. Sistema vinculatório do NCPC. A imprescindível crítica hermenêutica para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes postos no art. 927 do NCPC. 3. A aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico. Do mesmo modo, nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação. A imprescindível superação do silogismo. 4. Os provimentos vinculantes também devem observar a integridade e coerência na sua aplicação. 5. Nota conclusiva: risco de uma teoria de aplicação dos precedentes no Brasil. Retrocesso para aplicação puramente semântica dos enunciados jurídicos.

1. Colocação do problema: as razões pelas quais aplicar um genuíno precedente ou qualquer provimento vinculante é um ato hermenêutico. Riscos de uma teoria da aplicação dos precedentes que almeja pureza de sentidos.

Desde a Emenda Constitucional 45 – que introduziu a súmula vinculante em nosso sistema – parcela da doutrina reitera a necessidade de se estabelecer uma teoria da aplicação dos precedentes no Brasil.

O escopo do artigo é demonstrar que é necessária uma compreensão hermenêutica, de cariz pós-positivista, do fenômeno jurídico para se assegurar uma aplicação íntegra, coerente e constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes elencados no art. 927 do NCPC.

A não compreensão de uma crítica hermenêutica do Direito pode fazer crer que o correto é a estruturação de uma teoria da aplicação dos precedentes no Brasil. Esse equívoco pode conduzir a um retrocesso para um modelo primitivo de positivismo, a partir do qual o texto passa a se equiparar à norma que, por sua vez, resgata uma natureza abstrata e não concreta, como se fosse possível um provimento vinculante conter em si a solução já pronta para os casos futuros.

O artigo tem por finalidade justamente evitar esses riscos e forneceres elementos teóricos mínimos para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes contidos no NCPC.

2. Sistema vinculatório do NCPC. A imprescindível crítica hermenêutica para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes postos no art. 927 do NCPC.

Se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evolução histórica, fato é que o CPC elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial.[1]

Ocorre que, com a inserção do art. 927 – um dos pontos fulcrais do *stare decisis* (mediante leitura *dworkiniana*) – tem-se a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter *estável, íntegra e coerente*. Veja-se: o texto legal fala em "jurisprudência" e não em "precedentes". E com toda razão, porque são coisas distintas.[2]

Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do "sistema de vinculação jurisprudencial" (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil.

A principal é a impossibilidade de se aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes, problemática que, aliás, já de há muito vem denunciada pela crítica hermenêutica do Direito (CHD), isto é, nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicada de forma dedutiva-subsuntiva-mecânica.

No sistema do *common law*, essa impossibilidade é mais evidente porque o precedente não nasce como precedente e ele não é previamente definido textualmente. No Brasil, as súmulas vinculantes e as decisões vinculantes têm sua *textitude* já definida.[3]

Todavia, sua aplicação pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensa atividade interpretativa por parte do julgador bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para se aplicar o provimento vinculante.

---

1 Ver: Lenio STRECK e Georges ABBOUD. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 19 *et seq.*

2 Cf. Lenio STRECK e Georges ABBOUD. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?, cit., *passim*.

3 Lenio STRECK. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2005.

Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculante não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

3. A aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico. Do mesmo modo, nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação. A imprescindível superação do silogismo.

Tendo em vista que a perspectiva do legislador e dos artífices do NCPC – ao que tudo indica – foram os precedentes do *common law*, é importante demonstrar, ainda que suscintamente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, que é fundamental no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos. Outrossim, a doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*)[4] dentro do precedente.

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.

Embora não seja possível simplesmente "importar" irrefletidamente os conceitos teóricos formulados para (e por) uma tradição jurídica diversa, essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que já vem ocorrendo no Brasil desde muito antes do advento do CPC, e que Maurício Ramires[5] chamou de "uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe".

Não se trata apenas de evitar aplicar precedentes para "casos diferentes", ou, menos ainda, de reconhecer que "cada caso é um caso". Como afirma o mesmo autor, "o mero juízo de *identificação entre casos*, tida como *semelhança entre fatos*, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente", uma vez que não existe a separação cirúrgica entre a "questão de fato" e a "questão de direito" imaginada pela dogmática corriqueira. É possível que um caso X apresente uma situação "de fato" mais diferente daquela do precedente P do que o caso Y, mas que o precedente P seja

4 Por todos, Geoffrey Marshall. *What is binding in a precedent*. Neil MACCORMICK, Robert S. SUMMERS e Arthur L. GOODHARD (org.). *Interpreting Precedent.*, England: Ashgate, 1997, p. 503.

5 Maurício RAMIRES. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 149.

aplicável ao caso X e não ao caso Y. A pedra de toque está na *applicatio*: "É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea".[6]

De todo modo – e aqui já se pode fazer uma alusão aos dispositivos do NCPC que tratam dos precedentes brasileiros - é importante não perder de vista o elemento circular que perpassa ao exame dos aspectos em tela. Assim como no *common law*, aqui também não pode haver um exame estanque desses aspectos, como se fossem "etapas" ou "fatias" argumentativas. Todos os elementos são atravessados pela hermenêutica, que implica a facticidade dos casos. Impossível um precedente como se fosse "um conceito sem coisa".

Portanto, lá como cá, inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Sob essa perspectiva que deve guiar a aplicação dos artigos 926 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu "DNA". Por fim, para resguardar o devido processo legal, aos litigantes deverá ser assegurada manifestação acerca do provimento vinculante que incidirá no caso concreto.

Em termos simples, ao autor e ao réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá ser aplicada determinada súmula vinculante ou acórdão paradigma, por exemplo, no bojo da lide por eles instaurada. Essa é a leitura consentânea com o art. 10 do NCPC (*proibição de decisão surpresa*). Se todas as matérias de ordem pública, para serem aplicadas, demandam prévia possibilidade de as partes se manifestarem, com maior razão, deve ser facultado às partes se pronunciarem sobre qual a correta forma de incidência do preceito vinculante em face de sua lide.

4. Os provimentos vinculantes também devem observar a integridade e coerência na sua aplicação.

A obrigatoriedade de aplicar de forma íntegra e coerente os provimentos vinculantes está colocada no próprio art. 926 do NCPC: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro *jogo limpo*. Nessa perspectiva a "*integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um 'jogo limpo' (*fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo 'seguindo minha consciência, decido de outro modo'. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva 'porque quer' (ou porque sim)".[7]

6 Maurício RAMIRES. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, cit., p. 149.

7 Lenio STRECK. *O que é isto* – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? Ver: *Integridade do Direito implica igualdade de tratamento e respeito às mudanças*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/integridade-direito-implica-igualdade-tratamento-respeito-mudancas>. Acesso em: 09 dez. 2014.

Com efeito, o genuíno precedente do *common law* dinamiza o sistema jurídico, na medida em que ele é tanto o ponto de início do debate do caso concreto quanto o embasamento para a solução do caso concreto. Para que os provimentos vinculantes do CPC não engessem o sistema jurídico, sua interpretação e aplicação não pode ser mecânica e subsuntiva, pelo contrário elas têm que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram.

Assim, sempre que um precedente for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. Tanto assim é que todo juiz chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter o resultado interpretativo anterior ao teste de fundamentação racional – vale dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior. Essa lição, precisamos sempre ressaltar, é necessária para assegurar que o respeito aos provimentos vinculantes do CPC não configura uma submissão mecânica e cega ao que foi decidido pelos Tribunais Superiores.

As novas decisões que utilizarão como base um ou mais de um dos provimentos vinculantes do art. 927 não são frutos de silogismo. Pelo contrário, elas também constituem atos hermenêuticos.

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se proferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação na cadeia discursiva.[8]

5. Nota conclusiva: risco de uma Teoria de Aplicação dos Precedentes no Brasil. Retrocesso para aplicação puramente semântica dos enunciados jurídicos.

Nos tópicos antecedentes, demonstramos a impossibilidade de se cogitar a aplicação de qualquer provimento vinculante sem um acesso hermenêutico anterior, com o intuito de evitar qualquer tentativa subsuntiva de sua operacionalização.

A explicitação desse aspecto é fundamental para evitarmos que não há enunciado linguístico que dispensa interpretação para sua aplicação, interpretação que, por sua vez, sempre deve observar a integridade e coerência.

Desse modo, aplicação de precedentes ou de provimentos vinculante não demanda uma *teoria processual própria*. Pelo contrário, o que é necessário uma correta compreensão do paradigma pós-positivista que deve estruturar a contemporânea aplicação dos enunciados linguísticos. Vale dizer, não compreender os aspectos hermenêuticos do pós-positivismo pode nos fazer incorrer numa repristinação de modelos de pensamento vinculados ao positivismo primitivo (exegético) que estaria defasado por mais de século.

Autores renomados sustentam a necessidade de uma teoria geral dos precedentes, como é o caso do insigne Fredie Didier, processualista que vem se mostrando preocupado com a vagueza e ambiguidade dos precedentes.[9] Para ele, o STF utiliza-se de "má técnica na elaboração de súmulas" (*sic*), especialmente no caso da Súmula n. 11 (denominada de

8 Lenio STRECK. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 617 *et seq.*

9 Cf. Editorial n. 49 do *site* de Fredie DIDIER Jr. Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 14 ago. 2012.

"súmula das algemas"). Didier considera que, na elaboração de um precedente – considerado por ele como uma "norma jurídica geral" –, uma das questões mais importantes é a utilização de "uma técnica" para a "redação do preceito normativo jurisprudencial". No fundo, a tese esgrimida por Didier representa parcela considerável do imaginário jurídico de *terrae brasilis*.[10]

Como contraponto à pretensão teórica de Didier, pensamos que o problema já começa na expressão "técnica de redação de precedente". Na verdade, Didier anuncia uma crítica à redação de uma súmula como sendo dirigida à "redação do precedente judicial". Essa diferenciação já foi explicitada de forma concisa neste trabalho.

Há, no imaginário jurídico brasileiro, um certo fascínio pela exatidão da linguagem, como se estivéssemos no auge do neopositivismo lógico e de sua lógica simbólica, que pretendia criar uma linguagem rigorosa para descrever os dados do mundo, mas sabemos que essa é uma empreitada que fracassou.

A partir daquilo que podemos chamar de um segundo giro – o ontológico-linguístico –, a questão das vaguezas e ambiguidades foi assumida como algo inexorável à linguagem. Assim, parece que Didier cai nessa armadilha, quando critica a utilização de palavras vagas na elaboração dos "precedentes" (*sic*). Ora, as palavras não se dividem em categorias como "vagas" e "precisas". Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos "precisos" que garantam a inexistência de "dúvidas" quanto a sua aplicação futura. Aliás, esse é um equívoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios "abrem a interpretação", face sua "abertura semântica" (*sic*). Ora, parece comezinho afirmar que *não há clareza que dispense a interpretação*. E, mesmo que Didier tivesse razão, faltaria explicar por que motivos a lei deveria ser formulada em termos que (ao contrário do precedente) *favorecessem* o surgimento de dúvidas. Só se fosse para dar (mais) discricionariedade ao intérprete, o que também denuncia uma postura positivista.

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a "degradação semântica" (*sic*). Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar *no próprio texto* uma "essência" que permita dizer qual seu "real significado". É como se o texto contivesse uma "textitude". Ou seja, "fica-se nos domínios do texto".

Assim, se no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.

O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um *juiz-boca-fria-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêutico e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma e da necessidade do acesso hermenêutico para se evitar uma equivocada aplicação dos provimentos vinculantes. Essa percepção é fundamental para que se possa dar à lei e às decisões dos

10 Nesse sentido, ver: Lenio STRECK. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? *Direitos Fundamentais & Justiça* - Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre: HS Editora, ano 2, n. 5, out./dez. 2008.

Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Intervenção de terceiros

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Doutor em Direito. Advogado.

SUMÁRIO: I- Intervenção de terceiros. 1. Conceito e casos de cabimento. II- Assistência. 2. Conceito. 3. Pressupostos da intervenção. 4. Assistência simples e assistência litisconsorcial. 5. Poderes e ônus processuais do assistente simples e litisconsorcial. 6. Encargos do assistente e limites de sua atuação. 7. Recursos. 8. Assistência atípica ou negociada. 9. O recurso de terceiro prejudicado. III- Denunciação da lide. 10. Conceito. 11. Obrigatoriedade da denunciação da lide. 12. Casos de não cabimento da denunciação da lide. 13. Objetivo do incidente. 14. Procedimento. 15. Efeitos da denunciação da lide. 16. Cumprimento da sentença que acolhe a denunciação. 17. Execução da sentença. 18. Denunciações sucessivas. IV- Chamamento ao processo. 19. Conceito. 20. Casos de admissibilidade do incidente (art. 130 do NCPC). 21. Procedimento. 22. O chamamento ao processo em caso de seguro de responsabilidade civil. V- Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 23. A desconsideração da personalidade jurídica. 24. A desconsideração inversa da personalidade jurídica. 25. Procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 26. Prevenção contra a fraude. VI- *Amicus curiae*. 27. Conceito. 28. Poderes do *amicus curiae*: sustentação oral e recursos.

I - Intervenção de terceiros.

1. Conceito e casos de cabimento.

Ocorre o fenômeno processual chamado *intervenção de terceiro* quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes.[1]

Os casos de intervenção de terceiros catalogados pelo novo Código de Processo Civil são os seguintes:

(a) a *assistência* (arts. 119 a 124);[2]

(b) a *denunciação da lide* (arts. 125 a 129);[3]

(c) o *chamamento ao processo* (arts. 130 a 132).[4]

1 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 236, p. 262.

2 CPC/73, arts. 50 a 55.

3 CPC/73, art. 70 a 76.

4 CPC/73, art. 77 a 80.

(d) o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* (arts. 133 a 137);[5]

(e) o *amicus curiae* (art. 138).[6]

O Código revogado previa, ainda, outras duas categorias de intervenção de terceiros: a *nomeação à autoria* (arts. 62 a 69) e a oposição (arts. 56 a 61). O Código atual suprimiu referidas modalidades de intervenção sem, contudo, abolir os institutos. A correção do polo passivo, antes feita por meio da nomeação à autoria, agora pode ser realizada em qualquer processo, indistintamente, e não apenas em hipóteses restritas como ocorria na legislação anterior. Basta que o réu alegue, em contestação, sua ilegitimidade e indique o sujeito passivo da relação jurídica (arts. 338 e 339).

O Código de 1973 cuidava da oposição no Capítulo da intervenção de terceiros (arts. 56 a 61). A legislação atual manteve o instituto, com as mesmas características, mas o deslocou para o Título III - Dos Procedimentos Especiais (arts. 682 a 686), tratando-o como ação especial autônoma. Aliás, já ao tempo da lei revogada, a qualificação da oposição como intervenção de terceiros era criticada pela doutrina, visto que, ao contrário das demais figuras interventivas, a oposição assumia "a natureza jurídica de ação incidental, formando nova relação processual", tanto que a dedução do respectivo pedido observava os requisitos da petição inicial e se sujeitava ao preenchimento dos pressupostos processuais e das condições da ação.[7]

Pode-se, também, considerar como uma forma de intervenção voluntária o *recurso do terceiro prejudicado*, previsto no art. 996 do NCPC.[8]

II - Assistência.

2. Conceito.

Segundo o art. 119,[9] dá-se a *assistência* quando o terceiro, na pendência de uma causa entre outras pessoas, tendo interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, intervém no processo para prestar-lhe colaboração.

O assistente, portanto, não é parte da relação processual – pelo menos na modalidade de assistência simples – e nisso se distingue do litisconsorte. Sua posição é de terceiro que tenta apenas coadjuvar uma das partes a obter vitória no processo. Não defende direito próprio, mas de outrem, embora tenha um interesse próprio a proteger indiretamente.

3. Pressupostos da intervenção.

A intervenção do terceiro, como assistente, pressupõe interesse. Mas seu interesse não consiste na tutela de seu direito subjetivo, porque não integra ele a lide a solucionar; mas na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida.[10]

Se A., dono de uma coisa, convenciona alugá-la ou emprestá-la a B., e C. ajuíza uma ação reivindicatória sobre a mesma coisa, é intuitivo que B. tem interesse jurídico em que A saia vitorioso na causa, pois, caso contrário, não poderá desfrutar da coisa que foi objeto do contrato. Legítima será, destarte, sua intervenção no processo para ajudar A. a obter sentença que lhe seja favorável.[11]

5 CPC/73, sem correspondência.
6 CPC/73, sem correspondência.
7 ARRUDA ALVIM, José Manuel; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.
8 CPC/73, art. 499.
9 CPC/73, art. 50.
10 O TJDF reconheceu ser admissível a assistência do sublocatário na ação revisional de aluguel ajuizada pelo locador contra o locatário (ac. 15.09.55, *in Revista de Direito Mercantil*, v. VI, p. 910). "O assistente luta pela vitória do assistido ou porque a sua relação jurídica é vinculada àquele, ou a *res in iudicium deducta* também lhe pertence" (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.080.709/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 24.08.2010, *DJe* 10.09.2010).
11 "Sem que se demonstre, por parte do terceiro, interesse jurídico na vitória da parte assistida; sem que se mostre

Por outro lado, o interesse do assistente há de ser *jurídico*, como reclama do art. 119, *i. é*, deve relacionar-se com um vínculo jurídico do terceiro com uma das partes, de sorte que não se tolera a assistência fundada apenas em "relação de ordem sentimental"[12] ou em "interesse simplesmente econômico".[13]

Diante disso, podemos sintetizar os pressupostos da assistência em:

(a) existência de uma relação jurídica entre uma das partes e o terceiro (assistente); e

(b) possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação.[14]

4. Assistência simples e assistência litisconsorcial.

Quando o assistente intervém tão somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio, o caso é de assistência *adesiva* ou *simples* (*ad adjuvandum tantum*).

O interesse que justifica essa intervenção decorre de uma relação jurídica entre o terceiro e uma das partes do processo pendente. Não há relação material alguma entre o interveniente e o adversário da parte a que se deseja prestar assistência. Mas, mesmo não estando sendo discutida no processo, a relação do terceiro com uma das partes pode ficar prejudicada em seus efeitos práticos e jurídicos, caso o assistido saia vencido na causa pendente.[15] Os efeitos da decisão do processo, para autorizar a assistência simples, são apenas *indiretos* ou *reflexos*,[16] visto que a relação material invocada pelo interveniente não será objeto de julgamento, por não integrar o objeto litigioso.[17]

Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de *direito próprio* contra uma das partes o que se dá é a assistência *litisconsorcial*. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 124).[18] Esse assistente entra num processo em que a relação material que o envolve já se acha disputada em juízo, embora a propositura da demanda tenha ocorrido sem sua participação. O assistente não figurou como litisconsorte na origem do processo, mas poderia ter figurado como tal.

---

que a sentença poderá influir, direta ou indiretamente, na relação jurídica do terceiro com uma das partes, não há falar em assistência, quer como intervenção simplesmente adesiva, quer como intervenção autônoma, litisconsorcial" (2º TACiv.-SP, ac. 26.12.73, *in RT*, 463/191).

12 TJMG, Ag. Inst. 11.750 – Rel. Des. Edésio Fernandes, ac. 04.08.70, *in Jurisprudência Mineira*, 46/198; 2º TACiv.-SP, Ag. 460.953-00/0, Rel. Juiz Mariano Siqueira, ac. 14.05.96, *in RT* 732/309.

13 STJ, REsp 9.548-0/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 01.12.92, *DJU* 26.04.93, p. 7.211; STF, MS 21.059-1/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 05.09.90, *in RF* 317/213; STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.241.523/PR, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011; STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.080.709/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 24.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

14 "Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante" (STF, Pleno, MS 21.059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 05.09.90, *DJU* 19.10.90, p. 11.486). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp 1.199.940/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 1.3.2011, *DJe* 4.3.2011. Mesmo que não haja uma verdadeira relação jurídica entre o assistente e o assistido, haverá de existir a possibilidade de a derrota processual de uma das partes atingir, de alguma forma, "algum direito" do interveniente (STJ, 3ª T., REsp 1.143.166/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 16.12.2010, *DJe* 03.11.2011). Assim, "é de se reconhecer o interesse jurídico do credor do falido, devidamente habilitado na ação falimentar, para intervir como assistente da massa falida nos autos em que ela atuar como parte" (STJ, 3ª T., REsp 1.025.633/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 24.05.2011, *DJe* 29.09.2011).

15 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I, p. 499.

16 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 477.

17 "A assistência simples constitui forma exata de intervenção de terceiro (...) uma vez que o assistente simples, mesmo depois de admitido a ingressar no processo, não perde a condição de terceiro em face das partes e do litígio (...). Justamente porque o direito em discussão não lhe pertence, ele não pode ser atingido pela coisa julgada (a qual atinge as partes), mas apenas pelos reflexos da sentença (que atinge o verdadeiro terceiro)" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 176).

18 CPC/73, art. 54.

É o que se passa, por exemplo, com o herdeiro que intervém na ação em que o espólio é parte representada pelo inventariante.[19] A sentença a ser proferida perante o espólio não terá apenas efeito reflexo para o herdeiro, mas efeito direto e imediato sobre seu direito na herança litigiosa. O assistente, na hipótese, não será apenas equiparado a litisconsorte, será efetivamente um litisconsorte facultativo do espólio, na defesa de direito próprio.[20]

Dois são os requisitos a serem observados para que a assistência seja qualificada como *litisconsorcial*: "a) há de haver uma relação jurídica entre o interveniente e o adversário do assistido; b) essa relação há de ser normada pela sentença".[21]

De alguma forma, portanto, a relação jurídica em que o assistente se apoia para ingressar em juízo no processo alheio deve estar em cogitação na *res in iudicium deducta*, porque se sabe que sobre ela deverá ocorrer pronunciamento na sentença.

O pressuposto da assistência litisconsorcial, nessa ordem de ideias, é, em regra, a *substituição processual*: alguém está em juízo defendendo, em nome próprio, direito alheio (art. 18). Embora o terceiro seja titular do direito litigioso, sua defesa em juízo, por alguma excepcional autorização da lei, está sendo promovida por outrem. Mesmo não sendo parte processualmente, a coisa julgada o atingirá. Os efeitos da sentença, diversamente do que se passa na hipótese de assistência simples, não são apenas reflexos, pois incidem *diretamente* sobre a situação jurídica do substituído, tenha ele participado ou não do processo.[22]

Como titular do direito discutido, o assistente litisconsorcial ostenta interesse jurídico qualificado, por isso a lei lhe atribui o papel de litisconsorte da parte principal a que presta assistência (art. 124). Estabelece-se entre assistente e assistido, *in casu*, um *litisconsórcio facultativo unitário*, porquanto a relação jurídica material em disputa é uma só, apresentando-se como una e incindível entre os vários titulares reunidos no polo do processo em que se inseriu incidentalmente o assistente.[23]

O novo Código, reproduzindo em seu art. 124 o que já constava do Código anterior (at. 54), estatui que se considera *litisconsorte* da parte principal o assistente que defende relação jurídica que poderá ser afetada pela sentença. Segundo observa Leonardo Carneiro da Cunha, essa norma dá claras indicações de que o assistente litisconsorcial é, de fato, um litisconsorte, não havendo razão para insistir na tese defendida por parte de velha doutrina, que entendia o assistente litisconsorcial como um terceiro, cuja função era apenas a de coadjuvar a parte principal.[24]

19 DINAMARCO aponta alguns outros exemplos de assistência qualificada ou litisconsorcial bastante frequentes na jurisprudência: "a) o afiançado como assistente litisconsorcial do fiador, ou vice-versa, no processo da ação de cobrança movida pelo credor; b) a assistência do proprietário do automóvel ao motorista acionado em virtude de danos causados em acidente (ou vice-versa); c) o tabelião intervindo como assistente qualificado do comprador do imóvel, na ação em que é pedida declaração de nulidade da escritura de compra-e-venda; d) vizinhos como assistentes da municipalidade, em processo no qual outro proprietário quer a declaração de não estar vinculado a certas limitações ao direito de construir etc." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, n. 597, p. 390). O exemplo mais nítido de assistência litisconsorcial é o do adquirente da coisa litigiosa, quando interfere para coadjuvar o alienante, que conserva a legitimidade de parte, mas atua na defesa do direito de terceiro, ou seja, do atual proprietário (NCPC, art. 109, § 2º).

20 STJ, 1ª T., REsps 76.970 e 79.906/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 17.10.96, RSTJ 93/77; RT 737/203; RT 739/222; STJ, 2ª T., AgRg no REsp 916.010/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 19.8.2010, *DJe* 3.9.2010.

21 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II, n. 341, p. 52.

22 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. I, p. 171.

23 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Op. cit.*, I, p. 172.

24 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A assistência no projeto do novo CPC brasileiro. *In:* AURELLI, Arlete Inês, *et al* (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 530-531.

5. Poderes e ônus processuais do assistente simples e litisconsorcial.

Ainda que se possa atribuir ao assistente a qualidade de parte, no sentido puramente processual, o litígio pendente não é seu, não restando autorizado a alterar o *objeto* da demanda, ou *as estratégias da defesa*, fixados pelo assistido. Destaca Dinamarco: "a intervenção do terceiro na qualidade de assistente *não altera o objeto do processo*, uma vez que se limita a *aderir* à pretensão do assistido, sem formular demanda nova (...). O mérito a ser julgado, em caso de assistência, tem os mesmos contornos do que seria sem ela. O juiz simplesmente julga a demanda inicial do autor (...)".[25]

A situação não é diferente para o assistente litisconsorcial, embora se reconheça maior autonomia na prática dos atos processuais, mas não sobre a preclusão dos atos e fases já superados e, principalmente, sobre a definição do objeto do processo. A finalidade institucional da assistência (intervir no processo pendente *inter alios*, para buscar sentença favorável à parte assistida), prevista no art. 119 do NCPC, vale tanto para a assistência *simples* como para a *qualificada*.[26]

O assistente, ainda quando *qualificado* (ou litisconsorcial), não perde a sua qualidade de assistente, como bem acentua Dinamarco. A locução "considera-se litisconsorte", contida no art. 54 do CPC/73, não pode ser entendida como se o assistente qualificado deixasse de ser assistente e passasse a ser um puro litisconsorte.[27] Esclarece o grande processualista: "significa [a locução do art. 54 (NCPC, art. 124)] somente que as possibilidades de atuação desse assistente serão tantas quantas as de uma parte principal, ou seja, tantas quanto as de um litisconsorte. Esse dispositivo tem somente o efeito de definir o tratamento destinado ao interveniente nos casos em que a assistência é qualificada por uma proximidade maior entre sua própria situação jurídica e a pretensão que o autor trouxera para julgamento".[28]

6. Encargos do assistente e limites de sua atuação.

A participação do assistente é *acessória* e, como tal, pressupõe a do assistido, que é a *principal*.

Como à parte assiste a faculdade de dispor tanto do direito substancial como do processual, a assistência não pode impedir (art. 122)[29] que:

(a) o *autor* desista da ação e provoque a extinção do processo;

(b) o *réu* reconheça a procedência do pedido, provocando julgamento de mérito contrário à parte assistida;

(c) as *partes* ponham fim ao litígio mediante transação;

(d) ou as *partes* renunciem ao direito sobre o que se funda a ação.

Essas limitações, no entanto, restringem-se à assistência *simples* ou *adesiva* (art. 121).

No caso de assistência *litisconsorcial*

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit., loc. cit*.

26 "Variam em intensidade as possibilidades de participação e liberdade para realizar os atos do processo, conforme se trate de assistência simples ou de qualificada". O que realmente distingue essas subespécies da assistência é a projeção do "grau maior ou menor dos efeitos" que o julgamento terá sobre a condição jurídica do assistente. "Segundo o art. 54 do Código de Processo Civil, a assistência será qualificada, ou litisconsorcial, quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido" (DINAMARCO. *Op. cit.*, II, n. 597, p. 387). A influência, no caso de assistência qualificada é direta sobre a relação jurídica invocada pelo assistente para intervir no processo. Na assistência simples, a situação jurídica que justificou o ingresso do assistente não integra o objeto do julgamento e somente poderá ser afetada de forma reflexa ou indireta.

27 Também para Ernane Fidélis dos Santos. O assistente litisconsorcial "não é parte", já que "nada pediu, nem contra ele se pediu nada. É simples assistente, como poderes de parte, mas não litisconsorte. Apenas se equipara ao litisconsorte" (*Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, n. 153, p. 159).

28 DINAMARCO, *op. cit.*, II, n. 597, p. 388.

29 CPC/73, art. 53.

(art. 124), assumindo o assistente a qualidade de *litisconsorte*, ser-lheá lícito prosseguir na defesa de seu direito, ainda que a parte originária haja desistido da ação, haja reconhecido a procedência do pedido ou haja transacionado com o outro litigante.[30]

Todo assistente, mesmo o equiparado a litisconsorte, recebe o processo nos termos objetivos em que a parte assistida o havia colocado (art. 119, parágrafo único).[31]

O assistente *litisconsorcial*, embora se sujeite aos efeitos da coisa julgada, não pode formular pedido novo, pois o que lhe é permitido é simplesmente aderir aos pedidos já formulados pela parte à qual se coliga.[32]

É certo que o assistente *litisconsorcial* já tem sua relação material com uma das partes sujeita ao processo. Isto, porém, não o autoriza a *formular pedido novo* e diverso daquele deduzido pelo assistido, em virtude da estabilidade da demanda, ocorrida antes de seu ingresso na relação processual. É bom lembrar que, estabilizado o objeto do processo (NCPC, art. 329), nem mesmo o autor original tem poderes para inovar o pedido ou a causa de pedir.[33] Não há, pois, como pensar que o pudesse fazer o terceiro, que veio ao processo, para assisti-lo.

7. Recursos.

Sendo o assistente litisconsorcial também *parte* do processo, terá sempre a faculdade de interpor recursos, ainda quando o assistido não o faça.[34] Ao tempo do Código anterior, havia discussão a respeito da possibilidade ou não de o assistente *simples* recorrer mesmo sem o recurso do assistido. Parte da doutrina entendia que esse interveniente só teria oportunidade de recorrer se também assim o fizesse o assistido. É que da inércia da parte principal decorreria a sua aquiescência à sentença, provocando a coisa julgada; e ao assistente simples não era dado opor-se aos atos do assistido que, de qualquer forma, punham fim ao processo (art. 53, CPC/73). Logo, não lhe era possível forçar o prosseguimento do feito em segundo grau, quando o assistido já houvesse se conformado com o decisório de primeiro grau.[35]

Havia, entretanto, quem defendesse a possibilidade de o assistente recorrer mesmo que o assistido não o fizesse. O argumento era o de que ao assistente a lei confere a qualidade de "gestor de negócios" (CPC/73, art. 52, parágrafo único), de sorte que o seu recurso autônomo só não seria conhecido "se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo de recurso já interposto".[36]

O Código atual acabou com a discussão ao conferir ao assistente a qualidade de substituto processual. A alteração da expressão "gestor de negócios" por "substituto processual" amplia a participação do assistente que, por isso, passa a atuar, em nome próprio, mas na defesa de interesses do assistido.[37] Prevaleceu, assim, a jurisprudência do STJ no sentido

30 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 231.

31 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, II, nº 344, p. 55.

32 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. I, p. 203.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 175: "o assistente litisconsorcial, assim, é parte interveniente no curso do processo já instaurado e, por isso mesmo, recebe pelo direito processual tratamento idêntico ao dispensado para a parte, em termos processuais, *restringindo-se-lhe, todavia, os poderes diante do princípio da demanda porque esta já fora instaurada e já se encontra estabilizada*" (destacamos).

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1961, vol. II, p. 87; COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 149.

35 "1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida" (STJ, 2ª T., REsp 535.937/SP, Rel. Humberto Martins, ac. 26.9.2006, *DJU* 10.10.2006, p. 293).

36 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 3, p. 49. No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp 99.123/PR, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 3.6.2002, *DJU* 1.7.2002, p. 410.

37 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A assistência no projeto cit.*, p. 529.

de que "segundo o entendimento mais condizente com o instituto da assistência simples, *a legitimidade para recorrer do assistente não esbarra na inexistência de proposição recursal da parte assistida, mas na vontade contrária e expressa dessa no tocante ao direito de permitir a continuidade da relação processua*l" (destaque nosso)[38].

É importante ressaltar, ainda, que a nova legislação permite a substituição processual em relação aos direitos e interesses da parte não apenas no caso de revelia do assistido, mas, também, quando for *de qualquer outro modo omisso* (art. 121, parágrafo único). Ampliou também, assim, a esfera de atuação do assistente simples. Para Leonardo Carneiro da Cunha, há duas espécies de omissão da parte principal no processo: *(i)* a omissão contumacial, que permite que o assistente simples atue livremente no processo, auxiliando o assistido na defesa de seu direito; e, *(ii)* a omissão negocial, que não permite ao assistente contrariar a vontade do assistido.[39]

Desta forma, se o assistido deixar de recorrer, "o recurso do assistente evitará a preclusão",[40] por se tratar de omissão contumacial, ou de simples inércia na interposição do recurso pelo assistido. Se, contudo, a parte principal tiver expressamente manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo daquele já interposto, o assistente não poderá apresentar recurso próprio, pois a sua atuação fica vinculada à manifestação de vontade do assistido.

8. Assistência atípica ou negociada.

Em regra, a assistência simples depende da demonstração do *interesse jurídico*. Assim, se o terceiro que pretende ingressar na lide para auxiliar uma das partes não conseguir comprovar seu legítimo interesse, não poderá ser deferido o seu pedido de intervenção.

Ocorre que o novo CPC, como já se viu, adota como "norma fundamental" o dever de todos os sujeitos do processo de "cooperar entre si para que se obtenha, em *tempo razoável*, decisão de mérito *justa* e *efetiva*" (art. 6º). Tal princípio transforma o processo numa "comunidade de trabalho",[41] potencializando o diálogo entre todos os sujeitos processuais, de forma a se alcançar a melhor solução para o caso concreto. Além disso, o art. 190[42] permite que as partes, em se tratando de causa que verse sobre direitos que admitem autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes,

38 STJ, Corte Especial, ED no REsp 1.068.391/PR, Rel. p/ ac. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 29.08.2012, *DJe* 7.08.2013.

39 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A assistência no projeto cit.*, p. 530.

40 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A assistência no projeto cit.*, p. 529.

41 SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil.* São Paulo: Lex, 1996, p. 62.

42 CPC/73, sem correspondência.

faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Nada impede, outrossim, que as partes disciplinem de forma diversa uma intervenção típica. I. é, as partes podem prever formas diferenciadas de atuação do assistente simples (assistência atípica), a fim de conformar o processo às especificidades do caso concreto. Assim, os sujeitos da lide poderiam negociar a manifestação do assistente sobre atos anteriores ao seu ingresso; a ampliação ou restrição de seus poderes; etc.[43]

O NCPC facilita essa flexibilização dos casos de intervenção de terceiro, por meio da nova figura do negócio jurídico processual, que veio a institucionalizar a negociabilidade em torno de procedimentos, ônus, poderes e deveres das partes (art. 190, *caput*).[44]

9. O recurso de terceiro prejudicado.

O art. 996 do novo Código de Processo Civil[45] assegura não só à parte vencida, mas também ao terceiro prejudicado, o direito de recorrer. O recurso, portanto, constitui uma oportunidade para realizar a intervenção de quem não é parte no curso do processo.

Essa interferência se justifica pelos mesmos princípios que inspiram os casos gerais de intervenção, que, além da economia processual, atendem também ao desígnio de criar meios de evitar reflexos do processo sobre relações mantidas por alguma das partes com quem não esteja figurando na relação processual.

Assim, o direito de recorrer, reconhecido ao estranho ao processo, justifica-se pelo reconhecimento da legitimidade do seu interesse em evitar efeitos reflexos da sentença sobre relações interdependentes, ou seja, relações que, embora não deduzidas no processo, dependam do resultado favorável do litígio em prol de um dos litigantes.

Dessa maneira, o terceiro que tem legitimidade para recorrer é aquele que, antes, poderia ter ingressado no processo como assistente ou litisconsorte.

É importante ressaltar que o recurso de terceiro não se equipara aos embargos de terceiro ou a uma espécie de rescisória, em que o recorrente pudesse exercer uma *ação nova*, alegando e defendendo direito próprio, para modificar, em seu favor, o resultado da sentença. Mesmo porque seria contrário a todo o sistema do devido processo legal vigente entre nós imaginar que o terceiro pudesse iniciar, sem forma nem figura de juízo, uma ação nova já no segundo grau de jurisdição.

Em suma: o recurso de terceiro prejudicado é uma forma de intervenção de terceiro em grau de recurso ou, mais propriamente, uma *assistência* na fase recursal, porque, no mérito, o recorrente jamais pleiteará decisão a seu favor, não podendo ir além do pleito em benefício de uma das partes do processo.[46] É que o assistente nunca intervém para modificar o objeto do processo, mas para ajudar "uma das partes a ganhar a causa", pois é "a vitória do assistido que beneficia indiretamente o assistente".[47] Note-se, contudo, que mesmo diante da maior amplitude dada ao recurso do terceiro prejudicado pelo art. 996, parágrafo único, do NCPC, que chega a permitir a invocação de prejuízo a direito próprio, o caso não é de acertamento de tal direito no âmbito do grau recursal, mas apenas de possível invalidação da sentença, para que em outra ação esse direito possa ser acertado e defendido.

43 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A assistência no projeto cit.*, p. 527.

44 "A intervenção de terceiros apresenta-se, pois, amplamente negociável, pelas partes, às quais se oferece a possibilidade de adaptar o procedimento às peculiaridades da demanda desde que não se reduzam direitos e garantias dos terceiros intervenientes no processo" (SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 241, p. 95-108, mar./2015).

45 CPC/73, art. 499.

46 GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 103-104.

47 MONIZ DE ARAGÃO. "Parecer", *in RF*, v. 251, 1975, p. 164; MOREIRA, Barbosa. *Direito processual civil.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 25.

III - Denunciação da lide.

10. Conceito.

No Código de Processo Civil atual do Brasil, a denunciação da lide presta-se à dupla função de, cumulativamente, *(a) notificar* a existência do litígio a terceiro; e *(b) propor* antecipadamente a ação de regresso contra quem deva reparar os prejuízos do denunciante, na eventualidade de sair vencido na ação originária.

No sistema do Código anterior, a denunciação da lide era medida qualificada legalmente como *obrigatória*, que levava a uma sentença sobre a responsabilidade do terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu. A obrigatoriedade não foi adotada pela legislação atual.

A denunciação da lide consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.

Os casos em que tem cabimento a denunciação da lide, segundo o art. 125 do NCPC[48] são:

(a) o de garantia da evicção (inciso I);

(b) o do direito regressivo de indenização (inciso II).

O Código anterior previa, ainda, a denunciação da lide ao proprietário ou possuidor indireto quando a ação versasse sobre bem em poder do possuidor direto e só este fosse demandado. O Código atual suprimiu referida modalidade de intervenção. Assim, na hipótese de o possuidor direto vir a ser perturbado no uso e gozo da coisa, deverá buscar indenização do possuidor indireto pelas perdas e danos em razão da não garantia da posse cedida por outro meio, ou seja, por outra ação movida diretamente contra o responsável pela cessão da posse.

11. Obrigatoriedade da denunciação da lide.

Ao tempo do Código anterior, muito se discutia acerca da obrigatoriedade da denunciação da lide, imposta pelo *caput* do seu art. 70. A despeito da expressa determinação legal, doutrina e jurisprudência tendiam a considerar, em muitos casos, facultativa a intervenção à parte. Era digna de acolhida a lição de Pedro Soares Muñoz, para quem, na dúvida, deveriam prevalecer as regras de direito material. Nesse sentido, correta a conclusão, apoiada em Lopes da Costa, de que "quando à denúncia a lei substantiva atribuir direitos materiais (o caso da evicção, por exemplo) é ela obrigatória. Se apenas se visa ao efeito processual de estender a coisa julgada ao denunciado, é ela facultativa" (para o denunciante). Prevaleceria, na realidade, a obrigatoriedade apenas para o caso de garantia da evicção.[49] Para o denunciado, porém, os efeitos inerentes à intervenção são sempre obrigatórios.[50]

Nessa ordem de ideias, o entendimento dominante era no sentido de que, numa ação de responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito, provocado por preposto do réu, não se poderia falar em obrigatoriedade da denunciação da lide ao agente a que no processo se atribuía a culpa pelo evento. Sua convocação, pelo réu, para exercitar o eventual direito de regresso, seria simplesmente facultativa, de modo que a omissão da denunciação da lide não provocaria nulidade do processo, nem

48 CPC/73, art. 70.

49 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed. Atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 108.

50 MUÑOZ, Pedro Soares. *Da intervenção de terceiros no novo código de processo civil*. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. 1974, v. I, pp. 21-22. STJ, 4ª T., REsp nº 648.253/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 04.10.2005, *DJ* 03.04.2006, p. 352; STJ, 2ª T., REsp nº 156.284/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 16.08.2001, *DJU* 08.10.2001, p. 190; STJ, 3ª T., REsp nº 647.186/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 01.09.2005, *DJU* 14.11.2005, p. 313).

perda do direito da parte vencida (preponente) de ajuizar, futuramente, outra ação direta contra o preposto para cobrar-lhe regressivamente a indenização.[51]

Em conclusão: a obrigatoriedade de que falava o art. 70 do CPC/1973 decorreria do direito material e não da lei processual.[52]

Para efeitos meramente processuais, o significado da obrigatoriedade configurada no aludido dispositivo da lei formal restringia-se à circunstância de que, em qualquer das hipóteses legais, sem o incidente da denunciação da lide e a observância do respectivo procedimento, não seria admissível a solução do problema do direito regressivo na sentença que decidisse a causa principal. Em outros termos, a parte que pretendesse sentença que envolvesse, além da causa principal, também o direito de regresso contra o terceiro responsável pela garantia de seu direito envolvido no litígio, teria obrigatoriamente que fazer uso da denunciação da lide.

Mesmo no caso de evicção, em que tradicionalmente se tinha como obrigatória a denunciação de lide, por força do direito material (art. 456 do CC), a jurisprudência havia evoluído para fixar o entendimento de que a omissão do evicto no manejo da denunciação da lide só provocaria efeitos internos no processo. Isto é, acarretar-lhe-ia a perda da possibilidade de exercer a pretensão regressiva, por força apenas da sentença em que a evicção o atingira. Não lhe ficaria prejudicado, porém, o direito de usar ação autônoma para recobrar o preço pago pela coisa evicta.[53]

O novo Código, na esteira do entendimento dominante, *retirou a obrigatoriedade da denunciação da lide, em todos os casos de sua aplicação*, ao dispor, no *caput* do art. 125, ser ela apenas "admissível". Substituindo a expressão "obrigatória" por "admissível", a lei atual não deixa qualquer dúvida acerca da facultatividade da denunciação. Além disso, o art. 1.072, II, do NCPC revogou o art. 456 do CC. Ou seja, o argumento de direito material que justificava a obrigatoriedade da intervenção foi suprimido do ordenamento jurídico.

Atualmente, não há mais espaço para a alegação de que a falta de denunciação levaria à perda do direito de regresso, na medida em que o § 1º do art. 125 do novo CPC[54] dispõe, textualmente, que esse direito "será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida". Ou seja, o direito de regresso da parte não é prejudicado pela ausência de denunciação da lide, nem mesmo pelo seu indeferimento. Apenas na hipótese de a intervenção ter sido julgada improcedente pela sentença é que à parte não mais caberá ação autônoma para pleitear o direito de regresso.

12. Casos de não cabimento da denunciação da lide.

Em princípio, a previsão legal de cabimento da denunciação da lide abrange todas as causas do processo de cognição, sem distinção da natureza do direito material contro-

51 STJ, 1ª T., REsp 613.190/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 06.03.207, *DJU* 02.04.2007, p. 232.

52 "A denunciação da lide só se torna obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil" (STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.384.117/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.05.2011, *DJe* 30.05.2011). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp nº 880.698/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 10.04.2007, *DJU* 23.04.2007, p. 268.Mesmo quando a garantia da evicção torna obrigatório o uso da denunciação da lide, a jurisprudência tem entendido que sua falta somente afeta o direito à indenização prevista na lei civil. O adquirente evicto, porém, não ficará impedido de recobrar o preço do alienante por meio de ação autônoma (STJ, 3ª T., REsp nº 9.552/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.05.92, *DJU* 03.08.92, p. 11.308). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp nº 923.856/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.09.2010, *DJe* 04.10.2010; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 917.314/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 15.12.2009, *DJe* 22.02.2010.

53 STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.323.028/GO, Rel. Min. Marco Buzzi , ac. 16.10.2012, *DJe* 25.10.2012; STJ, 3ª T., REsp nº 255.639/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 24.04.2001, *DJU* 11.06.2001, p. 204; STJ, 4ª T., REsp nº 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 21.03.2013, *DJe* 17.04.2013.

54 CPC/73, sem correspondência.

vertido e do procedimento da ação.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor não a admite nas ações de reparação de dano oriundas de relação de consumo (Lei nº 8.078/90, art. 88).[55] Permite, porém, o emprego do chamamento ao processo para provocar a reparação devida pelo segurador do fornecedor (Lei nº 8.078/90, art. 101, II). Outra hipótese em que a doutrina e jurisprudência repelem a denunciação da lide é a dos embargos à execução, por seu âmbito restrito e específico.[56]

Trata-se de intervenção típica do processo de conhecimento com o objetivo de ampliar o objeto a ser enfrentado na sentença. Por isso não há lugar para denunciação da lide no processo de execução, nem mesmo na fase de cumprimento da sentença.

13. Objetivo do incidente.

Visa a denunciação a enxertar no processo uma nova lide, que vai envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que um pretende exercer contra o outro. A sentença, de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado.

14. Procedimento.

Cumpre distinguir entre a denunciação feita pelo autor e a promovida pelo réu:

I – Denunciação feita pelo autor:

Quando a denunciação da lide parte do autor, o momento de sua propositura confunde-se com o da própria ação. É o caso em que, por exemplo, um veículo foi objeto de apreensão policial promovida por alguém que se diz dono e vítima de furto. O comprador, então, move ação reivindicatória ou possessória e, desde logo, inclui o vendedor na demanda como responsável pela garantia da evicção. Na petição inicial, portanto, será pedida a citação do denunciado, juntamente com a do réu, fundada em pretensão regressiva da qual o autor se alega titular. Haverá, assim, um litisconsórcio eventual inicial entre o réu e o denunciado. O juiz deverá marcar o prazo de resposta do denunciado, que, em princípio, será de quinze dias (art. 335, *caput*).[57] Na verdade, o caso é mais de litisconsórcio do que de intervenção de terceiro, porquanto o denunciado já se integra à relação processual desde sua origem. Não é, pois, um estranho que vem a figurar supervenientemente num processo instaurado entre outras partes, tal como se passa com as verdadeiras "intervenções de terceiro".[58]

Sem embargo de figurar na petição inicial ao lado do réu, o denunciado será citado antes deste, para ter oportunidade de eventualmente assumir a posição de litisconsorte do autor e aditar, se lhe convier, a petição inicial, com novos argumentos. Somente depois desse momento processual, consumado com a resposta do denunciado, ou com o esgotamento do prazo para fazê-la, é que se procederá à citação do réu, abrindo-lhe prazo próprio para contestar a ação (NCPC, art. 127, *in fine*). Dessa maneira, as duas citações – a do denunciado e a do réu – não são simultâneas, mas sucessivas. Esse mecanismo procedimental permite ao réu defender-se, numa só contestação, contra os argumentos do autor e do denunciado.

II – Denunciação feita pelo réu:

55 "Nas relações de consumo, a denunciação da lide é vedada apenas na responsabilidade pelo fato do produto (artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor), admitindo-o nos casos de defeito no serviço (artigo 14 do CDC), desde que preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil [NCPC, art. 125]" (STJ, 3ª T., REsp nº 1.123.195/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 16.12.2010, *DJe* 03.02.2011).

56 STJ, REsp nº 1.284/GO, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 07.08.1990, *RSTJ* 24/280; STJ, 2ª T., REsp nº 691.235/SC, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.06.2007, *DJU* 01.08.2007, p. 435; STJ, 2ª T., REsp nº 685.621/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 15.09.2005, *DJU* 03.10.2005, p. 201.

57 CPC/73, art. 297.

58 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 604, v. II, p. 415; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, n. 49, p. 132.

O réu deverá fazer a denunciação da lide no prazo para contestar a ação, ou mais, especificamente, a denunciação figurará na própria contestação (art. 126).[59] Deverão ser observados os mesmos prazos de citação e resposta já aludidos no tópico da denunciação feita pelo autor. Isto é, deverá a citação ser promovida em trinta dias, ou em dois meses, conforme o denunciado resida na própria comarca ou em outra. Não ocorrida a citação do denunciado dentro dos prazos em questão, o autor terá direito de pedir o prosseguimento do processo, ficando prejudicada a denunciação requerida pelo réu (NCPC, art. 126 c/c art. 131).

15. Efeitos da denunciação da lide.

A denunciação provoca uma verdadeira cumulação de ações, de sorte que o denunciante, perdendo a causa originária, já obterá sentença também sobre sua relação jurídica perante o denunciado, e estará, por isso, dispensado de propor nova demanda para reclamar a garantia da evicção ou a indenização de perdas e danos devida pelo denunciado.

Haja ou não aceitação da denunciação, o resultado do incidente é sujeitar o denunciado aos efeitos da sentença da causa. Este decisório, por sua vez, não apenas solucionará a lide entre autor e réu, mas também, julgando a ação procedente, declarará, conforme o caso, o direito do evicto ou a responsabilidade pela indenização regressiva, valendo como título executivo, para o denunciante.

Portanto, numa só sentença, duas demandas serão julgadas. "Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide" (NCPC, art. 129, *caput*); se vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, mas ficará sujeito aos encargos da sucumbência (art. 129, parágrafo único).

A propósito dos honorários advocatícios deve ser observado, em síntese, o seguinte:

(a) Se o denunciante sair vencido na ação originária e vencedor na denunciação referente à evicção, o denunciado será condenado nos encargos da ação regressiva e no reembolso daqueles a que o evicto for condenado a pagar ao evictor.[60]

(b) se a denunciação for *prejudicada* pela vitória do denunciante na ação originária, haverá condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado (art. 129, parágrafo único).

16. Cumprimento da sentença que acolhe a denunciação.

Muito se questionou, no regime do CPC/73 sobre a possibilidade de o credor do denunciante executar diretamente contra o denunciado a sentença condenatória e, de início, a corrente dominante foi no sentido da inviabilidade.

De fato, é de se considerar que, a rigor, as duas ações cumuladas – a principal e a de garantia – referem-se a objeto e pessoas distintas, de modo que jamais se haveria de condenar o litisdenunciado a cumprir diretamente a prestação reclamada pelo autor contra o réu. Primeiro, dever-se-ia condenar o demandado para em seguida condenar o denunciado condicionalmente a reembolsá-lo pelo valor que fosse efetivamente dispendido no cumprimento da prestação àquele imposta. No entanto, em caso de seguro de responsabilidade civil, vinha

59 No regime do CPC/73 o réu primeiro requeria a denunciação e o prazo de contestação ficava suspenso, mas a doutrina entendia que não havia proibição a que, desde logo, se produzissem as duas manifestações (a denunciação e a contestação) (FLAKS, Milton. *Denunciação da lide*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 202, p. 223; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. III, p. 289-290). Essa dicotomia foi abolida pelo NCPC, já que, sendo a denunciação formulada pelo réu, deverá constar da própria contestação (art. 126).

60 O denunciado terá concorrido de alguma forma para a perda suportada pelo denunciante na ação originária e o exercício da garantia a que estava vinculado exigia do evicto o manejo da ação de regresso. Daí a sujeição do denunciado aos efeitos sucumbenciais das duas ações interligadas (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, n. 61, p. 159; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, n. 9.3, p. 313).

decidindo o STJ que, "reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela".[61]

O entendimento de ser possível a condenação direta do denunciado, como autêntico litisconsorte dele, é de se ter como cabível, no regime do Código de Processo Civil novo, não só nos casos de seguro de responsabilidade civil, mas em todas as hipóteses em que a nova lei qualifica o denunciado como *litisconsorte do denunciante* (arts. 127 e 128). Aliás, o parágrafo único do art. 128 do NCPC espanca qualquer dúvida que ainda pudesse remanescer, dispondo literalmente que "procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva".

17. Execução da sentença.

Sem dúvida, a sentença que acolhe a denunciação da lide credencia o denunciante a executar regressivamente o denunciado, para realizar a garantia que a este compete, em face do resultado adverso da ação principal.

O problema que sempre preocupou doutrina e jurisprudência situa-se na posição em que fica o vencedor da causa principal, quando o vencido não cumpre a condenação que lhe foi diretamente imposta. A exegese tradicional no Código anterior fixou majoritariamente o entendimento de que a parte principal não teria legitimidade para executar o litisdenunciado por inexistir relação material entre ambos. O direito de regresso travava-se entre denunciante e denunciado, de maneira que apenas aquele, após o desembolso provocado pelo cumprimento da sentença da causa principal, teria legitimidade para executar a condenação da ação de garantia.[62]

No entanto, numa visão evolutiva e finalística do instituto processual, Athos Gusmão Carneiro assumiu posição doutrinária diversa, que não rejeitava ao autor da ação principal a possibilidade de intentar a execução direta do denunciado, se não lhe fosse favorável a do devedor principal (o réu). Com efeito, "a posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do denunciante, nos exatos termos do art. 75, I, do CPC [NCPC, art. 128, I]; em consequência, o autor, procedente a demanda principal, poderá executá-la também contra o denunciado, embora com atenção aos limites em que foi procedente a ação de direito regressivo e à natureza da relação de direito material".[63]

No clima atual do direito processual civil, onde os institutos legais são analisados e interpretados não mais do ponto de vista dogmático e positivista, mas antes de tudo à luz das funções que lhes tocam realizar dentro do *devido* (e *justo*) *processo legal*, a tese da execução direta do denunciado é, realmente, a mais recomendável. De fato, essa foi a orientação adotada expressamente pela nova legislação, no art. 128, parágrafo único: "procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da

61 STJ, 4ª T., REsp nº 290.608-0/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 03.10.2002, *DJU* 16.12.2002, p. 341; STJ, 3ª T., REsp nº 1.178.680/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 14.12.2010, *DJe* 02.02.2011; STJ, 3ª T., AgRg no REsp nº 474.921/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 05.10.2010, *DJe* 19.10.2010; STJ, 4ª T., AgRg no REsp nº 792.753/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 01.06.2010, *DJe* 29.06.2010; STJ, 3ª T., REsp nº 686.762/RS, Rel. Min. Castro Filho, ac. 29.11.2006, *DJU* 18.12.2006, p. 368; STJ, 4ª T., REsp nº 943.440/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 12.04.2011, *DJe* 18.04.2011.

62 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II, p. 411; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 383.

63 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 122-123. No mesmo sentido: BARIONI, Rodrigo. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. *Revista Jurídica*, v. 325, ago./2010, pp. 70-74. STJ, 4ª T., REsp nº 397.229/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 02.05.2002, *DJU* 12.08.2002, p. 220; STJ, 3ª T., AgRg no REsp nº 474.921/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 05.10.2010, *DJe* 19.10.2010; STJ, 4ª T., REsp nº 1.010.831/RN, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 28.04.2009, *DJe* 22.06.2009.

condenação deste na ação regressiva".[64]

18. Denunciações sucessivas.

Entendia-se que a denunciação sucessiva, nos termos do art. 73 da lei anterior, não se podia fazer *per saltum*, de sorte que cada denunciado teria que promovê-la regressivamente, em face do transmitente imediato. O tema foi enfocado de maneira diferente pelo Novo Código Civil, ao tratar, no art. 456, da garantia da evicção. Com esta inovação, o direito de reclamar os efeitos da referida garantia poderia ser exercido mediante notificação do litígio, ao alienante imediato, ou a qualquer dos anteriores. Não haveria que se observar, portanto, a ordem rigorosa das alienações do bem evicto. Conferindo-se ao evicto o direito de avançar na cadeia regressiva dos sucessivos alienantes, a lei civil acabou por instituir uma solidariedade passiva entre eles e perante aquele que sofre a evicção.

Essa sistemática não foi acolhida pelo novo Código, que, em primeiro lugar, autorizou à parte denunciar a lide àquele que lhe transmitiu o bem que corre o risco de evicção (NCPC, art. 125, I). Apenas e tão somente uma única denunciação sucessiva foi permitida, que é a promovida pelo denunciado ao transmitente imediato, ou seja, daquele de quem ele adquiriu o bem litigioso (NCPC, art. 125, § 2º). Dessa forma, a legislação atual só permite duas denunciações num mesmo processo. Os direitos regressivos sucessivos, portanto, deverão ser reclamados em ação principal à parte, sem tumultuar o processo atual.

Por fim, ressalte-se que o art. 456 do Código Civil, que permitia a denunciação *per saltum*, foi expressamente revogado pelo novo Código de Processo Civil (art. 1.072, II).

IV - Chamamento ao processo.

19. Conceito.

Chamamento ao processo é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (art. 132).[65] Com essa providência, o réu obtém sentença que pode ser executada contra o devedor principal ou os codevedores, se tiver de pagar o débito.

A finalidade do instituto é, portanto, "favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar deles aquilo que pagar".[66]

O chamamento ao processo é uma

64 Tendo em conta a garantia de efetividade que se espera da tutela jurisdicional na tarefa pacificadora dos litígios, já entendia Ruy Rosado de Aguiar que: "sempre me pareceu que o instituto da denunciação da lide, para servir de instrumento eficaz à melhor prestação jurisdicional, deveria permitir ao juiz proferir sentença favorável ao autor, quando fosse o caso, também e diretamente, contra o denunciado, pois afinal ele ocupa a posição de litisconsorte do denunciante" (STJ, 4ª T., REsp 97.590/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 15.10.1996, RSTJ 93/320).

65 CPC/73, art. 80.

66 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, n. 434, p. 265.

faculdade e não uma obrigação do devedor demandado. Segundo a própria finalidade do incidente, só o réu pode promover o chamamento ao processo.

20. Casos de admissibilidade do incidente (art. 130 do NCPC).

No chamamento ao processo, o réu da ação primitiva convoca para a disputa judicial pessoa que, nos termos do art. 130, tem, juntamente com ele, uma obrigação perante o autor da demanda principal, seja como fiador, seja como coobrigado solidário pela dívida aforada. Vale dizer que só se chama ao processo quem, pelo direito material, tenha um nexo obrigacional com o autor.[67]

Não se pode chamar ao processo, então, quem não tenha obrigação alguma perante o autor da ação primitiva (adversário daquele que promove o chamamento). Para a aplicação desse tipo de procedimento intervencional, há de, necessariamente, estabelecer-se um litisconsórcio passivo entre o promovente do chamamento e o chamado, diante da posição processual ativa daquele que instaurou o processo primitivo. Isto, contudo, não exclui a possibilidade de uma sentença final, ou de um saneador, que venha a tratar diferentemente os litisconsortes, ou seja, persiste a possibilidade de uma decisão que exclua o chamado ao processo da responsabilidade solidária no caso concreto e que, por isso, condene apenas o réu de início citado pelo autor.

21. Procedimento.

O réu deve propor o incidente na contestação (art. 131).[68] E a citação do chamado deverá ser promovida: *(i)* no prazo de trinta dias, se o chamado residir na mesma comarca (*caput*); ou *(ii)* em dois meses, se residir em outra comarca, seção ou subseção judiciárias ou em lugar incerto (parágrafo único). Não sendo promovida a citação no devido prazo, o chamamento tornar-se-á sem efeito (art. 131, *in fine*).[69]

Haja ou não aceitação do chamamento, pelo terceiro (chamado), ficará este vinculado ao processo, de modo que a sentença que condenar o réu terá, também, força de coisa julgada contra o *chamado*.

De tal sorte, havendo sucumbência dos devedores em conjunto, "valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar" (art. 132).[70]

Embora o chamamento ao processo não seja obrigatório, quando o réu lança mão do incidente de forma regular, para obter título executivo contra o devedor principal ou outros devedores solidários, não cabe ao juiz denegar-lhe a pretensão.[71]

22. O chamamento ao processo em caso de seguro de responsabilidade civil.

A nova conceituação do contrato de seguro de responsabilidade civil feita pelo Código Civil de 2002 teve importante repercussão sobre a intervenção da seguradora na ação indenizatória intentada pela vítima do

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito processual civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975, n. 109 e 110, pp. 172 e 174. "Regra fundamental, pois, para se distinguir a denunciação à lide do chamamento ao processo, está no fato de que, sempre que o credor puder cobrar tanto de um quanto de outro, em forma de solidariedade passiva, a hipótese é de chamamento e não de denunciação" (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p. 95).

68 CPC/73, art. 78.

69 CPC/73, sem correspondência.

70 CPC/73, art. 80.

71 O TJSP reconheceu cabível o chamamento ao processo em caso de acidente automobilístico tríplice, em que a ação foi ajuizada apenas entre dois dos motoristas envolvidos. "Não se discute que, no caso de pluralidade de autores do dano, o ofendido pode se voltar contra qualquer deles ou contra todos *in solidum*. Mas a nova lei processual não oferece opção ao magistrado, diante do requerimento de chamamento ao processo, pois, embora tal requerimento não vincule o direito de regresso e afronte o próprio instituto da solidariedade passiva, o certo é que é legal e visa à obtenção, pelo réu, do título executivo contra o devedor ou demais devedores solidários, como preceitua o art. 80 da lei processual [NCPC, art. 132]" (Apel. 239.818, ac. 14.02.1975, *in Revista Forense*, 252/195).

sinistro. Pelo art. 787 da lei civil, no contrato de que se cuida, a seguradora assume a *garantia* do pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado ao terceiro. Não é mais o reembolso de seus gastos que o seguro de responsabilidade civil cobre. O ofendido tem, portanto, ação que pode exercer diretamente, tanto contra o segurado como contra a seguradora. Havendo, dessa maneira, obrigação direta de indenizar, quando a ação for proposta apenas contra o causador do dano, este, para convocar a seguradora para prestar a garantia contratada, terá, a rigor, de utilizar o chamamento ao processo e não mais a denunciação da lide.

Essa modalidade interveniente, no regime do Código Civil de 2002, portanto, deixou de ser remédio aplicável apenas às relações de consumo. Em todos os casos de seguro de responsabilidade civil, o direito do segurado em face da seguradora passou a ser, no campo processual, objeto de chamamento ao processo. No entanto, perdeu sentido o maior rigor na distinção entre cabimento da denunciação da lide e chamamento ao processo na espécie. Isto porque, como já observado, o novo Código assegura execução direta da sentença condenatória indistintamente contra o denunciante (segurado) e o denunciado (seguradora), da mesma forma do que se passa no chamamento ao processo.

O novo Código, entretanto, preferiu colocar a execução direta contra o interveniente no campo da denunciação da lide (art. 128, parágrafo único), quando, pela natureza do chamamento ao processo, este é que seria o remédio adequado para uma condenação conjunta da parte e do interveniente (art. 132). Como as duas intervenções conduzem a resultados praticamente iguais, não haverá prejuízo para nenhuma das partes quando se optar por qualquer delas. Lembre-se que pelo princípio da instrumentalidade das formas não se pode anular processo algum por inobservância do procedimento adequado, quando inexista prejuízo (art. 283).

V- Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

23. A desconsideração da personalidade jurídica.

O Código Civil de 2002 normatizou conduta que já vinha sendo adotada pela jurisprudência, de desconsiderar a personalidade jurídica, a fim de imputar aos sócios ou administradores a responsabilidade pelo ato ilícito praticado pela empresa. De tal sorte, os bens particulares dos sócios que concorreram para a prática do ato respondem pela reparação dos danos provocados pela sociedade.

Assim dispõe o art. 50 da lei substantiva: "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

É a denominada *disregard doctrine* do direito norte-americano, que autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial entre a empresa e seus sócios ou administradores, sempre que for manipulada para prejudicar os credores. Desta forma, o patrimônio dos sócios é alcançado na reparação de danos provocados pela empresa a terceiros, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para os quais os gestores tenham concorrido.

A despeito da previsão na lei material, o instituto carecia de regulação processual. Assim, coube à jurisprudência dar forma à desconsideração. Entendiam os tribunais que ela poderia ocorrer incidentalmente nos próprios autos da execução, sem necessidade de ajuizamento de ação própria.[72] Demonstrando o

72 STJ, 3ª T., RMS 16.274/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.08.2003, *DJU* 02.08.2004, p. 359. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Sa-

credor estarem presentes os requisitos legais, o juiz deveria levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atingisse os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis.[73] O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados *a posteriori*, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal.

Suprindo a lacuna processual, o novo Código cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório e ampla defesa.

24. A desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, não prevista no Código Civil, foi admitida pelo STJ. Caracteriza-se ela "pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador".[74]

Essa modalidade particular de desconsideração atualmente encontra previsão no novo Código de Processo Civil, no art. 133, § 2º, restando, assim, suprida a lacuna do direito material e chancelada a jurisprudência a respeito.

A aplicação da desconsideração inversa segue os mesmos requisitos da direta, ou seja, pressupõe abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial. Deve-se ressaltar, todavia, que se trata de "medida excepcional" e que, por isso, "somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 50 do Código Civil brasileiro".[75]

25. Procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

A lei processual nova previu duas oportunidades para se requerer a desconsideração da personalidade jurídica: (i) juntamente com a inicial; ou, (ii) em petição autônoma, como incidente processual, protocolada no curso da ação. Em qualquer caso, o pedido pode ser feito pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133, *caput*).[76] O requerimento deve demonstrar, ainda, o preenchimento dos pressupostos legais específicos, que, nos termos do art. 50 do CC, são o desvio de finalidade da pessoa jurídica e a confusão patrimonial entre ela e os sócios (NCPC, arts. 133, § 1º e 134, § 4º).

I – Desconsideração requerida com a petição inicial:

Pode o autor, ao ajuizar a ação, apresentar provas da utilização indevida da personalidade jurídica da empresa e requer a sua desconsideração, para atingir os bens particulares dos sócios ou administradores responsáveis pelos atos fraudulentos. Nesse caso, o requerente promoverá a citação do sócio ou da pessoa jurídica para integrar a lide e contestar o pedido de desconsideração (art. 134, § 2º). Assim, não será necessária a instauração de um incidente específico, nem mesmo a suspensão do processo, na medida em que a defesa a respeito da desconsideração

lomão, ac. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

73 STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.182.385/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 06.11.2014, *DJe* 11.11.2014. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.459.843/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, ac. 23.10.2014, *DJe* 04.11.2014.

74 STJ, 3ª T., REsp 1.236.916/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 22.10.2013, *DJe* 28.10.2013.

75 LEMES, Gilson Soares. Responsabilização da pessoa jurídica por dívida do sócio com desconsideração inversa da personalidade jurídica. *Amagis Jurídica*, nº 10, p. 29, jan./jun. 2014.

76 CPC/73, sem correspondência.

será apresentada pelos réus com a contestação. De igual forma, as provas eventualmente requeridas serão realizadas durante a instrução processual, devendo o juiz julgar o pedido de desconsideração com a sentença.

II – Desconsideração requerida como incidente:

Se o requerente não tiver conhecimento da fraude ao ajuizar a ação, o pedido pode ser feito posteriormente, durante a marcha processual, por meio de simples petição em que se comprovem os requisitos legais. Em tal circunstância, a instauração do incidente suspenderá o processo (art. 134, § 3º). O incidente pode ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*).[77]

III – Desconsideração requerida em execução ou no cumprimento de sentença:

Na hipótese de a desconsideração da personalidade jurídica ser requerida nos autos da execução ou durante o cumprimento de sentença, mesmo quando a formulação do pedido se der na própria petição inicial ou no requerimento do cumprimento da sentença, será sempre obrigatória a observância do incidente regulado pelos arts. 134 a 136. É que o procedimento executivo, em sua forma pura, não tem sentença para resolver sobre a responsabilidade nova (a do sócio ou da pessoa jurídica não devedores originariamente) e, sem tal decisão, faltará título executivo para sustentar o redirecionamento da execução. Somente, portanto, através do procedimento incidental em tela é que, cumprido o contraditório, se chegará a um título capaz de justificar o redirecionamento. Cabe, pois, ao incidente a função de constituir o título legitimador da execução contra aqueles a que se imputa a responsabilidade patrimonial pela obrigação contraída em nome de outrem.

26. Prevenção contra a fraude.

Dispõe o novo Código que a partir do acolhimento do pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será considerada ineficaz em relação ao requerente (NCPC, art. 137). Por acolhimento, a lei não quer dizer decisão de procedência do incidente, mas simplesmente o deferimento do processamento do pedido de desconsideração. Ou seja, antes mesmo que ocorra a penhora, os credores serão acautelados com a presunção legal de fraude, caso ocorram alienações ou desvios de bens pelas pessoas corresponsabilizadas. Como a penhora só será viável depois da decisão do incidente, a medida do art. 137 resguarda, desde logo, a garantia extraordinária que se pretende alcançar por meio da desconsideração. Da mesma forma que se passa com a fraude cometida dentro da execução ordinária, a presunção legal de fraude do art. 137 pressupõe que o sujeito passivo da desconsideração da personalidade jurídica já tenha sido citado para o incidente (art. 792, § 3º). Justifica-se a fixação desse termo *a quo* pela circunstância de que o sujeito passivo do processo só se integra a ele através da citação. Portanto, só pode fraudar a execução quem dela já faça parte.

Antes da citação, o devedor ou responsável não fica imune às consequências da fraude, mas se sujeita ao regime da fraude contra credores e não da fraude à execução. Há, não obstante, mecanismos de proteção cautelar que preservam o credor dos riscos de desvio de bens e de insolvência do devedor que podem ser utilizados, em qualquer caso, antes mesmo da citação executiva (arts. 300 e 301).

Note-se, outrossim, que o negócio jurídico acaso praticado após a instauração do incidente não será nulo, mas apenas ineficaz, i. é, não surtirá efeitos em relação ao credor-requerente. Por essa razão, os bens desviados poderão ser penhorados, sem embargo de pertencerem aos terceiros adquirentes, para o fim de garantir a execução ajuizada em desfavor da pessoa jurídica ou de seus sócios ou administradores.

77 CPC/73, sem correspondência.

Costuma-se criticar a necessidade de um incidente prévio, em contraditório, para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica ao argumento de que a duração desse procedimento ensejaria oportunidade para esvaziamento patrimonial dos novos responsáveis. A crítica, todavia, não procede, porquanto, além da presunção de fraude do art. 137, o exequente contará sempre com a tutela de urgência para debelar o intento fraudulento. Com efeito, demonstrado o risco concreto de desvio de bens, seguido da temida insolvência dos codevedores, o exequente terá, ainda, a seu alcance a proteção cautelar genérica, que, no caso de execução, pode ser pleiteada cumulativamente na própria petição inicial, desde que se aponte, objetivamente, o motivo que justifique seu pedido (art. 799, VIII).[78] Se, portanto, o exequente pode acautelar-se contra a fraude, antes mesmo da citação do executado atingido pela desconsideração, nada há que autorize o afastamento do incidente dos rigores da garantia do contraditório e ampla defesa, tal como regulado pelo NCPC.

VI - *Amicus curiae*.

27. Conceito.

O *amicus curiae*, ou *amigo do tribunal*,[79] previsto pelo NCPC entre as hipóteses de intervenção de terceiro (art. 138), mostra-se – segundo larga posição doutrinária –, preponderantemente, como um auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico. Não é ele propriamente parte no processo – pelo menos no sentido técnico de sujeito da lide objeto do processo –, mas, em razão de seu interesse jurídico (institucional) na solução do feito, ou por possuir conhecimento especial que contribuirá para o julgamento, é convocado a manifestar-se, ou se dispõe a atuar, como colaborador do juízo. Assim, sua participação é, em verdade, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda. Sua intervenção, de tal sorte, justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional.[80]

Para Cassio Scarpinella Bueno, "o *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou de uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um direito de alguém. Ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja partilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo".[81] Desempenha, nessa ordem de ideias, uma função importantíssima, de "melhorar o debate processual e contribuir a uma decisão mais justa e fundamentada".[82] Além disso, legitima "democraticamente a formação de precedente judicial, de jurisprudência dominante ou de súmula, o que é levado a efeito por meio da pluralização do diálogo processual para com blocos, grupos, classes ou estratos da sociedade ou, ainda, para com órgãos, instituições, potências públicas ou próprio Estado",[83] de cujos interesses momentaneamente se torna adequado representante, em juízo.

78 CPC/73, art. 615, III.

79 Também denominado de *friend of court* no direito norte-americano.

80 DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual.* Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. I, p. 420. Para CASSIO SCARPINELLA BUENO, o *amicus curiae* é "um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria (intervenção espontânea) ou por determinação judicial (intervenção provocada), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário" (*Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, t. I, p. 500).

81 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado cit*., v. 2, t. I, p. 497.

82 SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no amicus curiae. *Revista de Processo*, nº 207, maio 2012, p. 193.

83 PINTO, Roberto Strobel. *Amicus curiae* no projeto de Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, nº 220, jun. 2013, p. 232-233.

A ideia não é nova no direito brasileiro. Algumas leis esparsas e o próprio Código de Processo Civil de 1973 previam, timidamente, sua participação para hipóteses específicas.[84] Agora, o novo Código (art. 138) dedicou um capítulo da Parte Geral ao tema, prevendo a forma e os limites da intervenção do *amicus curiae*, em qualquer modalidade de processo, bem como regulando os respectivos poderes.

28. Poderes do *amicus curiae*: sustentação oral e recursos.

O novo Código não determinou especificamente os poderes do *amicus curiae*, dispondo, apenas, que caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os seus poderes (NCPC, art. 138, § 2º). Ou seja, o magistrado deverá delimitar a atuação do terceiro, caso a caso, sempre levando em consideração sua função de auxiliar no julgamento, assim como a adequação de sua representatividade.

Contudo, poderá, segundo jurisprudência do STF, fazer *sustentação oral* e apresentar *informações e memoriais* nos autos: na dicção do Ministro Celso de Mello, ocorre "a necessidade de assegurar, ao *amicus curiae*, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer a prerrogativa da sustentação oral perante esta Suprema Corte".[85]

Embora não tenha previsto, de maneira expressa, os atos que o *amicus curiae* possa praticar, *é certo que a lei não o autorizou a interpor recursos*, em regra. Apenas lhe permitiu opor *embargos de declaração* (art. 138, § 1º, *in fine*) e recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de *demandas repetitivas* (art. 138, § 3º). Levou-se em conta, na última hipótese, que a decisão servirá de paradigma para decisões futuras, o que poderá afetar o seu interesse institucional.[86]

84 A Lei nº 6.385/76 prevê a intervenção da CVM nos processos cujo objeto seja da competência da autarquia; a Lei nº 8.884/94 prevê a intimação do CADE em todos os processos relativos ao direito da concorrência; a Lei nº 11.417/2006 autoriza a "manifestação de terceiros" no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF; a Lei nº 9.868/99 permite a intervenção de "outros órgãos ou entidades" nas ações diretas de inconstitucionalidade; a Lei nº 9.882/99 autoriza a manifestação de "pessoas com experiência e autoridade na matéria" na arguição de descumprimento de preceito fundamental; o art. 482, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/73 prevê a participação do *amicus curiae* no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal; o art. 543-A, § 6º, do CPC/73 autoriza a intervenção no incidente de análise da repercussão geral do recurso extraordinário por amostragem e o art. 543-C, §§ 3º e 4º, do CPC/73, no incidente de julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos (cf. DIDIER JR. Fredie. *Op. cit.*, v. I, p. 418; TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. *In:* FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 118-122).

85 STF, Pleno, ADI 2321 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 25.10.2000, *DJU* 10.06.2005, p. 04.

86 OLIVEIRA NETO, Olavo de. O perfil das novas formas positivadas de intervenção de terceiros no projeto do CPC: desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*. *In:* AURELLI, Arlete Inês, *et al* (coords.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 555.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Tutela provisória: considerações gerais

José Roberto dos Santos Bedaque

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP. Desembargador aposentado do TJSP. Advogado. Membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do NCPC.

1. Critérios de classificação e terminologia adotada no CPC de 1973 e no CPC de 2015

A Comissão constituída pela Presidência do Senado Federal para elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil houve por bem sugerir a criação de um Título próprio para regular a modalidade de tutela jurisdicional representada por decisões em princípio provisórias, destinadas tão somente a assegurar a plena utilidade prática da tutela definitiva, esta sim, apta a solucionar o litígio.

Essa iniciativa, aprovada pelo Senado, visava a eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional, hoje prevista no art. 273 do Código. Ao lado dessa providência, existe a possibilidade de o juiz conceder à parte, também em caráter provisório, a tutela cautelar, regulada pelos artigos 797 e seguintes do estatuto processual.

Ambas as espécies de tutela jurisdicional acima apontadas, caracterizam-se, segundo o critério adotado pelo legislador brasileiro, por não ser a proteção final, concedida ao titular de determinada pretensão deduzida em juízo. Nas hipóteses em que autorizadas, essas espécies de tutela, sempre precedidas de cognição sumária, visam simplesmente a assegurar a efetividade prática da tutela definitiva, esta precedida, ao menos em princípio, em cognição exauriente e juízo de certeza.

Podemos então apontar os critérios levados em conta pelo legislador para classificar as tutelas por força das quais assegura-se a utilidade do resultado final do processo. Elas são informadas por cognição sumária, apta a revelar a verossimilhança, a plausibilidade do direito afirmado. Além disso, são provisórias, visto que sua existência e eficácia estão condicionadas a evento futuro e certo: a tutela final e definitiva.

As tutelas sumárias e provisórias, todavia, comportam outra classificação. Podem, ou não, depender da demonstração de outro requisito: o perigo de dano. Em determinadas situações, a tutela sumária e provisória só é admissível se quem a requer consegue convencer o juiz da existência de determinado acontecimento, cuja ocorrência pode impedir

ou comprometer a utilidade prática da tutela final. Nesses casos, a característica da urgência é fundamental.

Em outros, todavia, o legislador contenta-se simplesmente com o alto grau de verossimilhança do direito afirmado. Após descrever as hipóteses em que o fenômeno se verifica, autoriza a concessão da tutela sumária e provisória.

Em síntese, essa modalidade de tutela, informada sempre por cognição não exauriente, fundada, portanto, no juízo de verossimilhança, não de certeza, em princípio provisória, destinada a assegurar o resultado útil do processo, comporta duas espécies: as urgentes e as não urgentes. Estas, caracterizam-se tão somente pelo grau de evidência do direito afirmado.

Possível, então, denominar as tutelas sumárias e provisórias com as seguintes expressões: *tutelas de urgência e tutelas da evidência*.

Além disso, é preciso compreender que as tutelas sumárias também comportam outra classificação. Se considerados seu conteúdo e suas consequências, verificamos que elas podem implicar simples conservação de bens, pessoas ou provas, bem como a antecipação de efeitos da tutela final. Em ambos os casos, visando sempre a assegurar a efetividade prática desta última.

Elas estão reguladas na legislação brasileira, porém de forma tecnicamente imprecisa. A antecipação de efeitos da tutela definitiva está prevista no artigo 273, que mistura hipóteses em que há o requisito da urgência com outras nas quais é suficiente a verossimilhança. Nos artigos 796 e seguintes, encontram-se tutelas urgentes meramente conservativas, mas também algumas de conteúdo antecipatório e, pois, satisfativas.

Essa dicotomia não contribui para a compreensão da modalidade de tutela jurisdicional, cujas características mais importantes são o escopo e a provisoriedade.[1] Como já procurei destacar em outra oportunidade, ao lado das tutelas definitivas, destinadas a eliminar as crises verificadas no plano do direito material e aptas à imutabilidade, existem outras, cuja função no sistema é simplesmente assegurar a utilidade prática daquelas. Essa característica é comum às cautelares conservativas e às antecipatórias satisfativas. Nenhuma delas implica a "imediata realização do direito", como pretendem alguns,[2] até porque efetivadas antes do reconhecimento de eventual direito. Mesmo a tutela antecipada proporciona tão somente a possibilidade de fruição de efeitos do possível direito, cujo reconhecimento depende da cognição exauriente a ser realizada durante o devido processo legal. Em síntese, antecipar a fruição do eventual direito não significa antecipar o reconhecimento do direito, mas permitir que, se admitida sua existência no momento oportuno, a tutela jurisdicional tenha utilidade ao titular. É exatamente o que a cautelar conservativa assegura, mas mediante outras medidas, destinadas apenas a preservar a efetividade do resultado, sem permitir a imediata fruição de seus efeitos, porque desnecessária essa antecipação para o escopo pretendido.

A solução do litígio, mediante a atuação

1 A característica da provisoriedade significa a inaptidão dessa modalidade de tutela para alcançar a estabilidade inerente às tutelas definitivas. Transitada em julgado a decisão de mérito, a regulação da situação de direito material torna-se inalterável. Evidentemente, eventual modificação de elementos constitutivos do direito tutelado pode justificar a necessidade de nova tutela. O exemplo clássico é a mudança das circunstâncias em função das quais fixou-se o valor de pensão alimentícia. Nesse caso, a existência de nova situação jurídica autoriza outra intervenção judicial. Não é o que ocorre com a tutela cautelar, cuja instabilidade permite seja alterada a qualquer tempo, por força do mero surgimento de novas provas, sem que tenha havido qualquer alteração fática. Daí por que não parece correta a conclusão de Mitidiero. A tutela cautelar não é definitiva, inclusive em relação à eficácia (cfr. *Antecipação da tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 41, esp. nota 137).

2 Cfr. Daniel Mitidiero, *Antecipação da tutela*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 38 em apoio à conhecida lição de Ovídio Baptista da Silva.

das regras extraídas do plano do direito material, depende do regular desenvolvimento do devido processo legal. Isso demanda tempo, tendo em vista necessidade das garantias constitucionais do processo e da formação do juízo de certeza pelo julgador.

Nesse ínterim, fatores podem comprometer a efetividade prática da respectiva tutela jurisdicional. Também circunstâncias verificadas no próprio processo muitas vezes tornam aconselhável a antecipação de determinados efeitos da tutela final.

Nesses casos, e desde que verossímeis os fundamentos fáticos e jurídicos da pretensão, pode o juiz adotar providências capazes de assegurar a utilidade prática da tutela final. Consistem essas providências na conservação de bens, pessoas ou mesmo provas, bem como na antecipação de efeitos da tutela final. A adoção de uma ou outra dependerá das circunstâncias do caso concreto. Deve ser concedida aquela que mais se adequar ao objetivo pretendido, qual seja, assegurar a efetividade da tutela definitiva.

Três aspectos importantes foram levados em consideração pela Comissão de especialistas constituída pelo Senado Federal: reunir todas as espécies de tutelas provisórias sob o mesmo título, classificar as respectivas espécies segundo critério homogêneo e não ignorar a terminologia já consagrada na doutrina. Pretendeu-se, com isso, eliminar as discussões teóricas a respeito do tema, cuja compreensão vem sendo dificultada por construções muito caras aos nefelibatas.

Assim, com fundamento em respeitadíssima corrente doutrinária, regulou-se a tutela de urgência, cuja concessão pressupõe, além da plausibilidade do direito, o risco de que algum acontecimento, concretamente descrito pelo interessado, possa comprometer a eficácia prática da tutela final. Essa espécie de tutela provisória pode implicar a mera conservação de bens, como a antecipação de efeitos da tutela final. Tudo vai depender das exigências da situação apresentada. A partir dela, define-se a medida apta a preservar a utilidade do resultado final.

O elemento comum nessas modalidades de tutela é a urgência, decorrente do risco de que algum acontecimento, concretamente identificado, possa comprometer a efetividade prática da tutela definitiva. Daí a denominação *Tutela de Urgência*

Ao lado dessa modalidade de tutela provisória, o anteprojeto previu outra, cuja característica é a desnecessidade do perigo de dano. Em alguns casos, tipificados pelo legislador, poderá o juiz antecipar determinados efeitos da provável tutela definitiva, com fundamento apenas na verossimilhança do direito. A lei descreve minuciosamente em que circunstâncias isso ocorre.

Por não estar presente a característica da urgência, adotou-se a expressão *Tutela da Evidência*, que identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado. Os elementos apresentados pelo autor justificam a proteção pretendida, pois permitem vislumbrar na pretensão do autor a clareza necessária ao respectivo acolhimento, não admissível naquele momento em razão da necessidade do contraditório. Esse juízo de certeza provisório pode revelar-se equivocado após a apresentação da defesa pelo réu. Exatamente por isso, ele não pode ainda ser definitivo. Mas, como é enorme a possibilidade de que isso venha a ocorrer, o legislador possibilita a antecipação provisória dos efeitos da decisão final.

Essa opção terminológica foi mantida no projeto aprovado pelo Senado Federal.

2. Tutela provisória e técnica processual

Técnica processual: essa expressão deve ser compreendida como o conjunto de soluções adotadas pelo legislador processual para regular o método de trabalho denominado processo. Daí a necessidade, na construção do

modelo adequado de instrumento, de se levar em consideração as especificidades do direito material submetido ao processo.[3]

A tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária,[4] pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisoriedade. Trata-se de técnicas adotadas pelo legislador processual para regular a tutela cautelar. São técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final.[5]

A doutrina brasileira, todavia, reserva a denominação "cautelar", para as tutelas sumárias meramente conservativas. Mas tanto elas quanto as medidas com conteúdo antecipatório, são urgentes. Ao lado delas, temos as sumárias não urgentes, fundadas apenas na cognição não exauriente e na plausibilidade. Estas podem ser provisórias ou definitivas.

Assim, tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto. Opto por denominá-la "cautelar".[6] Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória serve aos fins da tutela cautelar, qual seja, assegurar *a priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra "cautela" (prudência, proteção, garantia).[7]

Aliás, segundo os dicionaristas, cautela é definida como cuidado para evitar um mal (Aurélio). Esse cuidado, no processo, consiste na conservação ou na antecipação de efeitos da tutela final, com o que se evita o mal representado pela falta de efetividade desta última.

Mas não faço questão dessa expressão e jamais tentaria transformar em lei minha preferência terminológica. Temos o dever de impor limites à nossa vaidade. Nessa medida, prefiro deixar aos doutos a missão de atribuir nomes aos fenômenos jurídico-processuais. Embora respeite o entendimento contrário, todavia, não me parece adequado incluir a tutela sumária conservativa (a "legítima" cautelar para muitos) como espécie de tutela antecipada,[8] pois ela visa a assegurar o resultado útil do processo, mediante a técnica da conservação, não da antecipação de efeitos, esta sim, a verdadeira e já consagrada pela doutrina "tutela antecipada". Se fundadas no perigo de dano, ambas são "tutelas de urgência". O alto grau de plausibilidade do direito, muitas vezes revelado pelo comportamento da própria parte contrária (abuso do direito de defesa) ou pela adoção de determinada tese, fundada em fatos comprovados documental-

3 Por isso, as soluções adotadas pelos artigos 461 e 461-A, do CPC, são consideradas técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos correspondentes às obrigações de fazer, não fazer e dar (cfr. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 28/29). O autor, com razão, insiste na necessidade de que as técnicas processuais devem identificar-se com as tutelas dos direitos, "para adequação do processo ao direito material" (ob. cit., p. 31). Nessa linha, o processo adota técnicas próprias à tutela específica de determinadas obrigações, visando a atender as especificidades do direito material. Cfr. ainda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, 2009, pp. 147/152 e Direito material, processo e tutela jurisdicional, *in Polêmicas sobre a ação*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 291/293.

4 Que também constitui aspecto relacionado à técnica processual (cfr. Barbosa Moreira, Tutela de urgência e efetividade do direito, *Temas de direito processual*, oitava série, São Paulo, Saraiva, p. 92).

5 Cfr. Barbosa Moreira, Tutela de urgência e efetividade do direito, *Temas de direito processual*, oitava série, São Paulo, Saraiva, p. 91

6 Justificativa mais aprofundada dessa opção metodológica encontra-se em *Tutela cautelar e tutela antecipada*, São Paulo, Malheiros, 4. ed., pp. 123 e ss.

7 Luigi Paolo Comoglio, *Lezione sul processo civile* (em coautoria com Corrado Ferri e Michele Taruffo), Bologna, Il Mulino, 1995, p. 158.

8 Essa proposta constava da redação dada ao projeto pela Câmara dos Deputados.

mente, por súmula vinculante ou julgamento de casos repetitivos, pode justificar a antecipação de efeitos da tutela final, independentemente da urgência. Surge então a figura da "tutela da evidência".

A classificação adotada no anteprojeto, ao regular a técnica processual destinada a assegurar a efetividade da tutela final, levou em consideração, portanto, os requisitos necessários à adoção das providências a ela inerentes. Se presente o perigo de dano, temos a "tutela de urgência".[9] Verificadas as situações em que, ao ver do legislador, a verossimilhança do direito afirmado mostra-se elevada, concede-se à parte a "tutela da evidência". Mediante tais *técnicas*, busca-se assegurar a efetividade do processo.

No exame do projeto substitutivo do novo CPC elaborado pela Câmara dos Deputados, a nova comissão nomeada pelo Senado houve por bem adotar nomenclatura pouco diversa daquela acolhida no anteprojeto. Trata-se de simples adequação terminológica, visto que não implica alteração do conteúdo e do significado das regras.

O Livro V passou a denominar-se "Da tutela provisória", visto que trata deste gênero de tutela jurisdicional, cujas espécies são as tutelas urgentes e as não urgentes. Aquelas – tutelas de urgência – podem ser cautelares (conservativas) ou antecipadas (satisfativas),[10] e são reguladas no Título II do Livro V (o Título I trata das disposições gerais sobre s tutelas provisórias). Nesse Título II há dois Capítulos. O primeiro, versa sobre o procedimento da tutela antecipada requerida antes da propositura da demanda principal. O segundo, contém regras sobre a tutela cautelar pleiteada também em caráter antecedente.

Já as tutelas não urgentes recebem a denominação de tutela da evidência. Todas têm em comum, ao menos em princípio, natureza provisória. E constituem técnicas destinadas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Encontram-se previstas no Título III do Livro V.

Essas providências, todas aprovadas pelo Senado Federal, têm por objetivo facilitar a compreensão do instituto e, principalmente, afastar interpretações formalistas, que acabam comprometendo sua finalidade.

3. Tutela provisória de urgência e da evidência

À luz dos critérios acima expostos, o novo Código de Processo Civil adotou, portanto, o termo *tutela provisória* para identificar modalidade de tutela jurisdicional cujo escopo não é, ao menos em princípio, solucionar definitivamente a crise de direito material.

A definição da regra a ser aplicada ao caso concreto e a respectiva efetivação prática dessa decisão, com a consequente extinção do litígio e a obtenção da pretendida pacificação social, são alcançadas pelas tutelas cognitiva e executiva.

Ao final da fase cognitiva do processo, o

9 Tal como ocorre, aliás, na legislação italiana (CPC, seção quinta, art. 700).

10 Barbosa Moreira trata expressamente da técnica consistente na sumarização da cognição, visando a assegurar o resultado final mediante providências de natureza cautelar e/ou antecipatórias. Opta pela formulação alternativa em razão das incertezas classificatórias em relação a tais medidas (cfr. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas, *Temas de direito processual*, oitava série, São Paulo, Saraiva, p. 92).

juiz profere sentença (declaratória, constitutiva, condenatória e, para quem admite a denominada classificação quinária, mandamental e executiva *lato sensu*). Essas decisões põem termo à controvérsia e tendem a tornar-se definitivas, adquirindo a qualidade da coisa julgada. Quando necessário, o processo prossegue com a prática de atos executivos, destinados à efetivação prática da tutela cognitiva. Isso ocorre, normalmente, nas hipóteses de sentenças condenatórias. Nesses casos, finda a fase cognitiva com a sentença (Código de Processo Civil de 2015, art. 203, § 1º), inicia-se, em seguida, a fase do cumprimento de sentença (Código de Processo Civil de 2015, arts. 513 e ss.). É possível, ainda, a realização de atos executivos independentemente da prévia atividade cognitiva do juiz. Tal se dá nos processos de execução fundados em título extrajudicial (Código de Processo Civil de 2015, arts. 771 e ss.).

Esse é, em linhas gerais, o sistema destinado à eliminação das crises verificadas no plano do direito material e submetidas à atividade jurisdicional do Estado.

Para alcançar esse resultado, todavia, necessário o desenvolvimento regular do processo, para que as partes possam expor suas pretensões ao juiz e ele, responsável por controlar a observância de todas as regras destinadas a regulamentar esse método de trabalho concebido pelo legislador, tenha condições de solucionar o litígio, formulando e efetivando praticamente a regra de direito material.

O processo é, portanto, o instrumento por meio do qual o juiz, no exercício de sua atividade, busca alcançar o escopo da função jurisdicional, qual seja, a atuação do direito e a pacificação social. Para tanto, princípios, normas e garantias, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser respeitados. Em outras palavras, o método de trabalho concebido para a solução das controvérsias pela via jurisdicional corresponde ao fenômeno designado pela doutrina como devido processo constitucional e legal.

Nessa medida, admitida a premissa segundo a qual o processo deve desenvolver-se em conformidade com o modelo legal previsto pelo legislador, do qual fazem parte contraditório, ampla defesa, publicidade, fundamentação, juiz natural, duplo grau, legalidade procedimental etc, a entrega da tutela jurisdicional em caráter definitivo demanda tempo.

Daí a necessidade de o legislador regular a atividade do juiz destinada a evitar que a demora do processo possa causar prejuízo à parte, cuja pretensão esteja amparada em argumentos plausíveis, verossímeis. Visa com isso a conferir maior dose de efetividade prática à tutela final, possibilitando a quem faz jus a ela obter resultados na medida do possível semelhantes ao cumprimento espontâneo do direito.

O Código de Processo Civil de 1973, como já visto, trata desse tema de modo não sistemático, inclusive do ponto de vista procedimental. Regula a tutela antecipada no art. 273 e a tutela cautelar, a ser obtida em processo autônomo, no Livro III (arts. 796/889).

O Código de Processo Civil de 2015 procurou conferir melhor sistematização ao instituto. Em primeiro lugar, denominou-o Tutela Provisória, visando a possibilitar sua identificação no sistema das tutelas jurisdicionais. A expressão leva em consideração a principal característica dessa modalidade de tutela, comum em todas as suas espécies, e apta a distingui-la da Tutela Definitiva, cuja finalidade é eliminar a crise de direito material.

Pois bem. Em atenção a construção doutrinária já consagrada, previram-se duas espécies do gênero Tutela Provisória. A primeira, destinada a eliminar o perigo de dano grave e de difícil reparação, à qual denominou-se Tutela de Urgência. Para obtê-la, necessária a demonstração do motivo capaz de comprometer a efetividade da tutela final e definitiva (*periculum in mora*), além da verossimilhança do direito alegado (*fumus boni iuris*).

Identificou-se também no sistema processual outra modalidade de Tutela Provisória. Trata-se da agora chamada Tutela da Evidência, cujo fundamento é a existência de determinada situação que, ao ver do legislador, autoriza a imediata e provisória proteção do suposto direito afirmado na inicial. Nesse caso, não se verifica o risco de dano grave ou de difícil reparação, mas as circunstâncias justificam a inversão das consequências suportadas em regra pelo autor, em razão da demora do processo. A antecipação da tutela prevista no art. 273, inciso II e a liminar possessória (art. 928), ambas no Código de Processo Civil de 1973, são exemplos típicos. Em nenhum desses casos, cogita-se do *periculum in mora*. Basta a verossimilhança. Nada mais fez o legislador de 2015, portanto, do que reunir hipóteses legais reguladas de forma esparsa e regulá-las em um único dispositivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 311). Essa modalidade de tutela provisória, ao contrário do que pode parecer aos menos avisados, requer a demonstração da plausibilidade do direito alegado. Interpretação diversa contraria a própria natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional e a própria denominação a ela atribuída pelo legislador (Tutela da Evidência). Não é crível que se admita a proteção provisória de direito inverossímil.

A Tutela Provisória, que se opõe à final e definitiva, pode fundar-se, portanto, na urgência (perigo e plausibilidade) ou na evidência (plausibilidade).

4. Tutela provisória de urgência antecedente e incidente

O art. 294, parágrafo único, trata de uma das espécies de tutela provisória – a tutela de urgência. Classifica-a, quanto ao seu conteúdo, em cautelar e antecipada. Também considera o momento em que a parte pode requerê-la, resultando daí a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – antecedente e incidente.

A tutela de urgência, espécie do gênero tutela provisória, destina-se, como visto, a assegurar a eficácia prática da tutela definitiva. A observância do devido processo legal, com as garantias constitucionais a ele inerentes, impede seja a tutela jurisdicional definitiva prestada imediatamente. O tempo, normalmente mais longo do que o desejado por quem necessita do processo para a solução de determinada controvérsia, é fenômeno inexorável.

Nem sempre, a demora natural do processo, necessária para que se cumpram a normas destinadas a conferir-lhe segurança (contraditório, ampla defesa, produção de provas, duplo grau, fundamentação das decisões, publicidade, juiz natural etc), é compatível com a utilidade da tutela final esperada por quem dela precisa. Surge então a necessidade de o sistema processual prever mecanismos destinados a afastar o risco de dano grave e de difícil reparação, causado por especificidades do direito material discutido ou por outro aspecto estranho ao processo. Esses fatores, somados ao tempo, podem impedir que o titular de determinado direito, reconhecido no plano jurisdicional, possa usufruí-lo adequadamente.

A tutela provisória de urgência constitui o principal instrumento processual adotado pelo legislador, para proteger o direito verossímil, plausível, de fatos cuja verificação podem tornar inútil a tutela jurisdicional.

Duas são as espécies de tutela de urgência: cautelar e antecipada. A primeira, caracteriza-se pela natureza meramente conservativa. Limita-se a proteger bens, pessoas ou provas, a fim de que, quando e se possível a concessão da tutela final e definitiva, momento em que a verossimilhança transforma-se em certeza, possa o titular do direito dele usufruir. São exemplos típicos o arresto, o sequestro e a produção antecipada de provas. Já a tutela antecipada busca esse mesmo objetivo mediante a técnica da antecipação provisória de efeitos da tutela final. Sua eficácia prática confunde-se, ainda que parcialmente, com a da tutela final (alimentos provisórios, separação de corpos, liberação de

mercadorias apreendidas etc).

Ambas podem ser requeridas antes do pedido de tutela definitiva ou no curso do respectivo processo. No primeiro caso, eventual tutela definitiva será pleiteada no próprio processo, mediante simples aditamento da inicial (Código de Processo Civil de 2015, art. 303, § 1º, inciso I). Trata-se, aliás, de uma das principais novidades do sistema processual, no âmbito das tutelas provisórias e definitivas. Elas dispensam processos autônomos.

5. Revogação ou modificação da tutela provisória

A provisoriedade dessa espécie de tutela implica a possibilidade de revogação, caso no curso do processo surjam novos elementos que revelem o não cabimento da medida.

Como a concessão da tutela provisória pressupõe cognição superficial, pode ocorrer que a dilação probatória inerente à tutela definitiva afaste a plausibilidade do direito. Também é possível que o perigo de ineficácia do provimento final deixe de existir. Tais circunstâncias, surgidas após a concessão da medida provisória, revelam o seu não cabimento e acarretam sua revogação.

Quanto à mera retratação, embora haja divergência na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexiste vedação legal a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela provisória é apenas assegurar o maior grau possível de efetividade à tutela definitiva, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida, porque inexistente esse risco.

Seria puro formalismo processual, além de indevida invasão da esfera jurídica de uma das partes, manter-se tutela provisória até o final do processo, se verificado o não cabimento da providência.

A rigor, o problema existe apenas em relação à possibilidade de o juiz modificar seu entendimento a respeito, sem alteração do quadro fático e independentemente de recurso. Verificado qualquer desses fenômenos, dúvida não há sobre a admissibilidade da alteração. Mas, mesmo se eles não ocorrerem, conclui-se pela revogabilidade da medida, caso o juiz não a considere mais necessária, podendo fazê-lo até de ofício.

Assim, enquanto não concedida a tutela final, definitiva, parece-me possível a alteração da medida provisória, o que decorre de sua própria natureza. Imagine-se que, deferido o pedido no curso do processo, após cognição mais profunda, verifique o juiz não ser caso da medida. Não poderá revogá-la mais, mesmo que se convença da desnecessidade da segurança ou da probabilidade de que seu beneficiário não possua o direito que alega? Parece-me que a conclusão negativa não se coaduna com os objetivos dessa modalidade de tutela jurisdicional, eminentemente provisória e instrumental. Se não há mais o que assegurar, não há por que mantê-la.

Em síntese, consequência natural da provisoriedade é a possibilidade de sua revogação ou modificação no curso do processo. Não obstante as partes devam recorrer da respectiva decisão sobre essa espécie de tutela, sob pena de preclusão, a providência pode ser adotada pelo juiz, mesmo de ofício e sem necessidade de fatos novos. Basta que ele se convença do equívoco cometido. A inexistência de recurso impede a parte impugnar a decisão sem demonstrar a existência de fatos posteriores incompatíveis com ela. Com relação ao juiz, todavia, não há preclusão.

Se indeferido o pedido de tutela provisória, todavia, deve a parte impugnar a decisão, sob pena de preclusão. Outra decisão a respeito somente será admissível diante de fatos novos. Idêntica a solução se a medida

for cassada pelo tribunal. Não poderá o juiz de primeiro grau reexaminar a questão, salvo se sobrevier alguma modificação fática.

Tais afirmações não são incompatíveis com a provisoriedade dessa modalidade de tutela. Sua concessão tem essa característica, o que significa possibilidade de modificação a qualquer tempo. Decisão denegatória, todavia, está sujeita às regras sobre preclusão. Tem a parte o ônus de recorrer da decisão, não podendo simplesmente renovar o pedido, com os mesmos fundamentos de fato.

Eventual suspensão do processo não compromete a eficácia da tutela provisória, salvo se nova decisão revogá-la ou modificá-la (Código de 2015, art. 296, parágrafo único). Não verificada essa hipótese, os efeitos produzidos pela tutela provisória, em qualquer das suas espécies, não cessam durante eventual suspensão do curso do processo (Código de 2015, arts. 313/315).

6. Efetivação prática da tutela provisória

O legislador não estabeleceu exatamente a forma de realização prática da tutela provisória, mesmo porque as providências podem variar em função do tipo de medida adequada à situação concreta. Limitou-se às normas relativas ao cumprimento provisório da sentença.

Não obstante essa referência, a tutela provisória não se refere apenas a efeitos da tutela condenatória. Também as tutelas declaratória e constitutiva podem ter a eficácia prática assegurada ou antecipada, total ou parcialmente, o que revela impropriedade da remissão. O cumprimento provisório da sentença será adotado como modelo apenas para a efetivação prática de providências inerentes a essa modalidade de tutela definitiva.

A rigor, mesmo em relação à tutela condenatória, não se pode admitir que a atuação prática da tutela provisória seja efetivada nos moldes do cumprimento provisório da sentença, sob pena de comprometer sua utilidade prática. Se necessário, serão adotadas medidas diversas das previstas naquelas normas.

Caberá ao juiz, dependendo do conteúdo da tutela provisória, determinar quais as providências mais adequadas à sua efetivação.

Nada obsta, portanto, a adoção de outras técnicas, principalmente se verificada a insuficiência da execução por expropriação. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação.

A tutela provisória de urgência deve limitar-se à finalidade do instituto, qual seja, prevenir a ocorrência de dano. Devem ser utilizados mecanismos que produzam o resultado prático necessário para evitar a lesão. Emitirá o juiz mandados e ordens destinados a alcançar essa finalidade prática, consistente em antecipar os efeitos do provável provimento definitivo.

Em síntese, a eficácia prática da tutela provisória pode depender de medidas coercitivas, destinadas a alcançar o respectivo resultado. Tais providências variam em função da espécie de tutela provisória. Se o pedido disser respeito a tutela cautelar, normalmente as providências conservativas são mais simples (bloqueio, indisponibilidade, depoimento, perícia etc). Tratando-se da antecipação de efeitos da tutela final (tutela antecipada), todavia, há necessidade da adoção de medidas aptas a proporcionar a respectiva satisfação, que podem exigir a realização de atos mais complexos, especialmente nas hipóteses de obrigações de fazer. Aplica-se, nesses casos, o disposto no art. 536 do Código de 2015.

Para a efetivação prática da tutela provisória, procede-se não apenas em conformidade com as normas relativas ao cumprimento provisório da sentença, mas também ao definitivo, no que couber (Código de 2015, art. 519). Assim, por exemplo, aplica-se o disposto nos arts. 773, 805, 814 e outros, por força do disposto no art. 513.

Não obstante, certamente a incidência das normas pertinentes ao cumprimento provisório da sentença ocorrerá com mais frequência, tendo em vista existir certa semelhança entre a sentença impugnada por recurso não dotado de efeito suspensivo, e, portanto, susceptível de execução provisória, e a tutela provisória propriamente dita. A sentença, embora configure tutela definitiva, pois tem como efeito a solução da crise de direito material, só produz esse resultado com o trânsito em julgado. Se contra ela foi interposta apelação, sua eficácia imediata é provisória, pois pode ser cassada se provido o recurso. Por esse aspecto, portanto, aproxima-se da tutela provisória. A diferença reside no fato de esta última não é concebida para eliminar a crise de direito material, embora esse resultado possa ocorrer eventualmente (Código de 2015, art. 304).

7. Tutela provisória e competência

A competência para o exame do pedido de tutela provisória depende do momento em que requerida. Como visto, ela pode ser antecedente ou incidente (Código de Processo Civil de 2015, art. 294, parágrafo único). Se pleiteada em caráter incidental, nenhuma dificuldade. Como o pedido deve ser formulado nos próprios autos, sem necessidade de processo autônomo, o procedimento é simples. Deve a parte dirigi-lo ao juízo em que tem curso aquele já instaurado. Nem havia necessidade desse esclarecimento pelo legislador.

Tratando-se de tutela provisória antecedente, ou seja, pleiteada antes de deduzida a pretensão à tutela definitiva, devem ser observadas as regras de competência previstas para esta (Constituição Federal, Lei Orgânica da Magistratura, Constituições Estaduais, Normas Estaduais de Organização Judiciária e Código de Processo Civil de 2015 e legislação extravagante).

Leva-se em conta, inicialmente, a organização judiciária do Brasil. O órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, que algumas vezes tem competência originária estabelecida na Constituição Federal. Verificada uma dessas hipóteses, deve o pedido de tutela provisória antecedente ser dirigido diretamente a essa Corte.

Se tal não ocorrer, necessário verificar, também na Constituição Federal, qual a Justiça competente, dentre as cinco existentes: Federal e Estaduais (comum), Trabalhista, Eleitoral e Militar (especial). Saliente-se ser a competência da Justiça Comum Estadual é determinada por exclusão, ou seja, é residual: o que não for atribuído expressamente na Constituição para as demais Justiças.

Cumprida essa etapa, deve-se atentar para eventual competência originária dos Tribunais Superiores da Justiça Comum (Superior Tribunal de Justiça) e das Justiças Especiais (Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), normalmente previstos também na Constituição Federal.

Também há hipóteses de competência originária de 2º grau em todas as Justiças (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Estaduais Militares).

É excepcional a competência originária dos Tribunais. A regra consiste na competência de 1º grau para a propositura das demandas. Nesse caso, identificada a Justiça competente, deve ser encontrado o foro (área sobre a qual o respectivo órgão jurisdicional tem atribuição). Para tanto, observam-se as normas do Código de Processo Civil sobre competência territorial.

Muitas vezes, em um mesmo foro há vários juízos, podendo a distribuição da competência levar em conta áreas de especialização (família, fazenda pública, registros, cível em geral) ou a subdivisão do território.

Observado esse breve esquema, chega-se ao juízo competente para a demanda com

pedido de tutela definitiva e, portanto, para examinar a pretensão à tutela provisória antecedente.

Em princípio, se houver necessidade de tutela provisória em demanda de competência originária do tribunal, o pedido deverá ser formulado perante o respectivo órgão jurisdicional. Incide a regra geral formulada no *caput*, observadas as especificidades decorrentes de a pretensão ser deduzida originariamente em 2º grau.

Se o processo já estiver em curso, o pedido de tutela tem natureza incidental e deve ser dirigido ao relator (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, II). Se a pretensão à tutela provisória tiver caráter antecedente, será encaminhada ao Presidente e, distribuída, caberá ao relator determinar as providências previstas no regimento interno (Código de Processo Civil de 2015, art. 932, VIII), especialmente aquelas estabelecidas no art. 303.

O dispositivo incide também na hipótese em que a tutela antecipada for requerida na fase recursal. Nesse caso, todavia, necessárias algumas considerações.

Proferida a sentença, embora sua eficácia não seja imediata, visto que a apelação, em regra, é dotada de efeito suspensivo (Código de Processo Civil de 2015, art. 1.012), pode surgir a necessidade de providência imediata, visando a evitar dano grave e de difícil reparação, mesmo porque há situações em que o recurso não tem o condão de impedir os efeitos da decisão (Código de Processo Civil de 2015, arts. 995 e 1.012, § 1º). Embora não haja mais juízo de admissibilidade na origem, alguns atos devem ser praticados antes da remessa dos autos ao órgão *ad quem* (Código de Processo Civil de 2015, arts. 1.010, §§ 1º a 3º, 1.028, §§ 2º e 3º, 1.030, *caput* e parágrafo único). Nesse ínterim, eventual pedido de tutela provisória deve ser apresentado diretamente no tribunal e dirigido ao Presidente, mesmo antes da remessa dos autos. Realizada a distribuição, o relator sorteado decidirá a respeito e, salvo disposição diversa do regimento interno, ficará prevento para o julgamento do recurso.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação de tutela recursal, que não deixa de ser modalidade de tutela provisória pleiteada em grau de recurso, será examinado pelo relator, observado o mesmo procedimento descrito no parágrafo anterior (Código de Processo Civil de 2015, art. 995, parágrafo único; v. tb. arts. 932, inciso II; 989, inciso II e art. 1.029, § 5º).

Se o processo estiver suspenso, em razão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 982, inciso I), pedido de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) deve ser dirigido ao juízo onde tem curso o processo suspenso (art. 982, § 2º).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

A fundamentação no NCPC: uma conquista democrática[1]

Lenio Luiz Streck

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Há um filme que pode nos ajudar a entender a relação do novo com o velho e, sempre, o papel da linguagem, do objetivismo e do subjetivismo. Literatura e cinema parecem explicar melhor os fenômenos, principalmente no entremeio de uma crise. Aliás, crise quer dizer exatamente "quando o novo não nasce e o velho não morre".

Estou finalizando um livro que será uma espécie de guia para entender a Crítica Hermenêutica do Direito, que criei faz alguns anos. Três juristas me entrevistaram. O juiz e professor Bianor Arruda Bezerra Neto, o mestre e doutorando em Direito Daniel Ortiz Matos e o advogado Diego Ribeiro, editor do blog *Tribuna do Jurista*. Das perguntas e respostas, sairá o livro. E um deles me perguntou sobre a resistência de parcela da comunidade jurídica às inovações do CPC/2015. Lembro, na entrevista, da palestra que fiz no Congresso de Direito Processual Civil ocorrido em Belo Horizonte no primeiro semestre deste ano. Encerrei a palestra com a alegoria de um filme, que agora conto:

> Trata-se da película *Os Deuses Devem Estar Loucos*, em que o piloto de um pequeno avião, sobrevoando uma aldeia de uma tribo "não civilizada", descarta uma garrafa vazia de Coca-Cola. Os nativos olham para esse objeto estranho e não sabem o que fazer com ele. O primeiro problema é que há somente um objeto. E a tribo era enorme. Segundo problema: do que se trata? Afinal, não havia um *a priori compartilhado* — uso aqui o conceito que cunhei na Crítica Hermenêutica do Direito — acerca do sentido de "garrafa". O estranhamento fez com que houvesse chutes de sentido. Mas a linguagem surge na falta, pois não? E alguns silvícolas (claro, silvícola na nos-

1 Palestra proferida no TRF da 3ª Região, no dia 5 de outubro de 2015, por ocasião do Novo Código de Processo Civil, intitulada "Segurança jurídica e integridade e coerência da atividade decisória nos Tribunais".

> sa linguagem ocidental) usam a garrafa para ralar tubérculos, outros assopram e pensam que é um instrumento musical e outro dá o sentido de arma, porque o objeto estranho é atirado e fere um terceiro na cabeça. Depois dessas tentativas, os nativos decidem se livrar desse objeto-estranho-não linguisticizado, portanto, não compreendido. E elegem um deles — Zi — para levar o objeto e atirá-lo para fora do mundo, porque, para eles, o mundo tinha limites, era quadrado, e o tal objeto deveria ser descartado para o abismo do nada. E lá se foi o nativo, correndo para o fim do mundo. Que nunca chegou. Ele vê camadas de nuvens que cobrem/obnubilam a visão do horizonte. E lá atira o objeto-não-nominado. Que desaparece em uma espécie de "real-impossível-de-dizer".

Moral da história que construo: o novo sempre perturba. O NCPC causa estranhamento. Há dezenas de livros apresentando interpretações das mais variadas. Uns dizem que o código é perigoso para a magistratura, havendo juízes já de malas prontas para outros países (Estados Unidos e Rodésia, ao que me foi dito por ocasião de dois congressos). Outros preparam o drible da vaca hermenêutico, despistando uma aplicação mais efetiva. O artigo 489 não é feito para o Brasil, brada-se em congressos e simpósios. Onde se viu exigir fundamentação esmiuçada?

Há os que propõem enunciados desviantes, como se os limites semânticos da nova lei nada valessem. Do mesmo modo como fizeram os nativos do filme, vão do ralador ao apito. Enfim, como se trata de uma lei, parece que os que se colocam contra o NCPC e, em especial, contrários ao dever de fundamentação, gostariam de eleger um jurista para correr até o limite do mundo e descartar o estranho objeto. Sim, esse objeto estranho, o NCPC. Quem seria o escolhido? Sua tarefa: atirar o NCPC na névoa solipsista que cobre a visão do horizonte.

Contaram-me também que um nativo-professor teve uma epifania e criou a seguinte tese: a de que o dever de coerência e integridade (artigo 926) é apenas uma norma programática, sem normatividade estrita. Vou poupar os senhores de declinar o autor da façanha. Genial, não? Vamos todos para Estocolmo receber o Nobel. Ou seja: o NCPC é uma lei que não deve ser obedecida. Por quê? Porque sim. E porque não "é boa". Ah, bom. O legislador teria "se equivocado". Já outros dizem que a retirada do livre convencimento (artigo 371) nada significa. Outra epifania epistêmica, pois não?

Ajudei a construir quatro dispositivos do NCPC: 10 (não surpresa), 371 (retirada do livre convencimento), 926 (dever de a jurisprudência ter coerência e integridade) e o 489 (fundamentação – menos o parágrafo segundo que trata da ponderação, é claro).

Aqui falarei dos seguintes: artigos 926, 927, 371 e 489. E situo a discussão a partir de minha teoria da decisão que está em dois livros meus: *Verdade e Consenso*[1] e *Jurisdição Constitucional de Decisão Jurídica*.[2] Nela, proponho cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão: preservar a autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual à justificação; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.[3]

Assim, tentarei trabalhar os dispositivos do CPC seguindo a teoria da decisão. O primeiro deles é a obrigatoriedade de o judiciário preservar a autonomia do direito. O que é isto? É a força normativa da Constituição – ela é a arma contra decisionismos. Para isso, construí 6 hipóteses pelas quais um juiz pode

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 322.

deixar de aplicar uma lei:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação "texto-norma". Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em casos de "insignificância"). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico.[4]

Fora dessas hipóteses, torna-se um direito fundamental que a regra-lei-princípio seja aplicada. Na verdade, é um dever do judiciário aplicar a lei se não estiverem contempladas algumas das hipóteses.

O segundo princípio-padrão: preservar a coerência e a integridade do direito. Pois bem; isso está em meus livros há tempos. Agora está no CPC, plasmado no artigo 926. Com efeito:

> *Art. 926.* Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la

4 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 347-348.

> estável, íntegra e coerente.
> § 1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Uma melhor leitura do art. 926 indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser, é claro, que reconheça que os argumentos que construíram suas decisões anteriores estavam errados – ou simplesmente que, hoje, não fazem mais sentido. Não há compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva "porque quer" (ou "porque sim"). Isso altera, por exemplo, a fundamentação dos Embargos de Declaração. Um exemplo parafraseado de Dworkin, de seu *Império do Direito*:[5] por algum tempo o judiciário vinha declarando que médicos, engenheiros etc eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a *coerência* deve ser quebrada pela *integridade*, passando também os advogados a responderem civilmente. Quer dizer: coerência e integridade são padrões que se combinam. Não há relação de oposição ou conflito, mas de complementaridade.

Outro exemplo, concreto, vem da ADI 2.591, em que o STF decidiu, corretamente, que o Código do Consumidor se aplicará às instituições financeiras, acabando com significativa divergência jurisprudencial. Até seria coerente continuar a decidir pela não aplicação do CDC aos contratos bancários. Ou seja, pode-se ser "coerente no erro". Mas não haveria integridade.

O art. 926 é potencializado pelo art. 10 em suas "garantias de influência e não surpresa" e estabelecendo um controle público do perigoso poder cautelar do juiz. A *coerência* e a *integridade* são, assim, os *vetores principiológicos* do CPC. Em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve respeitar a *coerência* e a *integridade*. Do primeiro grau a mais alta Corte do país. Nesse sentido, o próprio CPC (art. 927, V) manda que "juízes e os tribunais observarão [...] a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados". O Poder Público deve ter uma só voz. E isso está diretamente relacionado com o terceiro, quarto e quinto princípios que estabeleço em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*.

O *terceiro* princípio – o controle hermenêutico da interpretação constitucional – deve ser lido como a imposição de limites às decisões judiciais, ou, em outras palavras, como o enfrentamento do problema da discricionariedade (judicial). Junto a este, temos o *quarto*, o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação. E também o *quinto*: o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição. Por que estão juntos? Porque nos três entram os artigos 489, 371, 927 e 926 do NCPC. Vejamos:

> *Art. 489.* São elementos essenciais da sentença: (...)
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I – [a sentença não estará fundamentada] se [ela] *se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato*

5 DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

> *normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

O juiz deve sempre explicar a relação de causa e efeito entre um argumento que estiver usando e a causa em jogo. Isto é para evitar que o juiz diga: conforme o artigo tal, decido assim. Ele necessitará dizer qual é *a relação dos alhos com os bugalhos da causa*.

> II – [a sentença não estará fundamentada se] *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

Esse pequeno inciso garante que o juiz ou tribunal *não use conceitos "ônibus"*, nos quais caibam dezenas de sentidos; por exemplo, ele não poderá proibir a caça com base no princípio da dignidade da pessoa humana (como já aconteceu, presidenta); ele terá que sempre explicar em que sentido está usando a expressão.

> III – [a sentença não estará fundamentada se] *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*;

Muito justo que o Parlamento tenha dito isso. Afinal, não dá para usar os motivos da ilegalidade de um tributo, válidos em um processo, em outro processo que nem trata desse tipo de imposto.

> IV – [a sentença não estará fundamentada se] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a con*clusão adotada pelo julgador;*

Talvez seja o mais importante para evitar as surpresas e aquela coisa de "de cabeça de juiz". Não nos perguntamos, por vezes, algo

como "de onde o tribunal tirou essa ideia? Isso nem foi alegado!".

Na Alemanha isso é assim já há muito tempo. Até o nosso Supremo Tribunal tem decisões referindo-se a essa garantia. Falo do dever do juiz de levar em consideração os argumentos relevantes das partes, que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas, como também o de considerá-las séria e detidamente *em seu* artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, do CPC.

Há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência.[6] Sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Atenção: tal concepção significa que não se pode mais acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a

6 BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für Civilistiche Praxis*, Tubingen, J.C.B. Mohr, n. 153, 1954, p. 403.

fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.

Para fechar: no sistema alemão, o princípio, nos termos do artigo 103, parágrafo 1º, da *Grundgezets* (Lei Fundamental alemã) inclui não só o direito de se expressar, mas também o direito a que essas declarações sejam devidamente levadas em consideração. Julgados do Tribunal Constitucional Federal (por exemplo, *BVerfGE 70*, 288 NJW 1987, 485) localizam esse dever como decorrência do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), apontando que ele assegura às partes o direito de ver seus argumentos considerados.

Já o inciso V diz que

> [a sentença não estará fundamentada] se [ela] *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

Todos os alunos do primeiro ano de faculdade ouvem de seu professor: "- A sentença não é um silogismo; não basta fazer dedução; isso é do século XIX". Pois bem. Agora, com o NCPC, temos a chance de garantir que isso que dissemos aos alunos é verdade, isto é, que uma sentença ou acórdão não pode se limitar a dizer "julgo conforme a súmula tal", sem explicar as razões que ligam o enunciado ao caso concreto em jogo.

> VI - Por último, [a sentença não estará fundamentada] se [ela] *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Por que é de fundamental importância esse inciso? Para garantir que exatamente o precedente que uma parte está usando, seja utilizado pelo Juiz; e se ele não serve para decidir aquela causa, *o juiz terá que dizer porquê*. Com isto, vai diminuir consideravelmente o número de recursos no país. Já se pode saber, com elevada probabilidade, se vamos ganhar ou perder a demanda. Isso, é claro, se o artigo 489 for levado a sério.

É claro que o novo CPC ficou com problemas que não consegui e não conseguimos alterar por pressão da comunidade instrumentalista do processo civil, como, por exemplo, o pior problema: a "ponderação" no art. 489, § 2º. Foi um erro técnico do legislador. Isso porque veja-se o problema da equivocada compreensão acerca da diferença (e não cisão) entre regras e princípio: no art. 489 § 2º do novo Código de Processo Civil[7] fala-se em *colisão entre normas*, no entanto, essa questão traz um grande problema pela simples razão de que, como já dito anteriormente, *regras e princípios são normas*. Estabelece-se, desse modo, um *risco de estado de natureza hermenêutico*, dada a indeterminação de sentidos. Isto é, o sopesamento (ponderação) é o modo que Robert Alexy encontra para resolver os conflitos jurídicos em que há *colisão de princípios* (*é colisão de princípios e não, genericamente, de normas)* sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação). Em outras palavras, no sentido posto, não é possível haver ponderação no caso de "colisão entre normas", senão haveria a possibilidade de uma "ponderação de regras" sem limites. Assim o novo CPC, além de desconsiderar a diferença entre regra

7 "Art. 489. (...) § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

e princípio, coloca-os genericamente como "normas", que por sua vez, serão "ponderadas" por uma vulgata da teoria de Alexy.

Mais: o próprio artigo 371 torna contraditório o art. 489, § 2º do novo CPC. Vejamos: o que diz o atual artigo 371:

> *Art. 371.* O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Portanto, o advogado terá que ter muito cuidado, assim como o juiz, é claro. Poderão ser anuladas decisões que invoquem o livre com vencimento ou que implicitamente o façam; por exemplo: rejeito os embargos porque o juiz não é obrigado a declinar. Decisões do tipo: "O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei levando em conta sua livre convicção pessoal". Do mesmo modo, inadmissíveis de agora em diante decisões como esta: "O juiz, na linha de precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. As razões de meu convencimento são suficientemente claras. Rejeito os embargos". Portanto, proibir o livre convencimento é incompatível com a ponderação. E muito mais com o art. 926 que exige coerência e integridade.

A questão da prova no processo civil envolve os dois últimos princípios que elenco em meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, sobre a qual não abordarei neste presente texto. No novo Código Processual, ainda estão relacionados os artigos 927 e 928. *In verbis*:

> *Art. 927.* Os juízes e os tribunais observarão:
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II – os enunciados de súmula vinculante;
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
> § 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
> § 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
> § 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
> § 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
> § 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.
> *Art. 928.* Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
> I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
> II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
> Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Georges Abboud e eu comentamos esses dispositivos no livro, ainda no prelo, denominado "Comentários ao novo CPC", pela editora Saraiva. E também comentamos sobre a questão das súmulas e dos precedentes jurisprudenciais no livro *O que é isto – os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes*? Já na terceira edição, pela Livraria do Advogado.[8]

O precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário. O CPC quando se refere a precedente faz menção a um caso julgado pelos Tribunais Superiores, tal qual explicita a seguinte passagem do art. 926, § 2º, "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação".

Esse ponto evidencia que precedente não pode ser confundido com súmula, o que está correto e faz transparecer que há uma hierarquia entre súmulas e precedentes tendo prevalência a primeira. A súmula seria, assim, uma espécie enunciação do sentido a ser aplicado pelas demais instâncias. Já o precedente limitar-se-ia aos casos concretos que possibilitaram a consolidação da súmula.

Em outra passagem, o inc. IV do art. 988 dispõe que é cabível a reclamação para "garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência". Essas duas passagens legais demonstram que o CPC identifica o precedente como decisão do Tribunal Superior, sem o equiparar à súmula e tampouco à jurisprudência. Obviamente que o precedente do *common law* é também uma decisão do Tribunal Superior. Contudo, ele é mais do que isso. Ele é uma espécie de depuração histórico-hermenêutica de alguma decisão de Tribunal Superior.

Sendo mais analítico:

Sistema de precedentes. Sistema de vinculação do CPC. Se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evolução histórica, fato é que o CPC elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial. Ocorre que, com a inserção do art. 926 - um dos pontos fulcrais do *stare decisis* (mediante leitura dworkiniana) - tem-se a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter estável, íntegra e coerente. Veja-se: o texto legal fala em "jurisprudência" e não em "precedentes". E com toda razão, porque são coisas distintas, como explicitado nestes comentários.

Quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

Importante registrar que, obviamente, precedente não é súmula, súmula não é jurisprudência e jurisprudência não é precedente. Portanto, onde está escrito no CPC jurisprudência não se pode ler precedente. Essa mera equiparação é equivocada do ponto de vista doutrinário, pela simples razão de que precedente não é jurisprudência.

Aliás, nem toda decisão de Tribunal Superior se torna precedente, razão pela qual essa compreensão é fundamental para que possamos fazer uso constitucionalmente adequado da nova legislação processual.

A aplicação do acórdão paradigma oriundo do julgamento dos processos repetitivos ou a aplicação da jurisprudência propriamente dita, em nenhuma hipótese podem ser confundidos com o sistema de precedentes do *common law*. Necessidade de aplicar e observar a jurisprudência sempre foi necessário, inclusive o

8 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto* - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

"Código Buzaid" tinha já essa previsão; ocorre que precedente e jurisprudência não se confundem e não podemos correr o risco de só o Brasil passar a admitir que esses institutos são a mesma coisa. O precedente pode ser constituído apenas a partir de uma decisão que lhe seja subjacente (*e.g.*, *Marbury* vs. *Madison*). Outrossim, o precedente fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e *a análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente.*

No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma. Ou seja, sem a similaridade fática, não se consegue aplicar a jurisprudência ou acórdão oriundo de recurso repetitivo ou de IRDR. Aliás, esse é o maior risco de uma aplicação equivocada da jurisprudência e dos recursos repetitivos uma vez que no afã de assegurar celeridade corre-se o risco de se sobrestar e solucionar equivocadamente casos concretos que não guardam similaridade fática com o acórdão paradigma.

Aplicação íntegra e coerente do provimento vinculante. Para que os provimentos vinculantes do CPC não engessem o sistema jurídico, sua interpretação e aplicação não pode ser mecânica e subsuntiva, pelo contrário elas têm que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram.

Provimentos vinculantes. O CPC 927 elencou um rol de provimentos vinculantes. Da forma como descrito, podemos afirmar que haveria uma hierarquia entre esses provimentos. Isso porque as decisões do STF em controle concentrado são as únicas decisões que têm o condão de *nadificar* um texto normativo. Ou seja, na nomenclatura alemã elas tem efetiva força-de-lei. Em seguida, são elencadas as súmulas vinculantes que além de possuírem assento constitucional são proferidas pelo órgão máximo do Judiciário (STF) e seu descumprimento corresponde à violação de questão constitucional. Os demais provimentos não possuem previsão constitucional e não poderiam ter adquirido efeito vinculante via legislação ordinária sem a correspondente emenda constitucional.[9]

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. São as decisões oriundas do julgamento de ADIn, ADC e ADPF na modalidade principal.

Os enunciados de súmula vinculante. Adquiriram efeito vinculante com a EC 45 que instituiu o art. 103-A da CF.

Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Diferentemente dos acórdãos oriundos do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, não há previsão constitucional que confira efeito vinculante a esses provimentos. Portanto, o inc. III do art. 927 é inconstitucional, devendo, em controle difuso ou concentrado, ser expungido do ordenamento.

Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. O inciso IV do art. 927 também é inconstitucional porque transformou por via legislativa todas as súmulas do STF e do STJ em vinculantes, algo somente possível via emenda constitucional. Flagrante violação da Constituição.

A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. O inciso V estabelece que a orientação do plenário ou do órgão especial deverá vincular os demais órgãos fracionários aos

9 MAUNZ, Theodor. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987, p. 14-15.

quais estiverem vinculados. A vinculação dos órgãos fracionários ao entendimento do órgão especial/pleno assegura isonomia e integridade nas decisões dos Tribunais, uma vez que evita entendimento dissonante entre seções, câmaras ou turmas. Trata-se de questão fundamental para assegurar segurança jurídica. Mister destacar que o próprio Pleno ou Órgão Especial também estão vinculados ao próprio entendimento, sendo necessário, extenso ônus argumentativo e motivacional caso queira alterar seu entendimento. Sendo assim – consequência direta da coerência e integridade –, o STF e o STJ também estão vinculados aos seus precedentes. Na hipótese de o STJ deixar de aplicar um precedente ou qualquer outro provimento vinculante, sem a suficiente motivação para tanto, ainda que sobre questão infraconstitucional, caberá recurso extraordinário contra esse acórdão em razão de violação do princípio da isonomia, porque a essa causa não foi dado tratamento igualitário que a cadeia decisória construída sob a égide de um precedente impunha. Na hipótese de esse descumprimento ocorrer no STF, será cabível recurso adequado para tentar conduzir a questão para o Pleno ou tão somente a própria ação rescisória. Obviamente que os órgãos fracionários também estão vinculados às súmulas emanadas de seu próprio tribunal.

De todo modo, cabe uma advertência de caráter constitucional: o dispositivo deverá ter uma leitura a partir de uma *verfassugnskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição), pela simples razão de que ele somente é constitucional se a orientação do plenário ou órgão especial não se confrontarem com orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Caso contrário, o CPC corre o risco de institucionalizar uma jurisprudência vinculante que, em determinados casos, pode ser inconstitucional.

Forma de não aplicação do precedente. Distinguishing e *Overruling*. O juiz, no regime do *stare decisis*, possui técnicas para se afastar dos precedentes, que podem auxiliar na complexa compreensão do "sistema de precedentes" introduzido pelo CPC. São elas: o *distinguishing* e o *overruling*. No primeiro caso, há uma afastamento em razão de peculiaridades fáticas em relação ao precedente. Há um ônus argumentativo para se demonstrar que existem particularidades do caso concreto que não permite sua solução parametrizada pelo precedente. O *overruling*, por sua vez, é a rejeição ao precedente no caso concreto em virtude do resultado desarrazoado/injusto que acarretaria. Nesse sentido, Thomas Lundmark conceitua o *distinguishing* como o nome dado à decisão do juiz que não emprega a *ratio* de um precedente vinculativo, porque há detalhes naquele precedente que se consideram não iguais com o caso perante o tribunal.[10]

Entretanto, no Brasil não faz sentido falar-se de *overruling* para afastar a aplicação de precedente ou dos demais provimentos vinculantes, até mesmo porque não vivenciamos um genuíno sistema de precedentes, nem mesmo após o advento do CPC. O mais adequado é falar-se em controle difuso de constitucionalidade, que é um direito fundamental do cidadão de provimentos vinculantes nas hipóteses que sua incidência culminar em uma inconstitucionalidade para o caso concreto.

Modificação de jurisprudência e proibição de decisão surpresa. O § 1º do dispositivo ora comentado introduz louvável determinação para aplicação do art. 927 do CPC, porque impõe o respeito ao contraditório para a aplicação bem como para a modificação dos provimentos vinculatórios, inclusive pelos Tribunais Superiores (STF e STJ). Com a inserção do § 1º há importante vitória da democracia isso porque ficará evidente que não apenas as instâncias inferiores do Judiciário estão obrigadas a cumprir a

10 LUNDMARK, Thomas. Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe. *In*: *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaf*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 167.

criteriologia e apenas estes (juízes e tribunais não superiores) estavam obrigados a seguir a jurisprudência. A questão da não vinculação dos Tribunais Superiores em grande parte é sanada pelo parágrafo comentado, porque ele explicita que o "andar de cima" está jungido a sua própria jurisprudência. E não poderá mudá-la a seu talante. Devendo para tanto, assegurar contraditório prévio, assumir todo o ônus argumentativo para explanar nas razões o porquê da modificação e a depender da hipótese fundamentar a necessária modulação de efeitos da alteração jurisprudencial.

Modificação de jurisprudência e ônus da argumentação. Em regra, as Cortes Constitucionais estão vinculadas às suas próprias decisões, contudo, essa vinculação não é inexorável perante mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas. Sendo assim, o STF pode afastar ou rever suas decisões, porém, para tanto ele precisará arcar com o ônus da argumentação.[11]

Modificação da jurisprudência e modulação de efeitos. Da mesma forma que tem se admitido para fins de controle de constitucionalidade, a modulação de efeitos deve garantir a proteção da confiança e os direitos do jurisdicionado na ocasião de modificação de jurisprudência. Essa lição referente à obrigatoriedade de os Poderes Público não surpreenderem o cidadão, por modificação de atos ou entendimentos, a partir da boa-fé objetiva consiste em lição similar à aplicação da *fairness* preconizada por Dworkin. A aplicação do direito deve ser um jogo limpo.

Modulação de efeitos e interesse social. Com acerto, o CPC mencionou o interesse social e não o interesse público como parâmetro para se admitir a modulação de efeitos. A modulação de efeitos pode ser fundada em interesse social, mas não no interesse público.

Por fim, é preciso dizer que este Código é o segundo aprovado na democracia conquistada pós-1988. Temos de levar o Direito a sério. E temos de levar o novo CPC a sério. É a obrigação de todos os juristas. Temos de olhar o novo com os olhos do novo. Caso contrário, transformaremos o novo no velho. Não devemos nos comportar como os aldeões que, de tanto estranharem o objeto que lhes caiu na aldeia, resolveram se livrar do objeto perturbador. Eles disseram que, provavelmente, os deuses estavam loucos para lhes mandar esse "presente de grego". No nosso caso, creio que já temos maturidade e pré-compreensões suficientes para bem tratar desse novo objeto: o Código de Processo Civil.

11 ABBOUD, *Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151. E também STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 779.

Referências

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUR, Fritz. D*er Anspruch auf rechliches Gehör*. Archiv für Civilistiche Praxis, Tubingen, J.C.B. Mohr, n. 153, 1954.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUNDMARK, Thomas. Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe. *In: Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaf*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

MAUNZ, Theodor. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto* - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional* e decisão jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____ . *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

SUMÁRIO: 1. Breve introdução. 2. O princípio da primazia do julgamento do mérito. 3. Aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo CPC. 4. Conclusão.

1. Breve introdução.

A Lei nº 13.105, de 2015, aprovou o novo Código de Processo Civil. Este é o primeiro CPC editado sob a vigência da CF/88, inserindo-se no contexto do Estado Constitucional, que é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático. O Estado de direito impõe observância aos princípios da legalidade, isonomia e segurança jurídica. O Estado democrático funda-se na liberdade e na participação. Esses são os fundamentos do CPC, que justificam várias das normas nele contidas.

O processo civil deve ser estudado, ordenado, aplicado, disciplinado e interpretado a partir das normas contidas na Constituição Federal. Isso está, aliás, afirmado no art. 1º do novo CPC. O dispositivo encerra uma obviedade. Não somente as normas processuais, mas qualquer outra há de ser construída e interpretada de acordo com a Constituição da República. São várias as normas da Constituição Federal que contemplam preceitos de ordem processual. As normas fundamentais constitucionais aplicam-se ao processo. O art. 1º do CPC refere-se a "normas" estabelecidas na Constituição. A expressão é adequada, abrangendo tanto regras como princípios constitucionais. *Norma* é gênero do qual são espécies as *regras* e os *princípios*. A Constituição contém tanto regras como princípios.

Entre as normas fundamentais do processo, destaca-se o *princípio da primazia do julgamento do mérito*, ora destacado no presente ensaio.

2. O princípio da primazia do julgamento do mérito.

O art. 4º do novo CPC estabelece que as partes têm direito de obter em prazo razoável "*a solução integral do mérito*". Além do princípio da duração razoável, pode-se construir do texto normativo também o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência,

pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito.

O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanação, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanação de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.

A decisão de mérito a ser proferida no processo deve ser fruto de uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, justamente porque, nos termos do art. 6º do novo CPC, "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". O processo deve ser cooperativo ou comparticipativo. Várias regras processuais são condições de aplicação do princípio da cooperação, dentre as quais as que exigem o atendimento de deveres pelas partes e, igualmente, pelo juiz. Um dos deveres que se atribui ao juiz é o de *prevenção*, consistente no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. O juiz deve prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos, incorreções para que sejam sanados, a fim de possibilitar o exame do mérito e a solução da disputa posta ao seu crivo.

3. Aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo CPC.

Há várias disposições espalhadas pelo novo CPC que consistem em condições de aplicação do princípio da precedência do julgamento do mérito. O juiz deve aplicá-las, a fim de viabilizar, tanto quanto possível, o exame do mérito, concretizando o dever de prevenção, decorrente do princípio da cooperação.

Com efeito, incumbe ao juiz, de acordo com o art. 139, IX, "determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais". Segundo disposto no § 2º do art. 282, "quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Nos termos do art. 317, "Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício". Nesse mesmo sentido, o § 2º do art. 319 dispõe que "A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu". Também nesse mesmo sentido, o art. 321 determina seja ordenada a intimação do autor para emendar a petição inicial, corrigindo-lhe os defeitos e evitando-se, assim, o seu indeferimento.

O art. 338 permite a correção da ilegitimidade passiva ad causam alegada pelo réu na contestação. Já o art. 352 assim dispõe: "verificando a existência de irregularidades ou vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a trinta dias". O juiz deve, nos termos do § 1º do art. 485, determinar a intimação da parte para praticar os atos ou diligências que lhe cabe, evitando, assim, a extinção do processo sem resolução do mérito. Extinto o processo sem resolução do mérito, a apelação interposta pelo autor confere ao juiz o poder de retratar-se em cinco dias (art. 485, § 7º), com vistas ao exame do mérito. De acordo com o art. 488, "Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria o pronunciamento nos termos do art. 485".

No tribunal, o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, concederá prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único). Também no tribunal, sendo constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive o que possa ser conhecido do ofício, o relator determinará, nos termos do § 1º do art. 938, a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau; cumprida a diligência, prosse-

gue-se, sempre que possível, no julgamento do recurso. Postulada a rescisão de decisão substituída por decisão posterior, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, daí se seguindo decisão de reconhecimento da incompetência do tribunal, com remessa dos autos ao tribunal competente para julgá-la (art. 968, § 5º, II). Tanto a insuficiência como a ausência do preparo não implicam deserção imediata, devendo a parte ser intimada para suprir ou efetuar seu recolhimento (art. 1.007, §§ 2º e 4º). Mesmo sendo caso de nulidade da sentença, o tribunal deve, se a causa estiver em condições de imediato julgamento, decidir desde logo o mérito (art. 1.013, § 3º, II e IV).

O STF e o STJ poderão desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave (art. 1.029, § 3º). Se o Recurso Especial versar sobre questão constitucional, o STJ, em vez de inadmiti-lo, deverá intimar o recorrente para que o adapte a Recurso Extraordinário, remetendo-o, em seguida, ao STF (art. 1.032). Por sua vez, se o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no Recurso Extraordinário, haverá de remetê-lo ao STJ para que o julgue como Recurso Especial (art. 1.033).

Nas hipóteses previstas na alínea "a" do inciso II do art. 102 da CF, reproduzidas no inciso I do art. 1.027 do CPC, cabe recurso ordinário para o STF. Ao STJ cabe julgar o recurso ordinário nas hipóteses previstas no inciso II do art. 105 da CF, reproduzidas no inciso II do art. 1.027 do CPC.

Em muitos casos, o recurso ordinário versa sobre matéria constitucional. Ainda assim, é cabível o recurso ordinário, e não o extraordinário. Não é raro haver a interposição de recurso extraordinário no lugar do ordinário. O recurso cabível, nessas hipóteses todas, será o ordinário, e não o extraordinário. O enunciado da Súmula nº 272 do STF está, a propósito, assim redigido: "Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança".

O STF já vinha atenuando o rigor desse enunciado sumular, admitindo a conversão do recurso extraordinário em ordinário, desde que o ordinário fosse de sua competência.[1] Se, todavia, cabível recurso ordinário para o STJ, mas interposto recurso extraordinário para o STF, este não seria admitido, não se aplicando, nem mesmo, o princípio da fungibilidade.[2]

Em razão do princípio da primazia do exame do mérito, construído a partir do disposto no art. 4º do CPC, não há mais razão para que subsista o enunciado da Súmula nº 272 do STF, nem se deve ter como inadmissível o recurso extraordinário interposto no lugar do ordinário que deveria ser destinado ao STJ. Se o caso for de recurso ordinário, mas a parte tenha interposto o extraordinário, cabe ao STF convertê-lo para ordinário e julgá-lo, se a com-

1 STF, 2ª T., RMS 21.458/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 5/10/1993, DJ 15/4/1994, p. 8.047. No mesmo sentido: STF, 2ª T., RMS 21.328/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11/12/2001, DJ 3/5/2002, p. 22.

2 STF, 1ª T., AI 145.553 AgR/PI, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9/2/1993, DJ 26/2/1993, p. 2.359. No mesmo sentido: STF, 2ª T., AI 143.711 AgR/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 23/11/1993, DJ 20/5/1994, p. 12.249. Também no mesmo sentido: STF, 2ª T., AI 173.236 AgR/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/11/1995, DJ 9/2/1996, p. 2.087. Ainda no mesmo sentido: STF, 1ª T., RE 423.817 AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/8/2005, DJ 2/9/2005, p. 23.

petência for sua. Sendo do STJ a competência para o julgamento do ordinário, caberá ao STF remeter o recurso extraordinário ao STJ para que o julgue como ordinário.

Já se viu que o art. 1.032 do CPC estabelece que, tendo sido interposto recurso especial em relação à questão constitucional, o STJ, em vez de inadmiti-lo, deverá intimar o recorrente para que o adapte ao recurso extraordinário, remetendo-o, em seguida, ao STF. Por sua vez, nos termos do art. 1.033 do CPC, se o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, haverá de remeter ao STJ para que o julgue como recurso especial. Esses são exemplos de regras que concretizam o princípio da primazia do julgamento do mérito.

Aproveitar o recurso extraordinário que tenha sido interposto e julgá-lo como ordinário vai ao encontro do princípio da prevalência do julgamento do mérito, concretizando-o.

Por isso, não deve mais ser inadmitido o recurso extraordinário interposto no lugar do ordinário; deve ser julgado como ordinário, resolvendo o mérito.

Ainda sobre o recurso ordinário, vale lembrar que, nas causas previstas no art. 109, II, da CF, ele é cabível da sentença proferida pelo juízo federal a ser encaminhado ao STJ, que deverá julgá-lo. O recurso não é de apelação para o respectivo TRF, mas de recurso ordinário para o STJ.

O STJ tem, tradicionalmente, entendido que há "erro grosseiro" na interposição da apelação para o TRF, negando a aplicação do princípio da fungibilidade.[3]

Tal entendimento deve ser *revisto* em virtude do princípio da primazia do exame do mérito, construído a partir do disposto no art. 4º do CPC. Se a parte interpôs apelação para o TRF, mas o caso era de recurso ordinário para o STJ, caberá ao TRF remeter os autos ao STJ, que deverá julgar a apelação como recurso ordinário. Se o recurso extraordinário pode ser convertido em especial (CPC, art. 1.033), não há razão para a apelação não ser convertida em recurso ordinário; os prazos são os iguais, o efeito devolutivo sujeita-se à mesma disciplina normativa. Não há, enfim, diferenças substanciais, nem prejuízo que impeça a conversão de um recurso no outro.

4. Conclusão.

O importante é o que mérito seja apreciado. É o que se extrai do art. 4º do CPC de cujo texto constrói-se o chamado princípio da primazia, da prevalência, da preferência do julgamento de mérito. Os vícios devem ser eliminados, afastados, suplantados para que se examine o mérito e se resolva o conflito havido entre as partes.

O novo CPC contém, enfim, o princípio da primazia do julgamento do mérito. Todos esses são exemplos de regras que o concretizam.

3 STJ, 4ª T., AgRg no RO 95/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 21/8/2012, DJe 3/10/2012; STJ, 4ª T., AgRg no RO 59/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 21/8/2012, DJe 8/10/2012; STJ, 4ª T., AgRg no RO 130/RR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 16/10/2014, DJe 28/10/2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Diretrizes gerais do novo CPC

Leonardo Greco

Professor Titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

Após mais de cinco anos de elaboração, desde a constituição pela Presidência do Senado Federal da Comissão de Juristas encarregada da apresentação de um anteprojeto, está pronto o novo Código de Processo Civil que, deverá entrar em vigor em 17 de março de 2016.

Na sua tramitação no Congresso Nacional, sofreu a proposta original muitas modificações e acréscimos, embora mantida a estrutura original, frutos das mais variadas influências de pessoas e grupos interessados.

Como o Brasil não dispõe, como outros países, de um órgão público de alto nível responsável pelo planejamento e pela implementação de uma política pública de solução de conflitos, dentro da qual devem se inserir a administração da justiça e forçosamente a lei processual, muitas disposições do novo Código foram importadas de leis processuais de outros países, onde os seus reflexos e a sua eficácia ainda não foram suficientemente avaliadas, com uma cultura judiciária diversa da nossa, e que como nós também estão em busca de soluções de emergência para a sua própria crise. Por outro lado, muitas dessas novas disposições podem ser vistas como irrealistas ou de difícil aplicação, em face da insuficiência da máquina judiciária para resolver o volume de causas e de recursos com que se depara, e das deficiências de meios materiais e humanos para o desempenho dessa elevada missão, problemas que não são resolvidos pela reforma da lei processual.

Afastemos, desde logo, a ilusão de que o novo Código de Processo Civil vai transformar a justiça civil brasileira na melhor justiça do mundo, como ufanisticamente proclamava o Ministro da Justiça Dino Grandi, na exposição de motivos do Código italiano de 1940. Mas acho que uma boa lei processual pode ser um fator importante para reverter o déficit quantitativo e qualitativo de desempenho da justiça brasileira, se inserida no âmbito de uma política pública de solução de conflitos que enfrente e equacione a litigiosidade excessiva, a indiferença do Estado com o cumprimento do seu dever de respeitar os direitos dos cidadãos, as deficiências na formação, nos processos seletivos e no controle do desempenho dos profissionais do Direito, entre outros.

Como mero espectador da elaboração do novo Código, a cujo estudo tenho me dedicado, verifico claramente que, a par dessas inúmeras regras pontuais que se

destinam a incidir sobre situações muito particulares, o novo diploma nasce sob a inspiração e a influência de duas diretrizes basilares antagônicas, que reciprocamente se limitam e, até certo ponto, se excluem.

A primeira é o garantismo, o respeito às garantias fundamentais do processo, como imposição do Estado de Direito contemporâneo, fundado no primado e na eficácia concreta da dignidade humana e dos direitos fundamentais, fruto da constitucionalização e da internacionalização dos direitos humanos subsequentes a regimes autoritários, como exigência democrática verificada em todo o mundo ocidental a partir do segundo pós-guerra e que se implantou no Brasil com o advento da Constituição de 1988.

A celebração dos tratados internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência das Cortes Constitucionais, em especial as da Alemanha, da Itália e mais recentemente da Espanha, e ainda a abundante produção de decisões pela Corte Europeia de Direitos Humanos e, em menor escala pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem revelado todo o alcance dessas garantias processuais, que constituem os pressupostos indispensáveis do chamado *processo justo*, entre as quais sobressai com mais vigor o princípio do contraditório, entre nós explicitado na própria Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), como na da Itália, da Espanha e na Lei Fundamental de Bonn, com diferentes enunciados e extenso alcance, como expressão no processo judicial do princípio político da participação democrática e como garantia da mais ampla e efetiva possibilidade de que os jurisdicionados influam eficazmente em todas as decisões judiciais que possam atingir a sua esfera de interesses. Eu costumo qualificar o contraditório como um *megaprincípio*, porque a concretização da sua finalidade pressupõe a observância de vários outros princípios e regras, entre as quais destaco a audiência bilateral, a paridade de armas, a congruidade dos prazos, a participação de todos os interessados que possam ser atingidos pela decisão, a interação entre as partes e o juiz que assegure a efetividade da influência, tendo como consequências o diálogo humano, a oralidade, a tendência à gestão cooperativa do processo, o direito de defender-se provando, a fundamentação consistente das decisões que demonstre que estas efetivamente receberam a influência de toda a atividade argumentativa e probatória das partes e a publicidade dos atos processuais como instrumento indispensável de controle social do efetivo respeito ao contraditório e às demais garantias processuais.

A outra diretriz política que influencia intensamente o Código de 2015 é o que eu costumo chamar de ideologia da eficiência. A angústia da explosão incontrolável do volume de processos e de recursos mergulhou a justiça civil, no Brasil e em todo o mundo ocidental, numa crise profunda de ineficiência de que resultam o aumento exagerado da duração dos processos, a impossibilidade material de os juízes examinarem atentamente o conteúdo de todos os atos do processo e de proferirem decisões precisamente fundamentadas nas alegações das partes e nas provas dos autos, a impossibilidade material de os tribunais, nas sessões de julgamento colegiado, lerem e debaterem todos os votos que estão sendo proferidos. Na tentativa de debelar essa crise, os responsáveis pela administração da Justiça têm frequentemente recorrido a economistas e administradores, cuja visão desses problemas é puramente gerencial, resultado do que poderíamos chamar de *análise econômica do processo*, que passou a produzir dados e estatísticas de confiabilidade duvidosa e a propor metas quase exclusivamente quantitativas. Essa falsa racionalização administrativa e gerencial erige como escopos de uma suposta melhoria do desempenho da justiça a celeridade e a produtividade, no intuito de dar vazão à sempre crescente quantidade de processos e de recursos, influenciando o legislador processual a favorecer a padronização

das decisões, fortalecer a observância da jurisprudência e dos precedentes dos tribunais e a estimular a coletivização das demandas e das questões a serem solucionadas uma única vez com eficácia sobre todos os interessados, mesmo os que não tiveram qualquer oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração.

São duas diretrizes, são duas almas totalmente diferentes e contrapostas que convivem no mesmo diploma e que pretendem impor-se à observância de todos os protagonistas dos processos judiciais, em especial aos juízes.

No estudo do contraditório no novo Código, em função dos diversos aspectos desse princípio acima apontados, sem a preocupação de esgotar o assunto, sou capaz de identificar um rol importante de novas regras que seguramente fortalecerão a eficácia do contraditório, a par de outras, que seguramente a prejudicarão.

A audiência bilateral está proclamada no artigo 9º: "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida." O parágrafo único excepciona apenas a tutela provisória de urgência, a tutela da evidência nos dois casos que comportam liminares e o deferimento do mandado de pagamento na ação monitória. Em complemento, o artigo 10, seguindo o exemplo de legislações de outros países, como as da Itália e de Portugal, estabelece que o juiz "não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Essa mesma regra se aplica à decretação *ex-officio* da prescrição e da decadência, de acordo com o artigo 487, parágrafo único, exceto no julgamento liminar de improcedência. Também nos tribunais essa regra deverá ser observada, dispondo o art. 933 que, constatando o relator a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser consideradas no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. E os parágrafos desse mesmo artigo, em complemento, que, se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem e se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, para audiência das partes e subsequente exame da questão pelo colegiado.

O mesmo subprincípio é agasalhado no conhecimento *ex-officio* de novos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos (art. 493, parágrafo único), no incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135), na fraude à execução (§ 4º do artigo 792), em que o terceiro adquirente deverá ser intimado a manifestar-se para opor embargos de terceiro, antes da decisão que a acolha. Toda vez que o apelado, em contrarrazões de apelação, impugnar decisão interlocutória não preclusa por não ter sido impugnável por agravo de instrumento, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre ela (art. 1.009, § 2º). Também exigência da audiência bilateral é a obrigatoriedade de o relator, no tribunal, antes de rejeitar monocraticamente recurso por inadmissibilidade, conceder prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível (art. 932, parágrafo único). Outra regra que respeita a audiência bilateral é a previsão de resposta do agravado no agravo interno (art. 1.021, § 2º).

Igualmente é imposição da audiência bilateral a preferência para as comunicações reais em lugar das citações ou intimações fictas. Nesse sentido, o Código, no § 3º do artigo 256, prescreve que o juiz somente poderá considerar que o citando se encontra em lugar ignorado, para efeito de citação por edital, "se infrutíferas as tentativas de sua localização,

inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos". Também no inventário, no artigo 626, § 1º, o Código de 2015 corrige a anomalia hoje existente de determinar a citação por edital de herdeiro residente em outro foro. Prevê no inventário, ainda, na minha opinião, com evidente exagero, a publicação de edital para conhecimento de terceiros, o que a meu ver somente deverá ocorrer se houver razoável suspeita de que possam existir outros interessados cuja identidade ainda não é conhecida.

Quanto à paridade de armas, no artigo 7º, o Código assegura às partes igualdade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. No artigo 199 assegura às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica. No artigo 349, com grande tolerância, defere ao revel a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção. E no artigo 85, § 3º, iguala os honorários da sucumbência nas causas da Fazenda Pública, seja ela vencedora ou vencida. No mesmo sentido, diminui a desigualdade entre as partes a elevação do piso da remessa necessária para 100, 500 ou 1.000 salários mínimos, conforme a entidade pública vencida seja municipal, estadual ou federal (art. 496, § 3º).

A congruidade dos prazos, como integrante do conteúdo do contraditório, exige que os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, sejam suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa. Nesse sentido, o Código, no artigo 139, inciso VI, faculta ao juiz "dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito". No artigo 222, § 1º, veda ao juiz, sem anuência das partes, reduzir os prazos peremptórios. No mesmo sentido, aprimora o conceito de justa causa para a prorrogação dos prazos, no § 1º do artigo 223, para eliminar a exigência de que o evento alheio à vontade da parte *seja imprevisto*.

Além disso, aumenta a antecedência de publicação da pauta nos tribunais para cinco dias (art. 935) e aumenta o prazo de rescisória com fundamento em prova nova (art. 975, § 2º), fixando o seu termo inicial na data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Uma das características da chamada democracia participativa, de que o contraditório é a expressão processual, é a possibilidade de participação no processo de todas as entidades e grupos que possam colaborar com a administração da justiça, trazendo opiniões e informações que possam ser relevantes para a solução do litígio. Nesse sentido, o Código generaliza a possibilidade de intervenção em qualquer processo do *amicus curiae* (art. 138), considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. No artigo 927, § 2º, prevê a*udiências públicas* e *participação de pessoas, órgãos ou entidades* que possam contribuir para a rediscussão da tese, na revisão de súmula ou de julgamento de caso repetitivo, assim como, no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, *caput* e § 1º). Também nesse incidente, recomenda ampla divulgação da sua instauração e julgamento, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979). Na formação do cadastro de peritos, que todo tribunal deverá

organizar, determina o Código consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados (art. 156, §§ 1º e 2º).

O direito das partes de influírem eficazmente nas decisões judiciais, como imposição do contraditório participativo, é bastante fortalecido no novo Código. Nesse sentido, o Código amplia as oportunidades de exercício dessa influência nas decisões. Assim, por exemplo, nos artigos 9º e 10 assegura à parte o direito de ser previamente ouvida antes de qualquer decisão que afete a sua esfera de interesses, mesmo que se trate de decisão sobre questão apreciável de ofício. Por outro lado, o artigo 937, faculta sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência e em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal. Nos casos em que não caiba sustentação oral, assegura o direito a julgamento presencial, se a parte se opuser ao julgamento virtual (art. 945). Favorece igualmente o direito das partes de influir na decisão, a inclusão em pauta do agravo interno e dos embargos de declaração, este se não for julgado na primeira sessão seguinte à interposição (arts. 1.021, § 2º, e 1.024, § 1º). Ademais, no cumprimento de sentença, independentemente de impugnação, permite nos artigos 518 e 525, § 11, a arguição de qualquer matéria nova mediante petição avulsa.

Expandindo o campo dessa influência, o Código, no artigo 6º, explicita um dos mais importantes deveres de todos os sujeitos do processo e especialmente do juiz, que é o dever de cooperação, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. O dever de cooperação está associado à boa-fé (art. 5º) e implementa no processo a efetivação da solidariedade social, base ética de convivência pacífica dos cidadãos dentro do Estado de Direito (Constituição, art. 3º, inc. I), que exige de todos os agentes públicos, particularmente do juiz no processo, comportamento leal e previsível, que respeite as garantias fundamentais oferecidas às partes (contraditório, ampla defesa, paridade de armas etc.), assegurando-lhes em plenitude o exercício do direito de influir eficazmente na obtenção de uma decisão justa e prestando-lhes, nos limites impostos pela necessidade de preservar a sua imparcialidade, toda assistência e colaboração.

Quando Cappelletti propôs a criação de um outro modelo de justiça, a que denominou de coexistencial,[1] predominantemente pacificadora e não sentenciadora, já se tinha formado a percepção de que as partes não podem apenas desencadear o processo com as suas postulações, deixando nas mãos do juiz a condução do processo até o seu desfecho final. O juiz profissional está muito

1 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, ano 17, n. 65, São Paulo, Revista dos Tribunais, janeiro-março/1992, pp. 127-143.

longe de ter uma visão completa do mundo e de todos problemas que afligem os cidadãos. Empurrar as partes para a arbitragem, para que elas possam escolher julgadores com mais capacidade de compreensão da sua realidade, pode ser um caminho, mas oferece muitos riscos, entre os quais a pouca experiência dos árbitros em exercerem a função de julgar e a ausência de um duplo grau de jurisdição. Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei atualmente é imperativa ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz? Tudo isso, sem abrir mão da justiça estatal, ao contrário, prestigiando-a e fortalecendo-a, dela usufruindo o que ela tem de melhor, que é a sua experiência na composição dos conflitos e a sua estruturação hierárquica, que garante sempre ao vencido uma segunda oportunidade de julgamento por magistrados mais experientes. São os *contrats de procédure*, adotados na França,[2] e a ampliação dos espaços de contratualização do processo judicial, que, sujeitos à supervisão do juiz para evitar abusos, podem constituir uma opção valiosa para recuperar a credibilidade nos juízes e agasalhar postulações que sem essa autonomia teriam de dirigir-se a uma arbitragem por interlocutores inexperientes, sem o duplo grau de jurisdição, ou serem resolvidas pela força ou por acordos iníquos, impostos pelo litigante mais forte ou pela própria incapacidade da Justiça de tutelar com eficiência e celeridade os direitos dos cidadãos. O Código, no sentido do fortalecimento da cooperação, contemplou disposições no sentido de uma maior flexibilidade nos procedimentos, estabelecida consensualmente pelas partes ou por estas conjuntamente com o juiz, como, por exemplo: no artigo 190, que admite as convenções processuais sobre o procedimento; no artigo 191, que prevê que o juiz e as partes, de comum acordo, fixem calendário para a prática de atos processuais; no artigo 222, § 1º, que veda ao juiz reduzir prazos peremptórios sem a anuência das partes; no artigo 357, § 2º, que faculta às partes a delimitação consensual das questões de fato e de direito; no artigo 365 que somente permite a cisão da produção da prova oral em audiência com a concordância das partes; e no artigo 471 que prevê a escolha consensual do perito pelas partes. São expressões do que poder-se-ia denominar de *gestão cooperativa do processo*, por meio da qual, na lúcida observação de Tito Carnacini, "não só a tutela jurisdicional está entregue à vontade das partes, mas, em determinadas condições, também a técnica do processo".[3]

Outro aspecto do contraditório, que é exaltado no Código de 2015, é o direito das partes de propor e produzir todas as provas que potencialmente possam ter alguma utilidade para a demonstração da sua versão dos fatos. O juiz deixa de ser o único destinatário das provas e ao juiz não é lícito efetuar o juízo de admissibilidade das provas com base na sua avaliação discricionária da relevância e da utilidade das provas. Se alguma prova, ainda que remotamente, puder vir a elucidar um fato que interessa a uma das partes, esta tem o direito de produzi-la, ainda que o juiz já tenha formado a sua convicção com outras provas, porque o julgador não é o único destinatário das provas. Também o são os tribunais superiores e as próprias partes, porque o direito de produzir provas das suas alegações se inclui no seu direito de defesa. É o direito de defender-se provando, explicitado no artigo 369, que se completa com

2 V. GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – droit interne et droit de l'Union européenne*. 30. ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 1220-1221.

3 V. Federico CARPI. Introduzione. *In*: Federico CARPI, *et alii*. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 5.

as regras sobre a redistribuição do ônus da prova (art. 373), que só é legítima se possibilita efetivamente que a parte se desincumba do ônus que lhe é atribuído e se não lhe impõe encargo excessivamente oneroso ou impossível.

Quanto à oralidade, ao diálogo humano, percebe-se claramente que o Código se rende à ideologia da eficiência, ditando procedimento sequencialmente fragmentado e quase totalmente escrito, exceto se houver necessidade de produção de prova oral e eliminando qualquer resíduo da identidade física do juiz. O diálogo pressupõe que os interlocutores manifestem as suas opiniões, ainda que hipotéticas e provisórias, numa audiência oral, porque somente o encontro, o contato imediato entre o juiz e as partes instaura diálogo verdadeiro e humano como um exercício leal de paciência, tolerância, humildade e respeito mútuo. Parece-me que a projetada audiência de mediação ou de conciliação, antes da resposta do réu, não é a ocasião propícia para esse diálogo, porque este último ainda não colocou as suas cartas na mesa e, se vierem a ser implantados os centros de mediação ou conciliação, ela não se realizará na presença do juiz. Um resgate tímido da oralidade pode encontrar-se, entretanto, na criação da figura do depoimento pessoal como instrumento de clarificação, sem o risco da pena de confissão, que é instituído pelo inciso VIII do artigo 139; no excepcional saneamento cooperativo, em que o juiz, abandonando a forma escrita, diante da complexidade fática ou jurídica da causa, deverá designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º); e na tentativa de estabelecer a irrecorribilidade de um grande número de decisões interlocutórias que, favorecendo a diminuição das preclusões, permite ao juiz, se chegar à audiência final, encontrar-se em condições de reexaminar todas essas decisões intermediárias não preclusas (arts. 1.009, § 1º, e 1.015).

A fundamentação consistente e precisa das decisões judiciais é um dos aspectos do contraditório disciplinado com mais ênfase pelo Código de 2015. Implementando o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, e na linha da doutrina e da jurisprudência internacionais, o Código condena, nos §§ 1º e 2º do artigo 489, especificamente os mais frequentes vícios de fundamentação que devem ser evitados em qualquer decisão judicial, como a mera indicação de artigos de lei, o emprego de conceitos indeterminados sem explicar o motivo da sua incidência no caso concreto, a adoção de argumentos genéricos que se prestam a justificar qualquer decisão diversa, a omissão de resposta a todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes que poderiam conduzir a conclusão diversa da adotada, a simples invocação de precedente ou súmula sem identificar de que modo os seus fundamentos se aplicam ao caso concreto e a não explicitação das premissas e dos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em outros dispositivos, exige fundamentação consistente na concessão da tutela da urgência (art. 298), no indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único), na decisão sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373) e na avaliação da prova pericial (art. 479), entre outras.

Essa é a face positiva do Código de 2015, sob a perspectiva do respeito à garantia fundamental do contraditório. A outra face, não menos importante, mas a meu ver bastante negativa, de restrições ao contraditório, influenciada pela ideologia da eficiência, está igualmente expressa em inúmeros dispositivos. Cabe hoje à doutrina e amanhã caberá à jurisprudência, à luz da hermenêutica constitucional, verificar em que medida esses dispositivos resistem ao controle de constitucionalidade e, nesse momento, será possível perceber se o Brasil tem efetivamente um Estado de Direito à altura do grau de desenvolvimento atingido pela humanidade em todo o mundo ocidental.

Começo com a força normativa da jurisprudência, dos precedentes e das orientações dos tribunais superiores, que coloca aqueles que terão de sujeitar-se a ela numa posição de nítida desvantagem, em que terão de submeter-se a decisão preestabelecida da sua causa, sem nenhuma possibilidade de influir no seu conteúdo. O artigo 927 diz que os juízes e tribunais "observarão" essas decisões. Mais enfático, o artigo 988 estabelece que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para (IV) garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, em que os atingidos não tiveram oportunidade de influir na decisão ou, se tiveram, foram tratados em evidente posição de inferioridade, como no incidente de resolução de demandas repetitivas em que o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público podem sustentar oralmente as suas razões, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, enquanto os demais interessados têm 30 (trinta) minutos, divididos entre todos (art. 984).

Não menos ofensiva do contraditório é a aplicação da tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região e aos casos futuros (art. 985).

Mas outras diretrizes complementares de política jurídica se observam no novo Código. Uma delas é o estímulo à autocomposição. Este Código dá um novo incentivo à mediação e à conciliação, antecipando no procedimento comum a audiência de conciliação ou de mediação, que se realizará logo após a citação do réu, antes mesmo da apresentação da sua defesa (art. 334), e disciplinando nos artigos 165 a 175 a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais. Seguindo diretrizes já adotadas em Resolução do CNJ, o artigo 165 prevê que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, para realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e desenvolvimento de outros programas por conciliadores e mediadores com formação adequada.

A conciliação e a mediação adotarão os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade e da decisão informada, definidos na Resolução do CNJ, aos quais o artigo 166 do Código de 2015 acrescenta os da oralidade e da informalidade. O procedimento será livremente estabelecido pelas partes, admitido o uso de técnicas negociais (art. 166, §§ 3º e 4º). Os conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastros dos próprios tribunais e poderão ser livremente escolhidos pelas partes (art. 168).

O Código impõe ao autor a opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. Esta audiência não se realizará em duas hipóteses: se o autor manifestar a opção pela sua não realização e com essa opção concordar o réu (art. 334, § 5º); ou por não se tratar de causa que permita a autocomposição. O Código não esclarece quais seriam as causas desta última espécie. A questão suscitou muita polêmica na interpretação do artigo 331 do Código de 1973 que, afinal, com a Lei n. 10.444/2002, acabou consagrando a fórmula "causa sobre direitos que admitam transação". Em geral, são causas sobre direitos patrimoniais de caráter privado, limite estabelecido pelo Código Civil para o contrato de transação (art. 841), mais as causas de direito de família, mesmo que a controvérsia não seja patrimonial, embora a autocomposição possa abranger os próprios litígios dos entes públicos, se os seus representantes judiciais estiverem autorizados a celebrá-la e quaisquer outras causas, em que o acordo se forme em torno da continuidade ou do desfecho da relação processual ou com um ato de disposição unilateral de sujeito privado que possa praticá-lo, como na desistência da ação,

na renúncia ao direito pelo autor, no reconhecimento do pedido pelo réu ou na suspensão convencional do processo.

Outra diretriz complementar, resultante do contraditório participativo é a ampliação da intervenção de terceiros com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica e dos *amici curiae*. Do ponto de vista processual, a desconsideração visa a incluir como sujeito passivo da ação de conhecimento, do cumprimento de sentença ou da execução o sócio ou a sociedade que tenha incorrido numa das situações previstas em lei, para que, a partir de então, passe a responder como corréu da demanda e, consequentemente, pelo cumprimento de obrigações que, de acordo com a lei ou o contrato, seriam exigíveis do réu originário. A desconsideração, portanto, tem a finalidade de introduzir uma modificação subjetiva passiva da demanda, não subordinada aos limites temporais a que normalmente estaria ela sujeita (CPC de 1973, art. 264; CPC de 2015, art. 329) e, portanto, pelo seu caráter excepcional, depende da cabal comprovação dos fatos que, de acordo com o direito material, sujeitam os bens dos sócios a responder por dívidas da sociedade, os da sociedade a responder por dívidas dos sócios, que é a chamada desconsideração inversa (art. 133, § 2º) ou o de uma sociedade a responder por dívidas de outra. A desconsideração pode ser requerida desde a petição inicial (art. 134, § 2º) ou será objeto de requerimento incidente em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução de título judicial. No requerimento o proponente alegará os fatos que legalmente admitem a desconsideração e proporá as provas para demonstrá-los, juntando desde logo a prova documental que tiver em seu poder. Ao deferir o processamento do incidente, o juiz mandará anotar no registro de distribuição, determinará a suspensão do processo e ordenará a citação do requerido para responder no prazo de quinze dias (arts. 134 e 135). Em seguida, produzidas as provas, caso necessário, o juiz decidirá fundamentadamente o pedido, da sua decisão cabendo agravo de instrumento ou agravo interno (arts. 1.015, inc. IV, e 136, parágrafo único). Em caso de procedência, determinará que o novo réu passe a figurar como corréu, sendo intimado de todos os atos do processo e deles participando. Visando o incidente ou o pedido originário de desconsideração a estender a responsabilidade patrimonial pelas dívidas que estão sendo cobradas do devedor originário ao novo responsável, e sendo o pedido acolhido, a partir da citação deste (arts. 137 e 792, § 3º), a alienação ou a oneração dos seus bens poderá caracterizar fraude de execução.

A criação desse procedimento dá mais segurança ao requerido. Entretanto não evitará que o requerente obtenha, *inaudita altera parte*, uma tutela de urgência que bloqueie os bens do requerido, antes mesmo de decidido o pedido de desconsideração. Também não resolve o procedimento outra questão crucial, que merece um estudo mais complexo, que é saber em que medida estarão preclusas para o requerido as questões já decididas antes da sua citação ou da decisão do incidente, ou ainda, decididas em procedimentos antecedentes cujo desfecho pode estar acobertado pela coisa julgada. Sem dúvida, a garantia do contraditório deve ser respeitada com a maior amplitude possível. A sua observância não se satisfaz com a simples participação do requerido no procedimento que antecede a decisão de desconsideração da personalidade jurídica e nos atos subsequentes do processo. Se ocorreu um abuso da personalidade jurídica tão intenso que a desconsideração reconhece que o réu originário e o requerido são a mesma pessoa, com dois nomes ou duas fachadas diferentes, torna-se perfeitamente razoável que ao requerido sejam impostas a coisa julgada e a preclusão de todas as decisões a que o réu originário tenha de submeter-se. Mas se são pessoas diversas, embora haja motivos legalmente previstos para estender a uma delas a responsabilidade por dívidas da outra, àquela não pode ser subtraído o exercício do direito de defesa a respeito de todas as questões de-

cididas no mesmo ou em outro processo, não se podendo falar de preclusão, muito menos de coisa julgada.

Essas questões extravasam do âmbito do procedimento ora comentado, se nele não forem suscitadas. Mas é de esperar-se que, aberta com a citação para responder ao pedido de desconsideração a oportunidade para o requerido se defender, deva ele nessa ocasião aduzir a sua contrariedade a quaisquer pressupostos fáticos ou jurídicos da sua responsabilidade, de que resultem a própria certeza, liquidez ou exigibilidade do crédito, mesmo que já tenha sido objeto de decisão anterior e que também sobre essas questões lhe seja permitido formular alegações, propor e produzir provas, para que sejam em relação a ele apreciadas na decisão do pedido de desconsideração.[4]

O artigo 138 trata do *amicus curiae*. A simples leitura deste artigo revela que a sua redação foi fortemente influenciada por um modelo de *amicus curiae* traçado nas Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/2006. A primeira característica do instituto é que a intervenção desse colaborador se justifique pela "relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia". A relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia podem ser sintetizados no impacto que a decisão judicial produzirá na sociedade, extravasando os seus reflexos dos simples interesses particulares dos litigantes, atingindo outras pessoas, grupos sociais, o interesse público ou o interesse geral da coletividade. Por exemplo, quando uma concessionária de um serviço público pleiteia em juízo o reajuste da sua tarifa em face do poder concedente, a decisão da causa vai atingir o patrimônio, o custo de vida ou o custo operacional de todos os seus usuários. O impacto da decisão ultrapassa a análise dos aspectos fáticos e jurídicos da controvérsia entre as partes.

A especificidade do tema significa que na sofisticação tecnológica do mundo contemporâneo, há conhecimentos científicos e técnicos que se tornaram de domínio seguro de poucas pessoas ou instituições altamente especializadas. Mas mesmo fora desse âmbito, há costumes comerciais de determinados tipos de negócios e padrões de composição de custos de determinados produtos e serviços que constituem um conhecimento específico dos operadores de um determinado mercado e de profissionais que os assessoram. A prova pericial é o principal veículo desses conhecimentos, mas não necessariamente o único. A busca da verdade como um dos objetivos da instrução probatória e um dos pressupostos de uma decisão justa, deve propiciar ao juiz o acesso ao conhecimento mais qualificado e idôneo à solução da controvérsia.

Outra característica do *amicus curiae*, implícita no modelo traçado pelo artigo 138, é a de que esse terceiro seja pessoa natural, jurídica ou órgão sem personalidade jurídica, portadora dos conhecimentos e da reputação necessários para apresentar informações ou opiniões relevantes para o julgamento da causa. A norma faz referência à *representatividade adequada*, como indicadora dessa qualificação e dessa idoneidade, o que é um defeito. Sem dúvida, essa representatividade pode ser um indício de qualificação e idoneidade, mas nem sempre. Por outro lado, há órgãos técnicos altamente especializados em determinadas matérias que não têm qualquer representatividade. Por outro lado, a invocação pelo legislador da representatividade adequada como indício de qualificação induz à distorção, que apontei no início deste tópico, de entidades de classe representativas que intervêm para fortalecer a defesa do interesse de uma das partes, em geral um dos seus associados, sem nenhuma isenção. Infelizmente, a isso temos assistido em julgamentos de grande repercussão do Supremo Tribunal Federal, em que entidades de defesa disto ou daquilo intervêm como pretensos *amici curiae* para defender isto ou aquilo e não para prestar

4 V. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 175-177.

uma colaboração desinteressada e impessoal à boa administração da justiça.

Daí resulta uma outra característica do *amicus curiae*, que é a de ser um sujeito imparcial do processo, um sujeito dotado de isenção em relação aos interesses em conflito e que vem prestar informações ou opiniões para que a decisão da causa guarde a mais perfeita correspondência com os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados de que é portador, ainda que um dos litigantes seja um dos seus associados. Esse desprendimento de uma entidade de classe dos interesses específicos dos seus associados em benefício da sua preponderante responsabilidade social e de colaboração isenta e confiável com o Poder Público, até mesmo como exigência da preservação da imagem positiva de que a classe por ela representada pretende desfrutar no meio social, não é bem compreendido em países latinos, como o nosso, embora com forte suporte constitucional no princípio da solidariedade (Constituição, art. 3º, inc. I), mas é muito exaltado em países anglo-saxões.

Outra diretriz complementar importante é a possibilidade que o novo Código descortina de prática de atos de impulso processual pelos advogados, rompendo o mito centralizador e burocratizante do impulso cartorário. O Código de 2015 inova de modo arrojado, atribuindo pela primeira vez em nosso direito processual ao advogado a responsabilidade de promover diretamente, sem a intermediação dos serventuários e do cartório, a intimação do advogado da outra parte (art. 269, §§ 1º e 2º), assim como das testemunhas que arrolou (art. 455), por correspondência própria, expedida e entregue por via postal com aviso de recebimento. Se se frustrar a intimação da testemunha por essa via, se o destinatário for servidor público ou uma daquelas pessoas que por deferência têm a prerrogativa de definir dia, hora e local para serem inquiridas (art. 454, § 1º) ou se a testemunha tiver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, a intimação deverá ser promovida pelo próprio juiz, por via postal, por mandado a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 455, § 4º) ou por ofício de requisição expedido ao chefe da repartição ou ao comando da corporação em que serve o funcionário.

Consequência da ideologia da eficiência é o lamentável recuo da oralidade, com o abandono da identidade física do juiz e a previsão de audiências de conciliação sem o juiz. Quanto à identidade física, o Código não reproduz nem mesmo a tênue identidade da última redação do artigo 132 do Código de 1973, o que significa que, a partir da sua vigência, juízes poderão proferir sentenças em processos em que não participaram de quaisquer atos orais.

A audiência de conciliação ou de mediação é conduzida pelo conciliador ou mediador (arts. 165 e 334, § 1º), embora sob supervisão do juiz da causa ou do juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver (art. 173, § 2º). Se a negociação for bem sucedida, no momento final dessa audiência o juiz deverá estar presente para homologar a autocomposição (art. 334, § 11), momento em que deverá certificar-se junto aos conciliadores ou mediadores e às próprias partes e seus advogados da adequação das conclusões submetidas à sua aprovação.

De qualquer modo, não me parece que a ausência do juiz no curso da negociação seja irremediável, porque, de um lado, as partes devem ter sempre a possibilidade de acesso ao juiz, se desejarem, e se a negociação fracassar, na audiência final o próprio juiz conduzirá a conciliação (art. 359) e os demais atos orais.

Outra diretriz complementar, embora tímida e de eficácia improvável, é a tendência de reduzir a recorribilidade das decisões interlocutórias. O Código de 2015 compreende o desacerto da ampla recorribilidade de todas as decisões interlocutórias e procura mitigá-la, voltando ao regime da enumeração taxativa das hipóteses de recorribilidade, não havendo preclusão das demais, consideradas irrecorríveis (arts. 1.009, § 1º, e 1.015). É uma evolução positiva, mas os

seus resultados dependerão em grande parte do comportamento dos advogados e dos juízes, especialmente dos que atuam nos tribunais superiores, porque o sistema recursal brasileiro é um sistema aberto, no qual, aos recursos formalmente instituídos pela lei processual, se somam sucedâneos recursais que suprem as lacunas dos recursos formais, como o mandado de segurança e a reclamação ou correição.

Outras inovações positivas, embora de menor impacto, poderiam ser apontadas como a redução dos procedimentos especiais, a criação de um procedimento probatório antecedente sem o requisito da urgência (arts. 381 a 383), a disciplina da inversão do ônus da prova (art. 373), o aperfeiçoamento das regras sobre a prova pericial (arts. 156, 465, 471 e 473), a homogeneização de regras entre o processo de execução de título extrajudicial e o cumprimento de sentença, com a subsidiariedade recíproca (arts. 513 e 771, parágrafo único), a ampliação dos espaços de defesa do executado contra qualquer decisão no curso da atividade executória, fora dos embargos ou da impugnação (art. 525, § 11).

Esses são os aspectos mais relevantes e paradoxais da análise do novo Código que me ocorre destacar numa breve síntese. Não poucas serão as dificuldades para implementar e harmonizar esse conjunto de regras. Certamente será um enorme desafio com o qual a justiça civil brasileira se deparará cotidianamente a partir do início da sua vigência. Quiçá os critérios hermenêuticos estabelecidos no artigo 8º (a dignidade humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a publicidade e a eficiência) possam contribuir para essa árdua tarefa, especialmente se a eficiência não se reduzir à simples busca de celeridade e produtividade, mas inclua, como nos modelos mais modernos, o amplo acesso à justiça por todos aqueles que dela necessitam e o respeito à paridade de armas e a uma proteção legal equânime a todos os jurisdicionados.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

Ativismo judicial e a desistência de recurso

Nelson Nery Junior

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutorado em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Advogado.

Georges Abboud

Mestre e Doutor em direitos e difusos coletivos pela PUC-SP. Professor da graduação da PUC-SP. Professor do programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Advogado.

RESUMO: O artigo tem por escopo examinar as recentes decisões do STJ que impediram a parte de desistir do seu próprio recurso, não obstante previsão legal expressa permitindo a desistência (CPC 501).

PALAVRAS-CHAVES: recurso especial – desistência de recurso – ativismo – interesse público – jurisdição constitucional

ABSTRACT: This clause aims to appraise recent decisions of the Superior Court of Law which prevented the party to surrender his own appeal, notwithstanding the explicit legal provision to the case (Article 501 of the Brazilian Procedural Civil Code).

KEYWORDS: special appeal; appeal withdrawal; public interest; constitutional jurisdiction

1. Introdução.

Recentemente, o STJ ao julgar questão de ordem do REsp 1.308.830, tal como já havia feito em outra oportunidade, impediu a parte de desistir do recurso que havia interposto, sob o argumento de que, como o recurso havia sido escolhido como representativo de controvérsia para efeitos de conferir-lhe o procedimento previsto no CPC 543-C, haveria interesse público a superar o interesse privado de a parte desistir de recurso que interpusera.[1] A decisão

1 O sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça noticiou o julgamento nos seguintes termos:
"Em decisão unânime e inédita em questão de ordem, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rejeitou pedido de desistência de um recurso especial que já estava pautado para ser julgado. Na véspera do julgamento, as partes fizeram acordo e protocolaram a desistência. A relatora, ministra Nancy Andrighi, ressaltou que o recurso especial de autoria da Google Brasil Internet Ltda. trata de questão de interesse coletivo em razão do número

anterior consiste na resolução da questão de ordem no Recurso Especial nº 1.063.343, na qual o STJ,[2] em tese, ao interpretar conceito legal indeterminado acabou por desaplicar a lei ao caso concreto (CPC 501).[3]

O CPC-2015 repete em seu artigo 998 a regra geral, "o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso". Contudo, estabelece em seu parágrafo único que "a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".[4]

Vale dizer, o STJ decidiu a impossibilidade de desistência sem previsão legal para tanto em afronta ao que estabelece o CPC-1973 em seu art. 501.

Desse modo, o presente artigo examina a fundamentação subjacente a essas duas decisões com o objetivo de demonstrar o risco que trazem para o cenário jurídico, caso seja prestigiada a tese nelas formulada, perante cenário que não contempla a possibilidade de se aceitar a desistência e julgar a tese. Possibilidade prevista tão somente no CPC-2015.

Desse modo, este estudo subdivide-se em três itens. O primeiro tópico tem por tarefar delinear os conceitos elementares sobre o fenômeno do ativismo judicial, a fim de desentenebrecer as confusões sobre referido conceito, diferenciando, assim, uma decisão ativista daquela que concretiza efetivamente o texto constitucional.

O segundo item destina-se a evidenciar a impossibilidade de o Judiciário afastar a aplicação da lei ao caso em razão de inte-

de usuários que utilizam os serviços da empresa, da difusão das redes sociais virtuais no Brasil e no mundo e de sua crescente utilização em atividades ilegais. Por isso, a ministra sugeriu à Turma que o julgamento fosse realizado.

A ministra manifestou profundo aborrecimento com a desistência de processos depois que eles já foram analisados e estão prontos para ir a julgamento, tendo em vista a sobrecarga de trabalho dos magistrados. 'Isso tem sido constante aqui. A gente estuda o processo de alta complexidade, termina de fazer o voto e aí vem o pedido de desistência', lamentou.

A ministra reconhece que o pedido tem amparo no artigo 501 do Código de Processo Civil (CPC): 'O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.' Ela entende que o direito de desistência deve prevalecer como regra. Mas, verificada a existência de relevante interesse público, o relator pode, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento.

Nova realidade

A ministra considerou que o referido dispositivo deve ser interpretado à luz da realidade surgida após da criação do STJ, 15 anos após a edição do CPC. 'Infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos', afirmou Nancy Andrighi. Além disso, o ministro Sidnei Beneti afirmou que o artigo 501 do CPC foi concebido em um período em que não havia número tão elevado de processos, sendo necessário atualizar sua interpretação. O Ministro Massami Uyeda lembrou que, nos casos dos recursos repetitivos, a Corte Especial do STJ já decidiu que, uma vez pautados, não poderá haver desistência em razão do interesse público envolvido. Para ele, essa interpretação privilegia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a sociedade aguarda posicionamento da mais alta corte infraconstitucional. O ministro Beneti ressaltou que, mesmo com o julgamento de mérito, nada impede que haja a homologação do acordo entre as partes. 'A tese aproveita a toda sociedade e o acordo fica válido individualmente entre os contendores da demanda judicial', explicou.

A ministra Nancy Andrighi espera mais um efeito: que as partes e advogados pensem melhor antes de recorrer. Apesar de rejeitar a desistência, a Turma transferiu o julgamento para a sessão seguinte porque o advogado de apenas uma das partes estava presente. O outro precisava ser intimado". Notícia acessada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105881>, acesso realizado 2.6.2012.

2 "Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ" (STJ, Corte Especial QOREsp 1.063.343-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2008, m.v., DJUe 4.6.2009).

3 *CPC 501:* "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".

4 Ver. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.020 *et seq.*

resse público. Isso porque a desaplicação da legislação a um caso concreto somente seria possível mediante o controle difuso de constitucionalidade da lei.

O terceiro ponto, por sua vez, tem a finalidade de expor o equívoco em se conferir caráter puramente objetivo à atividade jurisdicional desenvolvida pelo STF e STJ, uma vez que, esses tribunais por determinação constitucional devem resolver lide e tutelar direitos subjetivos do cidadão.

2. A poluição semântica sobre o termo ativismo judicial. Risco desse fenômeno para o Estado Democrático de Direito. As razões pelas quais não se deve perscrutar pelo ativismo bom ou ruim. O porquê de que somente Zeus poderia ser ativista.

O termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica,[5] ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado.[6]

O enfrentamento da questão do ativismo exige análise longa e aprofundada acerca da evolução desse fenômeno, mediante amplo exame do tema no *common law*, investigando a relação do ativismo com a *judicial review*[7] e institutos afins, tais como o *legislative override/ Notwithstanding clause* do Canadá.[8]

O escopo do presente artigo, e mais especificamente deste item, não é examinar de maneira aprofundada o fenômeno do ativismo. O que efetivamente pretendemos é apresentar contribuição para não mais obnubilar o referido conceito a fim de, em seguida, examinar algumas decisões de nossas Cortes Superiores (STF/STJ) à luz das premissas que

5 Cf. Wolfgang STEGMÜLLER. *A filosofia contemporânea*. São Paulo: EPU, 1977, vs. 1 e 2, *passim*.

6 Para um exame aprofundado do tema, ver: Lenio Luiz STRECK. *Verdade e Consenso*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 4.2, pp. 51/55. Do mesmo autor, *O que é isto? – decido conforme minha consciência*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, *passim*. Ver, ainda, a dissertação de Clarissa TASSINARI. *Ativismo judicial*: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana, dissertação de mestrado em direito apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

7 Sobre o tema, merece destaque o trabalho de Mark TUSHNET, no qual esse autor desenvolve duas perspectivas para se examinar a *judicial review*: a *weak judicial review* e a *strong judicial review*. A partir desses dois conceitos evidencia as vantagens e as desvantagens de cada uma delas, demonstrando como o processo democrático reage a cada uma delas. Ademais, ressalta o autor que o que efetivamente é constitucional nem sempre responde a um código binário (constitucional/inconstitucional), daí a depender da perspectiva adotada – se *weak/strong judicial review* –, modificam-se os principais agentes responsáveis pelas mudanças sociais em uma democracia, se o Legislativo ou o Judiciário. Sobre a questão, ver: Mark TUSHNET. Weak Courts, *Strong Rights: judicial review and social Welfare Rights in comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, cap. 1/3, em especial, pp. 16, 33/35, e p. 39.

8 *Legislative override*, ou *Notwithstanding clause*, constituem designações doutrinárias para descrever o dispositivo na Seção 33 da Canadian Charter of Rights and Freedoms, nos seguintes termos:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Marginal note: Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Marginal note: Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Marginal note: Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Marginal note: Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Assim, por meio do *legislative override*, o Parlamento tem a possibilidade de imunizar a lei em relação a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo renovável de cinco anos. Ou seja, não apenas o Parlamento tem a possibilidade de *ignorar* a decisão da Corte Constitucional, ele ainda pode imunizar a lei por um período de cinco anos. A *Notwithstanding clause* tem sido pouquíssimo utilizada em sua força plena pelo Parlamento Canadense. Contudo, sua presença criou um sistema diferenciado de *judicial review* (*weak judicial review*), em que o Parlamento dialoga com maior frequência com o Judiciário para se definir o alcance e a inconstitucionalidade de determinadas leis. Ademais, o *legislative override* impõe debate sobre coalisões parlamentares e definições de políticas majoritárias pelo Tribunal Constitucional. Para exame sobre o tema, ver: Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., Cap. 3, pp. 51-66.

enumeraremos nesta parte do estudo.

Alguns segmentos doutrinários preferem identificar o bom e o mau ativismo. Nesse sentido, Pablo L. Manili afirma que o bom ativismo proporciona dentre outros os seguintes benefícios para o jurisdicionado: 1) cria direitos, ou seja, assegura diretos não previstos expressamente em nenhum diploma normativo; 2) amplia as garantias processuais para proteção dos direitos; 3) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; 4) controla os excessos do poder em geral; 5) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos; 6) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.[9]

Em contrapartida, o citado autor enumera diversas decisões casuísticas e ilegais da Suprema Corte de seu país para demonstrar o mau ativismo.[10]

De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico* e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Nesse ponto, as situações aventadas por Pablo Manili como bom ativismo, em nossa concepção não se tratam de decisões ativistas. São, na realidade, decisões que concretizam e aplicam diretamente o texto constitucional e sua principiologia.

Exemplo paradigmático dessa atuação do Judiciário é o correto uso das decisões aditivas/manipulativas, em sede de jurisdição constitucional, para correção de deficiência e omissão da função legislativa, a fim de preservarem-se direitos fundamentais, o que não quer dizer que o Judiciário está legitimado a substituir a função legiferante do Congresso Nacional.[11]

Por óbvio que, ao caracterizarmos o ativismo como *afastamento da legalidade vigente*, não estamos afirmando que o jurista esteja vinculado à legalidade estrita. O que asseveramos é que, ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar a lei, salvo se ela for inconstitucional. Por consequência, o *texto constitucional* configura limite intransponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, não se pode perder de vista que a decisão de um juiz que conceda tutela judicial atípica para fornecer remédio ou tratamento a segurado do INSS não deve necessariamente ser classificada como ativista. Pelo contrário, trata-se de decisão que concretiza direito fundamental do cidadão à saúde. Essa decisão, desde que devidamente motivada nos termos da CF 6º e CF 93 IX não deverá ser inquinada de ativista, porque está pautada na legalidade e na legitimidade constitucional.

Ao revés, decisão judicial a pretexto de assegurar o direito à filiação e ao conhecimento da paternidade biológica às custas de relativização [*rectius*: "desconsideração"] da coisa julgada, com fundamento em senso de justiça do magistrado, será ativista, vez que proferida em detrimento da legalidade vigente, com o subterfúgio assegurar, no caso concreto, o critério daquilo que pareceria mais justo ao magistrado.

No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto

9 Pablo L. MANILI. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, *in Revista Juridica Argentina La Ley*. *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales*, t. I, LINARES QUINTANA e Carlos S. FAYT (orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II, pp. 1147/1153.

10 Pablo L. MANILI. *El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, *in* n. II, pp. 1153/1156.

11 Sobre decisões aditivas e manipulativas e sua relação com a concretização de direitos fundamentais, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 3.5.1, pp. 215-236.

de fazer prevalecer a justiça da decisão – pode ser visualizado em diversas manifestações doutrinário-forenses, tais como: relativização [*rectius*: "desconsideração"] da coisa julgada; atribuição de efeito vinculante para decisões e súmulas inconstitucionais; *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade que, ontologicamente, é subjetivo; a ideia de que o destinatário da prova é o juiz e não o processo; a possibilidade de realizar motivação concisa limitando-se o órgão julgador a enumerar uma série de ementas de supostos casos paradigmas ou simples referência a enunciado de súmula vinculante; a alegação de mutação constitucional contra texto expresso da Constituição; a substituição, pelo Judiciário, da função constitucional legislativa, dentre outros.

Ou seja, o ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião.[12]

Assim, não se pode perder de vista que o Judiciário, ao decidir toda forma de lide a ele apresentada, já está previamente compromissado com a ordem constitucional vigente, o que lhe impõe ao efetuar sua motivação demonstrar os fundamentos jurídicos, sejam eles legais ou principiológicos, que o levaram a decidir daquela forma. Em suma, o Judiciário deve demonstrar, através da fundamentação de sua decisão, porque aquela decisão tomada é a mais consentânea com nossa Constituição Federal.[13]

Em verdade, no Brasil, o termo ativismo tem sido utilizado para justificar inúmeras decisões que, perante uma análise um pouco mais aprofundada, facilmente seriam identificadas como inconstitucionais ou ilegais.

Ilustrativas nesse sentido são as decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4335 que pretendem criar uma falsa *mutação constitucional à brasileira.*

12 Nesse contexto é que nos afigura inconstitucional qualquer atividade jurisdicional baseada na equidade que possa opor-se ao próprio texto constitucional, ainda que proferida em sede arbitral. Sobre a questão ver: Nelson NERY JUNIOR. Julgamento arbitral por equidade e prescrição, *in Revista de Direito Privado,* n. 45, 2011, p. 323; Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 7.3.4, pp. 397-404.

13 Nesse ponto, necessária transcrição do posicionamento de Lenio STRECK. Verbis: "Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplica-lo coerentemente*. Numa palavra: resposta correta *(adequada à Constituição e não à consciência do intérprete)* tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição" (Lenio Luiz STRECK. O que é isto? – *decido conforme minha consciência*, cit., n. 7, p. 109).

Dizemos *falsa mutação constitucional à brasileira* para criticar essa tentativa de pequeno setor do STF de criação de inviável e inconstitucional modalidade de mutação constitucional, que ultrapassa o único limite que se impõe à toda e qualquer afirmação de mutação constitucional: o *texto constitucional*.[14]

O mais elaborado estudo já feito sobre mutação constitucional foi escrito pelo chinês Hsü Dau-Lin.[15] Mutação constitucional, segundo Dau-Lin, é a contraposição produzida na Constituição escrita com a situação jurídica real.

Quando existe congruência entre o texto normativo constitucional e a realidade, duas hipóteses se apresentam. A primeira consiste na circunstância de a realidade seguir a norma, configurando a validez normal do direito constitucional. A segunda consiste no fato de a norma seguir a realidade, configurando reforma da Constituição.

A mutação constitucional caracteriza uma incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional de outro. Trata-se, pois, de situação entre a Constituição escrita e a realidade constitucional. Só pode haver mutação constitucional em países que possuem Constituição escrita.[16]

A autorização para que se faça mutação constitucional por meio de nova interpretação jurisdicional do texto constitucional somente pode ocorrer se "no alcance da norma constitucional aparecerem fatos novos que não foram previstos anteriormente, ou se os antigos fatos já conhecidos se apresentarem no desenvolvimento de sua organização, em uma nova relação ou em um novo significado",[17] mas, repita-se ainda uma vez, essa autorização provém de processo natural, não intencional e imperceptível, pois é inadmissível mutação constitucional anunciada previamente!

Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau "anunciam" a mutação constitucional. A *intencionalidade* é a diferença que existe entre mutação constitucional e alteração constitucional.[18]

Quando se anuncia ou prenuncia que determinada circunstância está sendo modificada pelo tribunal constitucional porque se trataria de mutação constitucional, na verdade está ocorrendo ruptura do sistema, com ofensa flagrante ao texto e ao espírito da Constituição, porque o anunciador ou prenunciador está demonstrando à evidência sua *intenção* de modificar a Constituição sem o *due process* legislativo.[19]

Vale salientar que os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4335 ferem frontalmente texto constitucional expresso, *in casu*, a CF 52 X, porquanto neles restou decidido que a Resolução do Senado da República não mais teria o condão de suspender a execução da lei de-

14 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1229; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, coment. 15 CF 52, p. 503.

15 Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932, *passim*.

16 Prefácio de Pablo Lucas VERDÚ *in* Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e Christian FÖRSTER, 1998, p. 9.

17 *BVerfGE* 2, 380 [401]. No mesmo sentido, em estudo sobre os limites da mutação constitucional: Konrad HESSE. Grenzen der Verfassungswandllung, *in Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 123/124. *Transição constitucional* é sinônimo de mutação constitucional (José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1228; Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, v. II, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, n. 36, p. 130 *et seq.* e n. 37, p. 139).V. Peter BADURA. *in* Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. VII (*Normativität und Schutz der Verfassung. Internationale Beziehungen*), 3ª ed., Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 1992, § 160, ns. 13/15, pp. 63/65.

18 Georg JELLINEK. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Verlag O. Häring, 1906, pp. 8/21.

19 Nelson NERY JUNIOR. *Anotações sobre mutação constitucional*: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e "Verfassungsstaat", *in* George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET (coords.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho, São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2009, pp. 79/109.

clarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, mas tão somente em conferir publicidade ao acórdão do STF!

Nesse contexto, o Min. Eros Grau vinha defendendo a tese da mutação constitucional relativamente à CF 52 X, seguindo a linha de entendimento do Min. Gilmar Mendes.

Ocorre que a CF 52 X, que estabelece essa competência para o Senado Federal, é dispositivo da tradição do direito constitucional brasileiro, no sentido de conferir-se à Câmara Alta o poder, legítimo, de suspender a execução da lei, mas não de revogá-la. Se o ato é *típico* do Poder Legislativo, o Poder Judiciário (STF) só pode sindicá-lo no mérito, vale dizer, examiná-lo e decidir sobre sua higidez constitucional ou não, em sede de controle abstrato, mediante o devido processo legal.

Em outros termos, nossa Constituição não equipara controle abstrato ao controle concreto e, por consequência, é defeso ao intérprete fazê-lo, mesmo – e principalmente – que esse intérprete seja o STF. A Constituição Federal não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide. Nesse caso concreto, o STF decide a *lide* existente entre as partes do processo. Trata-se de *processo subjetivo*, cujo *objeto litigioso* está limitado pela petição inicial do autor e não pode ser aumentado de ofício.[20]

Outro exemplo de ativismo praticado pelo STF consubstancia-se na decisão da Min. Ellen Gracie no Agravo de Instrumento nº 375011 (Informativo STF/365), que dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional. No voto, o recurso extraordinário foi equiparado a remédio de controle abstrato de constitucionalidade; assim, dispensou-se o prequestionamento para assegurar posicionamento do STF sobre matéria.

Com a devida *venia*, discordamos desse voto, não obstante as valorosas intenções que o motivaram. Trata-se de decisão discricionária violadora de texto expresso da Constituição Federal. Quando a Constituição estabelece o prequestionamento (*rectius*: "*causas decididas*") como requisito para a admissão do recurso extraordinário (CF 102 III), não pode o STF dispensá-lo em nenhuma hipótese, ainda que seja para assegurar posicionamento consolidado pela Corte.

Se prosperar esse posicionamento, o que impedirá que o STF desconsidere outros institutos e garantias constitucionais pétreas como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido a fim de assegurar seu posicionamento? Afinal, os fundamentos para tanto seriam os mesmos, vale dizer, são casos em que a decisão do Supremo contraria texto expresso da Constituição.[21]

A partir da figura do ativismo judicial pretende-se imbuir de legitimidade e justificarem-se decisões que são verdadeiramente inconstitucionais. Em um Estado Democrático de Direito não há lugar para o Judiciário fundamentar suas decisões em suas convicções pessoais, morais, religiosas etc.

Nessa perspectiva que a CF 5º II estabelece o princípio da legalidade, evidenciando a importância de a legalidade (CF + legislação) constituir o fundamento de legitimidade para motivarem-se as decisões. Em outras

20 Nelson NERY JUNIOR. *Prefácio, in* Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Ver ainda: Nelson NERY JUNIOR. *Anotações sobre mutação constitucional*: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat, *in* George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET. (orgs.). *Direitos fundamentais e estado constitucional*: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 79-109.

21 Para uma crítica a essa decisão, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 2.1.2.1, p. 98. Para mais críticas às decisões ativistas do STF, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 2.1.2.1, p. 99-100.

palavras, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário não pode decidir da forma que quiser. A aplicação da lei não é uma opção do juiz. O senso de justiça de cada magistrado não constitui fundamento legítimo para motivação da decisão.

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário tem o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição, apenas para ficarmos nesse exemplo, deverá aplicá-las quando for o caso, porque contempladas na legislação vigente que, por sua vez, vincula sua atividade decisória.

Enfim, o juiz não pode se desapegar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções e em seu senso de justiça. O juiz e todos os Tribunais, principalmente o STF, têm o dever de prestar contas à sociedade demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão. Daí o porquê de somente Zeus poder ser ativista, justamente porque não precisava prestar contas a ninguém.

Em *Prometeu Acorrentado*,[22] Ésquilo narra a história de Prometeu, filho de Titã, notoriamente conhecido por sua astúcia e inteligência, que teria roubado de Zeus o fogo para entregá-lo aos mortais. Tal ato teria causado a ira de Zeus, que o condenou a um sofrimento sem fim: ser acorrentado em rochedo para ter seu fígado devorado todos os dias por uma águia.

No início do texto menciona-se a vitória de Zeus sobre os Titãs (Crono) e já se anuncia que, a partir da vitória, o Olimpo passava a ser regido por novas leis: as *arbitrárias leis* de Zeus em razão da vitória sobre os Titãs. Zeus, agora absoluto, não precisava mais prestar contas a ninguém.

Prometeu, sempre ciente do ato que o condenou, lamentava-se por não compreender as razões que fizeram Zeus ter tamanha ira por seu ato. Afinal, ele havia sido importante na derrota sobre os Titãs. O maior inconformismo de Prometeu era não entender as razões pelas quais ele não foi condenado ao Inferno de Hades – Tártaro (que seria o mais natural), mas em vez disso, a sofrer todos os dias verdadeiro suplício.

Prometeu, já sentindo e percebendo a arbitrariedade e a severidade de Zeus, concluía que Zeus era duro e austero e *que a Justiça media-se por sua própria vontade*. A vontade de Zeus era critério para aferição de justeza das coisas.

É nessa perspectiva que afirmamos que somente Zeus poderia ser ativista. Apenas em um sistema em que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático de Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF, pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de porque sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia.

À luz das premissas acima expostas passamos a examinar a decisão do STJ no julgamento da QOREsp 1.063.343, que negou à parte a possibilidade de desistir do recurso por ela interposto.

3. A negativa de desistência do recurso pelo Judiciário e o afastamento da legalidade – violação ao CPC 501. O interesse público não pode constituir subterfúgio para o Judiciário afastar-se da legalidade vigente. Estado Constitucional. A legislação vincula o julgador. A lei somente pode ser afastada do caso concreto se constatada sua inconstitucionalidade.

No julgamento da QOREsp 1.063.343, o Superior Tribunal de Justiça negou à parte a possibilidade de desistir do recurso, com fun-

22 Dentre diversas traduções, ver: ÉSQUILO. *Prometeu Acorrentado*, São Paulo, Abril Cultural, 1982.

damento em interesse público, tendo em vista esse recurso ter sido selecionado como paradigma para fins da aplicação do CPC 543-C.

Novamente, no julgamento do REsp 1.308.830,[23] o interesse público foi invocado como fundamento normativo para impedir

23 A questão de ordem suscitada pela Ministra Relatora foi proferida nos seguintes termos:
"Cuida-se de pedido de desistência formulado pelas partes, não só *após* a inclusão do processo em pauta, mas na *véspera* da respectiva sessão de julgamento. O pedido encontra amparo no art. 501 do CPC, que possibilita ao recorrente 'a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso'. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo da parte de desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente.
Não se pode, entretanto, interpretar o comando legal de forma isolada, atendo-se apenas à sua literalidade e ignorando o contexto em que está inserido. Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir. Nesse aspecto, não se pode olvidar que o CPC em vigor foi editado em 1973, enquanto o STJ foi criado pela CF/88, ou seja, 15 anos depois, fruto de um movimento iniciado em 1985, durante período de redemocratização em que ficou clara a necessidade de se impor modificações na estrutura do Poder Judiciário, notadamente com a criação de um órgão de confluência de todas as vertentes jurisdicionais não especializadas, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em âmbito nacional, baseado nos primados constitucionais e na garantia e defesa do Estado de Direito.
Em outras palavras, a exegese do art. 501 do CPC deve ser feita à luz da realidade surgida após a criação do STJ, levando-se em consideração o seu papel, que transcende o de ser simplesmente a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo o dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país. A partir daí, infere-se que o julgamento dos recursos submetidos ao STJ ultrapassa o interesse individual das partes nele envolvidas, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos. Aliás, no julgamento de questão de ordem no REsp 1.063.343/RS, minha relatoria, DJe de 04.06.2009, a Corte Especial entendeu por inadmissível pedido de desistência formulado em sede de recurso especial no qual tenha havido determinação de processamento na forma do art. 543-C do CPC. Naquela ocasião, após análise da natureza dos processos repetitivos – concluindo tratar-se de uma sistemática de coletivização 'cuja orientação repercutirá tanto no plano *individual*, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera *coletiva*, norteando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito' – consignei que 'a todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo'. Agora, numa reflexão mais detida sobre o tema, vejo que essa premissa na realidade é válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo, ainda que aqueles sujeitos ao procedimento do art. 543-C do CPC possam tê-lo em maior proporção. Sendo assim, o pedido de desistência não deve servir de empecilho a que o STJ prossiga na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito. Do contrário, estar-se-ia chancelando uma prática extremamente perigosa e perniciosa, conferindo à parte o poder de determinar ou influenciar, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. Com efeito, autorizar o recorrente a livremente desistir dos seus recursos especiais, viabiliza a manipulação da jurisprudência desta Corte, conduzindo os rumos da sua atividade de uniformização, pois a parte poderá atuar no sentido de que sejam julgados apenas aqueles processos em que, pela prévia análise do posicionamento de cada Relator, Turma ou Seção, o resultado lhe será favorável.
A questão ganha contornos ainda mais tormentosos ante a constatação de que essa conduta somente será possível àquele que figura em diversos processos (de regra no polo passivo) e que resulta vencido nas instâncias ordinárias. Somente partes nessas condições é que poderão interpor vários recursos especiais versando sobre a mesma questão de direito que, mediante livre distribuição, certamente chegarão a todos os Ministros da Seção competente para o respectivo julgamento. Com isso, via desistência, será possível escolher quais Ministros levarão o tema ao colegiado na condição de Relatores e, pior, será possível subtrair de uma determinada Turma a apreciação da controvérsia. Vale dizer, o aludido risco de manipulação ficará potencialmente concentrado nas mãos daqueles que, em virtude de prática considerada lesiva por um grande número de pessoas, se tornem réus contumazes em processos e venham a ser efetivamente condenados pelas instâncias ordinárias. Ou seja, a chance de influenciar de forma decisiva a jurisprudência do STJ será diretamente proporcional à abrangência do suposto dano e ao seu reconhecimento pelas instâncias ordinárias. Em síntese, deve prevalecer, como regra, o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, pode o Relator, mediante decisão fundamentada, promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos. Não se ignora que, no particular, o pedido de desistência contou com a anuência do recorrido, mas essa circunstância se torna absolutamente irrelevante diante do mencionado interesse público coletivo do julgamento, aliado ao fato de que a definição, pelo colegiado, da tese de direito atrelada ao mérito da controvérsia não impede que se declare o recurso prejudicado em vista do acordo celebrado pelas partes. Ademais, se a concordância do recorrido pudesse excepcionar a regra acima definida – de a desistência não impedir o julgamento do recurso especial – agregar-se-ia outro elemento preocupante a esses pedidos, qual seja, de que a chance de manipulação ficasse ao alcance de um grupo ainda mais seleto, daqueles que têm poder econômico suficiente para oferecer condições vantajosas à parte contrária, induzindo-a a celebrar acordo. Nesse contexto, inclusive, mesmo figu-

a parte de desistir de seu recurso, uma vez que o julgamento da lide individual seria de interesse de toda a coletividade.

Entretanto, nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 501, admite expressamente a possibilidade de o litigante renunciar a qualquer tempo seu recurso, inclusive, sem necessidade de o recorrido ou o litisconsorte anuírem a essa decisão. *Verbis:* CPC 501: "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".

Acerca do CPC 501, já salientamos que a desistência recursal é um negócio jurídico unilateral não receptício, segundo o qual a parte que já interpôs recurso contra decisão judicial declara sua vontade em não ver prosseguir o procedimento recursal, que, em consequência da desistência, tem de ser extinto. Inclusive, opera-se, independentemente da concordância do recorrido, produzindo efeitos desde que é efetuada, sem necessidade de homologação.[24]

Percebe-se que o STJ julgou de forma contrária ao que estabelece o CPC 501. Ou seja, desaplicou o referido dispositivo legal no caso concreto.

Sobre a possibilidade de o recorrente poder desistir de seu recurso especial ou extraordinário, já anotamos que essa desistência é viável mesmo que tenha sido aplicado o rito do recurso repetitivo nos termos do CPC 543-B e 543-C. Isto porque o caso que será julgado pelo STF e/ou STJ como recurso repetitivo tem, como matéria de fundo, lide individual que encerra discussão sobre direito subjetivo. Eventual má-fé do recorrente, com a quebra do dever de lealdade processual e o agir com má-fé objetiva ou subjetiva, desde que reconhecida pelo tribunal, pode ensejar a pena de *improbus litigator* prevista no CPC 17 e 18. O que não pode ocorre é, sob alegação de que o recorrente teria desistido do REsp por má-fé, ignorar-se o ato unilateral não receptício da desistência e, a despeito de inexistir pressuposto de admissibilidade desse REsp pelo só fato da desistência conhecer-se do recurso![25]

A partir da leitura da notícia veiculada pelo sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça, é possível depreender que o *motivo* jurídico para não se aplicar o CPC 501 consistiria no interesse público que envolvia a matéria a ser julgada.

Em outros termos, o STJ julgou em desacordo com a legalidade vigente sob pretexto de sua motivação estar pautada no interesse público. Ocorre que o interesse público não configura elemento jurídico que permite que o Judiciário se afaste da legalidade vigente.

rando como recorrida no processo a parte, mediante proposta financeiramente tentadora de acordo, pode forçar a transação e induzir o pedido de desistência do recurso. Na hipótese específica dos autos, o interesse coletivo que envolve a controvérsia é incontestável, não apenas pelo número de usuários que se utilizam dos serviços prestados pela GOOGLE via ORKUT, mas sobretudo em virtude da enorme difusão das redes sociais virtuais não só no Brasil, mas em todo o planeta, e da sua crescente utilização como artifício para a consecução de atividades ilegais. Trata-se de questão global, de repercussão internacional, que tem ocupado juristas de todo o mundo. Não bastasse isso, numa rápida pesquisa junto ao distribuidor, constata-se ser a GOOGLE recorrente em cerca de 200 processos em trâmite neste Tribunal, grande parte deles tendo por objeto a mesma questão de direito versada nos presentes autos. Finalmente, destaco o notório poder econômico da GOOGLE, cuja marca foi avaliada com a mais valiosa do mundo em 2011, com valor estimado em mais de 40 bilhões de Dólares (http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2011/03/google-e-marca-mais-valiosa-do-mundo-em-2011-diz-brand-finance.html), circunstância que lhe permite, potencialmente, firmar acordos em todos os processos que julgar conveniente, viabilizando pedidos de desistência, mesmo naqueles em que figure como recorrida. Forte nessas razões, INDEFIRO o pedido de desistência, manifestando-me no sentido de que prossiga com o julgamento do recurso especial, de modo que, vindo o seu mérito a ser efetivamente apreciado pelo colegiado, seja fixada tese de direito tendente à consolidação da jurisprudência do STJ" (STJ, 3ª T., (QO)REsp 1.308.830-RS, rel. Min. Nancy Andrighi).

24 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, coments. 1 e 2 CPC 501, pp. 1025/1026. No mesmo sentido, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 182, pp. 332-337.

25 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 12ª ed., cit., coment. 4 CPC 543-C, pp. 1123/1124.

Essa decisão ilustra a defasada concepção que se utiliza de interesse público.

A fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais.[26]

O erro consiste em ignorar-se que os direitos fundamentais são constitutivos, tanto para o indivíduo como para a comunidade Ou seja, são constituídos não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia.

Disso se conclui que a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais.[27]

Não se pode simplesmente suprimir direitos dos particulares sob a mera alegação de que haveria interesse público e que estes se sobreporiam ao privado.

Nem se trata de afirmar que o direito à desistência recursal possui natureza de direito fundamental. O que se pretende demonstrar é o equívoco de se suprimirem direitos, faculdades e a própria lei com base, tão somente, em suposto interesse público.

Na realidade, no Estado Constitucional há o poder-dever de motivar-se ato que afirma existir interesse público, razão pela qual é defeso ao Poder Judiciário aplicar a lei quando entender seja conveniente.

Nas ocasiões em que o Poder Público age dessa forma, *decretação do "interesse público" é ato arbitrário do Estado que, como Midas, coloca o selo de "público" em tudo o que toca.*[28]

Assim, o que de fato merece exame sobre as mencionadas decisões do STJ é indagar-se em que circunstâncias essa medida se coaduna com o Estado Democrático de Direito, ao afastar a legalidade vigente em função do interesse público. Seria possível, desse modo, aumentar/diminuir prazo prescricional em razão do interesse público? Ou, ainda, modificar-se regime de nulidade em virtude de interesse público?

---

26 Cf. Peter HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, n. 1, p. 25; Nelson NERY JUNIOR. *Público vs. privado?* A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais, cit., n. 3, p. 250. Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais*, RT 907, n. 5, p. 95. Ver também: Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição federal comentada*, 3ª ed., cit., 3 CF 5º, p. 217. Sobre esse ponto, merece destaque a assertiva de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia: "Na apreciação dos Recursos Extraordinários – como de resto em toda prestação jurisdicional – há uma tensão entre o 'interesse público' e os 'interesses das partes', se compreendermos que a decisão deve ser consistente com o Direito vigente e racionalmente aceitável (...) Desde o paradigma do Estado Democrático de Direito, público e privado são co-originais, não sendo possível estabelecer uma relação de prioridade entre eles. A ênfase que se dá na prevalência do interesse público está diretamente relacionada à confusão (mencionada acima) entre os estritos requisitos de admissibilidade e o caráter mesmo de 'recurso' que tanto o Recurso Extraordinário quanto o Recurso Especial possuem, isto é, de prolongarem *o processo em curso, sobrestando o trânsito em julgado.* Em razão dessa compreensão acerca do papel dos Recursos Extraordinários é que os Tribunais Superiores mantêm *controles tão rígidos sobre a admissibilidade*, criando tantos óbices a partir de interpretações restritivas do Ordenamento, até chegar-se à argüição de relevância (e à transcendência) (...) As considerações até aqui empreendidas não transformam os Tribunais Superiores em 'terceiro/quarto graus' de jurisdição, já que não basta a sucumbência para que o recurso seja admitido; o recorrente terá de mostrar a ocorrência de alguma das hipóteses citadas. Os Recursos Extraordinários possuem – também – a função de uniformizar a jurisprudência em torno da *questão constitucional* e da *questão federal* (apenas que, repita-se, essa perspectiva só é válida de um ponto de vista institucional. Dizer que não basta a sucumbência não fundamenta a anômala posição em que são colocados. As 'questões constitucional e federal' são somente requisitos especiais de procedibilidade dos recursos extraordinários" (Alexandre Gustavo Melo Franco BAHIA. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, Curitiba: Juruá, 2009, n. 3.8, pp. 196-197).

27 Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado.* A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., n. 5, p. 97.

28 Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado.* A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., n. 6.2.3, p. 109.

Evidente que as respostas dos questionamentos lançados no parágrafo acima devem ser negativas. A legalidade não está à disposição dos Tribunais. Não existe opção constitucionalmente válida que permita ao Judiciário, *sponte sua*, optar em aplicar ou não a lei, ao argumento de que assim o faz para preservar o interesse público.

Sendo assim, para possuir fundamentação consistente o STJ deveria realizar, pelo menos, o controle de constitucionalidade do CPC 501. Vale dizer, não é lícito ao STJ admitir que seja constitucional e vigente o CPC 501 e negar sua aplicação ao caso concreto. Ao STJ e a todo o Judiciário brasileiro, não é lícito recusar-se a aplicar a lei.[29]

Com maior razão, seria defeso ao STJ decidir da forma como fez, indeferindo a desistência recursal por considerá-la violadora de interesse público ou abusiva. No mínimo, se o STJ considerasse a decisão abusiva deveria fazê-lo com fundamento na legislação vigente, conferindo, por consequência, a sanção imposta pela própria lei.[30]

Analisando essa decisão do STJ, Lenio Streck ressalta que, nas palavras do STJ, restou claro que o recurso especial não pertence mais às partes, mas apenas, ou quase tão somente, ao interesse público, que seria, na verdade, uma "anemia significativa", nela cabendo qualquer coisa que interesse ao Judiciário e ao Poder Público para fins pragmáticos. Urge ressaltar que o Estado, no caso o STJ, não pode agir como Midas e colocar o selo de "público" aos casos que lhe aprouver em detrimento dos direitos fundamentais e garantias processuais dos particulares. Ademais, a desistência do recurso, nos termos do CPC 501, constitui ato unilateral que, na dicção do CPC, independe da anuência da parte para que valha e produza efeitos. Nas palavras do autor, se a parte desistir, não há recurso.[31]

Além disso, se fosse realmente o caso de se aplicar o CPC 543-C, bastava tão somente ao STJ pinçar outro recurso dentre os múltiplos existentes e solucionar a questão jurídica subjacente. Do mesmo modo, o STJ teria diversas outras oportunidades para manifestar-se sobre a mesma questão posta no recurso do qual se desistira.

As citadas decisões judiciais permitem demonstrar como, em diversos aspectos, existe *deficit* qualitativo na fundamentação dos pronunciamentos judiciais, porque, de certa forma, os juízes, em diversas hipóteses, admitem o afastamento da legalidade com fundamento em convicções pessoais.

Essas modalidades de decisões são absolutamente discricionárias, na medida em que com fundamento em convencimento pessoal, sob o pretexto de interesse público, admitem que seja afastada a legalidade vigente. Como não existe discricionariedade judicial, a expressão aqui quer significar que decisão discricionária é decisão inconstitucional e/ou ilegal.

Em um Estado Constitucional, não se pode perder de vista que a legislação vincula a atuação dos juízes e, por consequência, a eles só é permitido desaplicar a legislação quando reconhecem, mediante o controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da referida lei.[32]

Na realidade, esse tipo de decisão suspende a legalidade vigente a fim de fazer prevalecer o ponto de vista do julgador. Por meio delas é criada situação de estado de exceção em que a necessidade do julgador o faz

29 Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 9.3.1, p. 457.

30 Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., 2011, n. 9.3.1, p. 457.

31 Lenio Luiz STRECK. *Verdade e consenso*, cit., n. 13.6, pp. 603/604. No sentido em que é criticada a utilização do interesse público, ver: Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado* - A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., especialmente, n. 6.2.3, p. 109.

32 Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.

abrir mão da legislação vigente. Nessa perspectiva, a lei formalmente continua vigente e válida; todavia, sua aplicação é excepcionada [negada] em relação ao caso concreto, em razão de interesse público.[33]

As decisões ora analisadas, que devem ser consideradas apenas paradigmas, demonstram que existe verdadeiro *deficit* qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante.

Desse modo, o STJ, cujo mister constitucional mais nobre é, pelo recurso especial, preservar o respeito e a autoridade da lei federal no País e uniformizar o seu entendimento, negou vigência (já em duas oportunidades) ao CPC 501, por considerá-lo em desacordo com o interesse público e defasado em relação à nossa realidade social.

O STJ, a quem cabe garantir o respeito à lei federal e à uniformização do entendimento da lei federal no Brasil, com as decisões ora analisadas negou vigência ao CPC 501. Não existe em nosso ordenamento vigente previsão constitucional ou legal que autorize o STJ a julgar a tese jurídica subjacente quando aquele que recorreu por meio de recurso especial desiste do recurso.

No Estado Constitucional, ao Judiciário somente é lícito afastar a aplicação da lei em relação ao caso concreto quando reconhece, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade dessa lei, tarefa que faz mediante o controle difuso de constitucionalidade. A possibilidade de declarar inconstitucional a lei federal em abstrato é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (CF 102 I *a*).

As mencionadas decisões do STJ são sintomas da insegurança jurídica que infelizmente tem ocorrido em nosso País. Atualmente, tem recrudescido, em sede doutrinária e legislativa, a tendência em incrementar-se o efeito vinculante dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

Todavia, é importante ressaltar que esse *fetichismo* pelo efeito vinculante não pode desvirtuar a força normativa da legislação vigente.

Por conseguinte, não é porque em nosso sistema existem súmulas vinculantes e decisões judiciais dotadas de efeito vinculante que a lei não possui efeito vinculante.

Em outros termos, a lei vincula o Poder Judiciário, motivo por que deve interpretá-la e aplicá-la no caso concreto. Ao juiz não é dado aplicá-la quando a considerar adequada ou quando estiver em consonância com suas convicções pessoais.

Com efeito, a insegurança jurídica em nosso sistema, trazida pela jurisprudência lotérica, não se deve à inexistência de efeito vinculante em todas as decisões do STF e do STJ. Pensar assim sugere que a lei não seria também dotada de efeito vinculante. De modo que o Judiciário poderia descumprir a lei, mas não a súmula vinculante, por exemplo. Aos juízes e tribunais, é defeso ignorar tanto a lei quanto a súmula vinculante, somente podendo fazê-lo se declarar incidentemente inconstitucional o texto normativo da lei ou

33 Sobre o tema, ver: Giorgio AGAMBEN. *Estado de exceção*, São Paulo: Boitempo, 2004, *passim*. Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 4.4.2, p. 319 *et seq*. Ver também: Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal comentada*, 3ª ed., cit., coment. 51 CF 5º, p. 226.

da súmula vinculante.

Existe o mau vezo de nosso Judiciário, em seu imaginário e na crença incorreta de setores da doutrina, que ainda considera a lei como algo que está à disposição do juiz, como se lhe fosse lícito deixar de aplicá-la.

Esse equívoco é oriundo do *deficit* qualitativo das decisões, mais precisamente, da falta de motivação adequada, procedimento que infringe a CF 93 IX e não em função da falta de efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores.[34]

É verdadeiro equívoco apontar a falta de efeito vinculante das decisões das Cortes Superiores como causa da insegurança jurídica ignorando-se, assim, a verdadeira discricionariedade [arbitrariedade] judicial que impera em nosso sistema, que ocasiona reflexos no ativismo judicial e na nulidade de diversas decisões em virtude de omissão e falta/deficiência de fundamentação.

Faz-se necessário ressaltar que os pronunciamentos que possuem efeito vinculante também necessitam interpretação para serem utilizados, de modo que tal como a própria legislação, nada garante que as decisões dotadas do referido efeito não serão afastadas em diversos casos, com fundamento em convicções pessoais do magistrado.[35]

A função jurisdicional, principalmente a constitucional, ganha força e legitimidade, não com aumento inconsequente de suas decisões dotadas de efeito vinculante, como tem acontecido no Brasil, mas, sim, por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões. Essa é a verdadeira fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais se basear em meras convicções pessoais de seus julgadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional.[36]

Se em um Estado Democrático de Direito não conseguimos ao menos concretizar a obrigatoriedade do Judiciário submeter-se à legislação vigente, nada assegura que o recrudescimento de decisões dotadas de efeito vinculante contribuirá para avanço qualitativo da democracia, com incremento na fundamentação das decisões e redução da discricionariedade judicial. Por isso, vale dizer que, hodiernamente, configura grande avanço para concretização da democracia a consolidação da tese de que o Judiciário está vinculado à legislação vigente (Constituição + lei), somente podendo desvincular-se dela quando, ao realizar o controle difuso de constitucionalidade, reconhece a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo e, *ipso facto*, deixa de aplicá-lo.[37]

34 Para uma análise empírica que demonstra o aumento de processos a despeito de recrudescimento do efeito vinculante, ver: Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9, p. 445 *et seq*.

35 Eros Roberto GRAU. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1996, n. 16, p. 37.

36 Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.

37 Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, pp. 458-459. Nesse sentido, Lenio Luiz STRECK ressalta que: "Eis o ovo da serpente. Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construída (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, de uma outro ou de uma nova legalidade. Como exemplo, cito a literalidade (*sic*) do art. 212 do CPP (na nova redação trazida pela Lei nº 11.690/08, que inverte a ordem das perguntas às testemunhas). Ora, aplicar o dispositivo em tela é não só obedecer (também) literalmente (*sic*) à Constituição (o que não nos parece ruim, pois não?), como institucionalizar o sistema acusatório, tão reclamado pelos processualistas penais. A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito/ uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional. Simples, pois! Por tudo isso, cumprir a letra da lei significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência, tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que estão desolados (no caso, as posturas axiologistas, realistas, etc.), são positivistas. Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Do mesmo modo que são positivistas, hoje, os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem

4. STF e STJ são tribunais que, dentro do organograma do Estado brasileiro, pertencem ao Poder Judiciário. Tribunais que não se limitam a fixar teses jurídicas. Decidem lides e tutelam direitos subjetivos. A *objetivação* da atividade jurisdicional desses dois tribunais, no julgamento dos recursos excepcionais, não possui respaldo no texto constitucional.

Além da discricionariedade ínsita às decisões ora comentadas, outro ponto que está subjacente à polêmica merece análise, consistente na função a ser exercida pelo STJ e pelo STF.

Diferentemente do que se tem apregoado, o STF e o STJ não são tribunais destinados a, tão somente, fixar teses jurídicas. As referidas Cortes Superiores têm a tarefa constitucional de decidir lides, isto é, resolver situações litigiosas de direitos subjetivos, seja no julgamento de recurso extraordinário pelo STF (CF 102 III),[38] seja no julgamento de recurso especial pelo STJ (CF 105 III).[39]

O texto constitucional instituído pelo Poder Constituinte Originário estabeleceu expressamente a possibilidade de o STF e STJ decidir efetivamente lides jurídicas. Nosso sistema constitucional, não autoriza o entendimento de que referidos tribunais poderão tão somente julgar teses jurídicas como se, ao julgar lides intersubjetivas, estariam exercendo algo necessariamente secundário e acidental.

O STF e o STJ são órgãos que integram, no organograma do Estado, o Poder Judiciário e ambos exercem atividade jurisdicional plena resolvendo lides e protegendo direitos subjetivos dos particulares. Sendo assim, não se pode simplesmente afirmar que a natureza do processo desenvolvido nesses tribunais tenha natureza objetiva. O processo somente é objetivo quando inexiste proteção/discussão direta e imediata de direitos subjetivos e quando não há réu no polo passivo da demanda. O processo objetivo existe no STF, nos casos relacionados ao controle concentrado de constitucionalidade, que são da competência exclusiva do STF.

É de se salientar-se que a implementação da chamada objetivação das atividades do STF e do STJ, da forma como pretendido por setores dos tribunais superiores e da doutrina, pode causar graves prejuízos simbólicos, na medida em que se transmite a mensagem de que os Tribunais Superiores teriam a tão só função constitucional de fixar teses jurídicas e não de assegurar a proteção dos direitos fundamentais do particular.

Por óbvio que não ignoramos a necessidade de o STF e o STJ uniformizarem entendimento sobre questões jurídicas de natureza constitucional e federal, respectivamente. O que não pode haver, *venia concessa*, é a minimalização da tarefa constitucional desses tribunais à *objetivação* dos processos que se encontram a seu cargo, notadamente porque a Constituição Federal lhes imputou a obrigatoriedade de decidir lides, consoante expressa competência recursal estatuída, por exemplo, na CF 102 III e 105 III.

Tanto isso é correto que há dois juízos nos recursos excepcionais: a) de cassação; b) de revisão. Quando reconhecem que a decisão recorrida ofendeu a Constituição (CF 102 III

ou para o mal". (Lenio Luiz STRECK. *O que é isto? decido conforme minha consciência*, cit., n. 5.1, pp. 81-82). V. Georges ABBOUD. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., n. 9.3.1, p. 458.

38 *CF 102: "III* – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".

39 *CF 105: "III:* – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

a) ou negou vigência à lei federal (CF 105 III *a*), *cassam-na* para, em seguida, proferirem juízo de *revisão*, que nada mais é do que a "*aplicação do direito à espécie*" (STF Súmula 456; [40] RISTJ 257[41]), isto é, a resolução da lide, do caso concreto, do direito subjetivo.

Raciocínio contrário somente seria possível com mudança do texto da Constituição, por emenda, retirando do STF e do STJ a competência para julgamento de recursos excepcionais. No lugar desses recursos poderia ser criado outro mecanismo como, por exemplo, comissões de juristas que ficariam responsabilizadas em analisar quais são os assuntos atualmente mais polêmicos de cada área do direito e submeter uma consulta teórica, objetiva e abstrata ao STF e STJ.

A proposta mencionada no parágrafo anterior seria mais prática e consentânea com o modelo em que o STF e o STJ somente exerceriam atividade jurisdicional de caráter objetivo.

O único problema dessa mencionada proposta, como já dissemos acima, é que ela é inconstitucional e sua inconstitucionalidade advém do fato de existir previsão expressa na CF 102 e 105 para julgamento de lides (conflito entre direitos subjetivos). Tanto assim é que nossos Tribunais Superiores no julgamento dos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e recurso de revista), diferentemente de ordenamentos europeus, por exemplo, não se limitam a efetuar o juízo de cassação, como também realizam o rejulgamento da lide – juízo de revisão.

Nosso sistema de recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem simultaneamente competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.

Isso significa que o tribunal superior analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e cassará a referida decisão, seja porque ofendeu texto constitucional ou porque negou vigência à lei federal. Apenas após ter dado provimento ao recurso excepcional (cassando a decisão recorrida) é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo o juízo de revisão (rejulgando a causa).[42]

Destarte, é no mínimo inconstitucional a percepção de que os tribunais superiores (STF e STJ) exerceriam atividade meramente objetiva, porquanto fica esquecida a dimensão democrática e ínsita a esses tribunais, principalmente o STF, como último local para assegurar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Aliás, seria verdadeiramente inconcebível imaginar que o STF poderia concretizar a sua função contramajoritária, que é inerente à jurisdição constitucional.

Nesse ponto, convém notar que, além de sua importância como instrumentos de limitação do Poder Público, os direitos fundamentais exercem forte função contramajoritária. Sendo assim, ter direito fundamental assegura a existência de posição juridicamen-

40 *STF Súmula 456:* "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Há impropriedade técnica no verbete, que deve ser lido assim: "O Supremo Tribunal Federal, *provendo* o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie" [grifamos]. Provê, no juízo de cassação, porque reconhece que houve ofensa à CF, questão que é o próprio *mérito* do recurso extraordinário; provido, isto é, cassada a decisão recorrida, o STF rejulgará a lide individual, subjetiva, aplicando o direito à espécie.

41 *RISTJ 257:* "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". A observação feita na nota anterior aplica-se ao STJ, no procedimento do recurso especial: ao *prover* o recurso especial para *cassar* o acórdão que, *v.g.*, negou vigência à lei federal, o STJ *rejulgará* a lide individual aplicando o direito à espécie.

42 Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 12ª ed., cit., coment. 8 CPC 541, p. 1098.

te garantida contra as decisões políticas de eventuais maiorias políticas. Essa é a visão que melhor se harmoniza com o Estado Constitucional e a dimensão democrática que lhe é inerente.[43]

Nesse contexto, Peter Häberle oferece conceito amplamente democrático sobre o que seria a Constituição. Para o insigne constitucionalista, a Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição "do Estado", ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim, a sociedade.[44] Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria, muito menos pretenso interesse público materializado no ponto de vista de algum dos julgadores em detrimento da legalidade vigente.

Conclusão.

A ideia de que a atuação do STF e do STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração da CF 102 e 105, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os *writs* constitucionais previstos na CF 5º, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

43 Jorge REIS NOVAIS. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In*: Clèmerson Mèrlin CLÈVE, Ingo W. SARLET e Alexande C. PAGLIARINI (orgs.). *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90. Sobre a importância dos direitos fundamentais, ver: Georges ABBOUD. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado* – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais, cit., *passim*.

44 Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 2º, p. 84; § 54 p. 272.

Bibliografia.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ . *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais,* RT 907.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção,* São Paulo: Boitempo, 2004.

BADURA, Peter. *In*: Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* v. VII (Normativität und Schutz der Verfassung. Internationale Beziehungen), 3ª ed., Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 1992.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ,* Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil,* v. V, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição,* 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004

DAU-LIN, HSÜ. *Die Verfassungswandlung,* Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.

_____ . *Mutación de la Constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante, *Revista Trimestral de Direito Público,* São Paulo: Malheiros, 1996, n. 16, pp. 31-38.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.

_____ . *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung,* Berlin: Verlag O. Häring, 1906

MANILI, Pablo L. El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, *in Revista Juridica Argentina La Ley*. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales, t. I, LINARES QUINTANA e Carlos S. FAYT (orgs). Buenos Aires: La Ley, 2008, n. II.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais* – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito, *In*: Clèmerson Merlin CLÈVE, Ingo Wolfgang SARLET e Alexandre Coutinho PAGLIARINI (org.). *Direitos humanos e democracia,* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Público vs. Privado?* A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais, *In*: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (orgs.). *Constituição Federal*: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ . *Anotações sobre mutação constitucional*: alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e 'Verfassungsstaat', *In:* George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET. (orgs.). *Direitos fundamentais e estado constitucional:* Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 79-109.

_____ . Julgamento arbitral por equidade e prescrição, *in Revista de Direito Privado,* n. 45, 2011.

_____ e ANDRADE NERY Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada,* 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ e _____ . *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante,* 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ e _____ . *Comentários ao código de processo civil,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos como trunfos contra a maioria* – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, *In*: Clèmerson Mèrlin CLÈVE, Ingo W. SARLET e Alexande C. PAGLIARINI (orgs.). *Direitos humanos e democracia,* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso.* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas

da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, São Paulo: Saraiva, 2011

_____ . *O que é isto?* – decido conforme minha consciência, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*, São Paulo: EPU, 1977, v. 1 e 2.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial*: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana, dissertação de mestrado em direito apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TUSHNET, Mark. Weak Courts, *Strong rights: judicial review and social Welfare Rights in comparative Constitutional Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Prefácio* da obra de Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

O Novo CPC e a ação de alimentos: insegurança pela ampliação assistemática do conceito jurídico de família e de parentesco por decorrência de modernas tecnologias de reprodução assistida

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté (1977). Mestre em Direito pela PUC-SP (1993). Doutora em Direito pela PUC-SP (1998). Livre-Docente em Direito Civil pela PUC-SP (2004). Professora Livre-Docente de Direito Civil da PUC-SP. Membro da Academia Paulista de Direito, Academia Paulista de Letras Jurídicas e da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da Associação de Direito de Família e Sucessões e da Associação Brasileira de Pesquisadores de História e Genealogia. Compõe a corpo de árbitros da Câmara de Arbitragem da FIESP.

RESUMO: O presente artigo trata do tema da ação de alimentos no âmbito do novo Código de Processo Civil. Analisa as dificuldades e inseguranças que podem surgir em decorrência dos novos conceitos de família e parentesco que surgiram com as técnicas modernas de reprodução assistida.

PALAVRAS-CHAVES: ação de alimentos – CPC/2015 – cumprimento de sentença – obrigação de pagar alimentos – vínculos de parentesco – vínculos de família – situações jurídicas de família – estado civil de filho

ABSTRACT: This paper deals with the subject of alimony lite under the new Brazilian Civil Procedural Code. It analyses the difficulties and uncertainties that might arise from the current broad concepts of family and kinship, which derive from the modern techniques of human assisted reproduction.

KEY WORDS: alimony lite – Brazilian Civil Procedural Code 2015 – duty to pay alimony – bonds of kinship – family relationships – legal status of family – legal status of the child

SUMÁRIO: 1. Direito de ação para cumprimento de obrigação alimentar. 2. Cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos. 3. O vínculo de parentesco e os alimentos. 4. Improviso na solução de problemas que decorrem de técnicas novas de reprodução. 5. O CNJ dá a pauta sobre juridicidade da união homoafetiva. 6. O CFM dispõe sobre possibilidade de RA (reprodução assistida) em união homoafetiva. 7. Criopreservação de gametas ou embriões. 8. Gestação de substituição (doação temporária de útero). 9. Registro civil de filhos de famílias homoparentais. 10. Registro civil e identidade individual. 11. Necessidade de discussão do tema no ambiente democrático adequado.

1. A expressão *alimentos*, em direito civil, está ligada à ideia de certas coisas que se constituem objetos de relações jurídicas obrigacionais e que pautam posições jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem, que são experimentadas respectivamente pelo *alimentado* e pelo *alimentante*, no contexto de situação de fato criada por responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, ou – precisamente no direito de família e de sucessões – de posição jurídica decorrente de casamento, união estável, parentesco ou legado.

A obrigação de prestar alimentos em decorrência de ato ilícito, que tenha ceifado a possibilidade de obtenção de meios de sobrevivência de alguém, por morte de quem desempenhava por lei o papel de provedor de família, ou por incapacidade laboral de quem sofreu pessoalmente danos físicos ou morais, também encontra no direito de obrigações sua resposta, nos limites do sistema geral de responsabilidade civil. Nesses casos, eventual sentença condenatória do responsável pela obrigação de indenizar, pode incluir no conjunto dos valores da indenização, prestação de alimentos, provisórios, definitivos, temporários, ou vitalícios, conforme seja a extensão das perdas e danos experimentadas.

Em sentenças condenatórias de alimentos, por causa de vínculo de família, ou de sucessões, a matéria comporta a seguinte observação. Se a ação de alimentos vier a ser ajuizada por dependência de outra, de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, assume o procedimento especial, de "ações de família", do Título III, do Capítulo X, dos artigos 693 a 699 do novo CPC. Se o pedido exclusivo de alimentos vier a ser formulado por criança ou adolescente, observar-se-á o procedimento do ECA e subsidiariamente o procedimento especial do novo CPC, referido. No Projeto do Estatuto da Família, Projeto-Senado 470/13, prevê-se a criação de Câmaras especializadas em direito de família nos Tribunais, com distribuição de ações de família pelo regime de prevenção do juízo que tenha apreciado anteriormente demanda sobre o mesmo núcleo familiar.

Tanto as (a) sentenças condenatórias de alimentos, por causa de vínculo de família, ou de sucessões, (b) como as sentenças condenatórias de responsável por obrigação de indenizar, que inclua no conjunto dos valores da indenização verba destinada a necessidades de alimentos, (c) bem como as decisões interlocutórias que fixam obrigação de prestar alimentos, são títulos executivos judiciais capazes de ensejar o cumprimento da obrigação ali subjacente (CPC 528 *caput*). Igualmente, (d) os títulos executivos extrajudiciais – contratos de doação de alimentos, acordos firmados perante o MP etc... –, como títulos executivos que são, ensejam execução forçada (CPC 911), aplicando-se ao procedimento de execução, no que couber, o CPC 528 §§ 2º a 7º (CPC 911 par. ún).

2. "No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz a requerimento do exequente mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 dias pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo" (CPC 528 *caput*).

Com essa regra basilar, seguida de nove parágrafos (CPC 528 *caput* e §§ 1º a 9º), o novo CPC traça rigoroso procedimento para o cumprimento de sentença que condene alguém a cumprir prestação alimentícia, impondo ao devedor limitações patrimoniais e pessoais, que podem chegar à prisão civil, à penhora de valores, com levantamento mensal da importância da prestação, mesmo que a condenação ainda não tenha transitado em julgado, porque o CPC 1.012 II não confere efeito suspensivo ao provimento jurisdicional que condena a parte a pagar alimentos, com privilégio do alimentando, de poder promover o cumprimento da sentença em seu domicílio.

Tudo isto está muito bem posto, no CPC novo.

3. A questão, entretanto, que agora se enfrenta é anterior à efetividade da cobrança e da execução dos títulos perante o devedor de alimentos. O ponto interessante que se põe agora para análise é relacionado com a multiplicidade de novos fatores que podem obstar a dinâmica do ônus probatório da situação jurídica familiar de filhos (de netos, de parentes, em geral) e, por consequência, da situação jurídica de quem tem direito de exigir e de quem tem obrigação de prestar alimentos.

A procriação e o cuidado da prole são vertentes da responsabilidade civil decorrente do direito de formar família. Os pais têm o dever de prover material e moralmente os filhos e isso interessa para o Direito de Família, de Obrigações (responsabilidade civil) e Penal, pois existem tipos penais como o abandono material que dizem de perto com esse tema.

Demais disso, a sucessão no Brasil é prioritariamente ligada aos vínculos de família. Portanto, a sucessão se dá a partir do vínculo de parentesco. Ser filho (descendente) no Brasil é fato principal para a identificação da capacidade legítima de suceder *mortis causa*.

Nos termos do CC 1.591,[1] são parentes em linha reta as pessoas que estão umas com as outras em relação de ascendente e descendente. Até pouco tempo, o parentesco só podia ser natural (sangue) ou civil (adoção). O nosso Código Civil, que é de 2002, prevê, em seu artigo 1.593,[2] as hipóteses de parentesco natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade, *ou outra origem*.

A introdução do termo "outra origem" no CC 1.593 inaugurou a cláusula geral da afetividade na relação de parentesco em linha reta e trouxe para o espaço do estado civil familiar a insegurança gerada por múltiplas situações de fato que não se podia supor ensejasse causa de procriação. Além disso, o Direito é o mundo dos fatos jurídicos e há pessoas que se sentem pais e filhos por outras circunstâncias que não a natural ou civil. A prova desses parentesco "de outra origem", entretanto, não é fácil de ser feita e trouxe para as relações de família e de sucessões tumultuadas situações.

No CC há previsão,[3] ainda, para a hipótese de filhos havidos por concepção artificial homóloga (reprodução assistida com o material genético do casal, o que pressupõe um casal heterossexual), ou por concepção artificial heteróloga (reprodução assistida com o material genético de um ou nenhum dos futuros pais). Ressalte-se que a abertura do CC 1.593 para a possibilidade de filiação por meio de fecundação artificial homóloga e heteróloga permite numerosas possibilidades de filiação que jamais poderiam ter sido previstas quando da elaboração da lei.[4] Nem todas as numerosas práticas dessas diversas possibilidades de procriação humana artificial encontram resguardo em nosso sistema jurídico.

4. Vivemos hoje um tempo de absoluto improviso em matéria de Direito de Família porque não há legislação que cuide de questões fundamentais para amparar as diversas situações que as modernas técnicas de biotecnologia criaram, para a reprodução artificial de seres humanos. Diante deste cenário de verdadeiro improviso, em matéria de manipulação genética estamos submetidos às regras do Conselho Federal de Medicina (CFM), assim como o assentamento dessas questões no tocante às relações homoafetivas estão sendo

1 *Art. 1.591.* São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes

2 *Art. 1.593.* O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

3 *Art. 1.597.* Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

4 O Código Civil é de 2002, mas seu anteprojeto foi elaborado na década de 1970.

submetidas às regras do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

5. O Código Civil – diploma principal para o tratamento dos temas de família – admite a filiação por meio de fecundação artificial, se tais filhos são concebidos na constância do casamento (CC 1.597 *caput*). Diferentemente da legislação de alguns países, que preveem o casamento homossexual, o sistema tipificado brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A interpretação judicial, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar o direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação harmônica dos Poderes.

O texto constitucional (CF 226 § 3º) é claro ao afirmar que união estável a ser equiparada com a entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, é aquela formada por um homem e uma mulher. No entanto, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADin 4.277/DF, ocorrido em 5.5.2011, o STF entendeu que a CF abriga também sob sua proteção as uniões estáveis homossexuais. Nada obstante, diante da discussão sobre a legalidade da alteração do texto constitucional através de decisão da Suprema Corte e não pela via de Emenda Constitucional provocou, inicialmente, pouca aplicação prática sobre a vida das famílias formadas por uniões homoafetivas.

Diante desse cenário de insegurança jurídica, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) promulgou, em 14 de maio de 2013, a Resolução nº 175[5] que proíbe a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tal resolução exorbita o âmbito da competência do CNJ, que é órgão de controle de atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais do juiz (CF 103-B § 4º).

6. De outra parte, a Resolução 2.013 do CFM (Conselho Federal de Medicina), de 9 de maio de 2013, dispõe sobre as normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. De início, um de seus considerandos é a respeito do reconhecimento e qualificação como entidade familiar a união estável homoafetiva, havida nos termos do julgamento da ADin 4277/DF e da ADPF 132/RJ pelo STF. A Resolução 2.013/2013 do CFM diz ser permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito de objeção de consciência do médico.[6]

São situações jurídicas que parecem trazer as soluções jurídicas para o tempo das "*corporas*".

7. Mas as dificuldades não param por aí. A Lei de Biossegurança tratou, em 2005, do tema da utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento de reprodução assistida para fins de pesquisa e terapia.[7] No entanto, a lei não regulamenta o descarte de tais embriões.

---

5 *Art. 1º*. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
Art. 2º. A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis

6 *II. 2.* É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito de objeção de consciência do médico.

7 *Art. 5º*. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou
II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
§ 2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A exposição de motivos para a Resolução 2.013/2013 do CFM é clara ao estabelecer a preocupação com o descarte de embriões abandonados e entulhando o serviço.[8] Assim, a Resolução 2.013/2013 do CFM amplia a destinação autorizada pela Lei de Biossegurança e prevê o descarte de embriões.[9]

Embriões congelados, frutos de manipulação de material genético humano, são pessoas em potencial. São filhos, são netos em potencial, são parentes em linha reta, herdeiros legítimos necessários, com direito a alimentos, zelo e herança.

8. Também sem previsão legislativa, a Resolução 2.013/2013 do CFM "regulamentou" a hipótese de doação temporária de útero para os casos de preexistência de problemas médicos na doadora genética que contraindiquem a gestação e para os casos de união homoafetiva. De acordo com a resolução, a doadora temporária deverá ser parente consanguínea até quarto grau e não maior de 50 anos.

A resolução também prevê a existência de contrato entre os pais genéticos e a doadora do útero em que deve restar estabelecida a filiação de maneira clara. Por fim, há previsão de garantia do registro civil pelos pais da criança, documentos esses que deverão ser providenciados durante a gravidez. A matéria é para ser regulada por lei, e não por resolução corporativa.

O contrato de gestação de substituição é lícito? Para que tenha validade, e portanto se possa exigir o cumprimento de seus termos, é necessário que o objeto contratual seja lícito. Se a Resolução 2.013/2013 do CFM for considerada a base legal para a alegação de licitude deste objeto, em caso de arrependimento da doadora temporária de útero, a contestação da licitude do objeto jurídico em juízo pode produzir diversos efeitos. As perguntas que surgem a partir da negociação de um contrato como esse são: é possível vincular o Poder Público a esse contrato? Ou seja, deverá o juiz, quando confrontado por uma das partes que pretenda descumprir os termos anteriormente acordados aplicar o *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes)? Mesmo que as partes assim tenham acordado, é possível renunciar a direito fundamental?

A reprodução assistida em casais homossexuais fica ainda mais complexa quando se está diante de um casal formado por dois homens. Isso porque a união homoafetiva de mulheres na grande maioria das vezes não depende do envolvimento mais intenso de uma terceira parte. A realidade dos bancos de esperma já é um pouco mais familiar e simplista, já que o doador participa da relação jurídica em um único momento e tem sua identidade preservada, jamais vindo a conhecer seu filho biológico ou aqueles que se utilizaram do seu esperma. De outro modo, como

8 Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células- tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco.

9 *V.4.* Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

ainda não se chegou a avanço tecnológico em que se possa gestar um novo ser humano em uma espécie de incubadora por nove meses, a participação da mulher doadora temporária do útero para a gestação de criança com o material genético de um dos parceiros da união homoafetiva masculina é imprescindível. Neste caso estamos falando da participação ativa da mulher na gestação e nascimento da criança por nove meses. O Direito não pode deixar de levar em consideração todos os efeitos possíveis da complexidade desta relação jurídica.

O efeito que mais nos chama atenção no momento é a possibilidade de arrependimento da doadora temporária de uso. Não é novidade que a gestação produz alteração emocional na gestante, e é natural (no sentido estrito do termo, é biológico) que a gestante desenvolva laços afetivos com a criança que está gestando. Hoje o Direito tem parâmetros pouco eficazes para lidar com uma situação desta complexidade. Eventual contrato a ser celebrado com a doadora temporária do útero com os companheiros doadores do material genético tem sua validade questionável. Como inexiste direito material (tipificado em lei) que garanta ao casal doador do material genético a ascendência sobre o filho gerado por outrem e, por outro lado, aquela que gestou por substituição o fez em ato de disposição do próprio corpo – ato esse que se considera restritivo de direito e, por isso mesmo, deve ser interpretado restritivamente –, não pode ter suas aflições esquecidas pelo Direito.

Doar o útero, ainda que temporariamente, significa dispor do próprio corpo. Esse ato é ato regulado pelo Direito porque pode atentar contra a integridade física e moral da doadora e o direito à integridade física e moral é direito da personalidade que, nos termos do CC 11,[10] é intransmissível e irrenunciável, ilimitado por ato voluntário, inclusive de seu titular.

Existe toda uma lógica do sistema de garantia aos direitos de personalidade que, de tão fundamentais para a dignidade de seu titular reclamam, por vezes, tolhê-lo do direito à liberdade de disposição, caso essa liberdade possa prejudicar sua integridade física e moral. É essa mesma lógica que excepciona as hipóteses de disposição do próprio corpo para fins altruístas,[11] impedindo a comercialização daquilo que manifesta a essência do sujeito de direitos.

9. O registro civil é providência obrigatória no Brasil, para que se garanta o direito à identidade, consectário do princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.[12] Como a lei fala que o registro deverá ser feito pelo pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, o registro civil para filhos de casais homoafetivos hoje depende de determinação judicial.

Entretanto, recentemente o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) enviou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pedido de providência solicitando a edição de ato normativo para regulamentar o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, em casos de homoparentalidade, junto ao Cartório do Registro Civil, dispensando a necessidade da propositura de ação judicial. Segundo o pedido de providência, alguns juízes negam a possibilidade de a ação ser proposta antes mesmo do nascimento da criança, em caso de reprodução assistida. Outros não concedem liminar para que o filho possa ser

10 *Art. 11.* Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

11 *Art. 14.* É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

12 *L 6.015/73 Art. 50.* Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.
(...)
Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:
1º. o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do art. 54;

registrado em nome de ambos os pais. Além disso, a demora na tramitação da ação deixa a criança em situação de vulnerabilidade. Já existem movimentos pontuais no Brasil, como o da Corregedoria Geral de Justiça do Mato Grosso que, por meio do Provimento 54/2014, autorizou o registro de filhos de casais homoafetivos seja levado a efeito, em nome de ambos os pais, diretamente em cartório, sem a necessidade de intervenção judicial.

Não se tem levado em conta o interesse mais importante dos filhos, de terem acesso à verdade de sua filiação biológica e, consequentemente, de seus direitos em face de quem, muitas vezes não sabe sequer da existência de filhos ou netos gerados.

10. Diferentemente do Direito de Empresas, por exemplo, que cada vez mais se distancia da formalidade excessiva para acomodar-se à realidade dinâmica dos negócios de nossa atual sociedade, o Direito de Família e Sucessões é formal. E existe lógica para que seja formal. O Direito de Família e Sucessões tem por objetivo regular a vida em família, o que essencialmente quer dizer propiciar ambiente seguro para que a família se desenvolva.

O Direito é ciência social que interage com diversas outras, como a sociologia, a antropologia e a filosofia. Em matéria de família, todas essas ciências oferecem sua contribuição para a formação e o desenvolvimento social. No entanto, cabe ao Direito garantir a segurança jurídica familiar. A segurança jurídica familiar resume-se ao dever de prover material e moralmente os filhos e a qualidade de filhos, de netos, de parentes em linha reta sempre foi amparada com muito cuidado, para garantir. Por essa razão é que o reconhecimento de paternidade é irrevogável e o registro civil apenas em algumas hipóteses pode ser retificado.[13]

Isso quer dizer que após reconhecida a paternidade juridicamente, quer seja o registro civil levado a efeito diretamente por cartório ou por decisão judicial, não há como se arrepender e desistir.

O registro civil é garantia do direito fundamental à identidade e marca o nascido como um carimbo que não pode ser apagado ou modificado, salvo algumas poucas hipóteses.

Também por isso, os órgãos responsáveis pelo assentamento de tais registros não podem realizá-los ao seu bel prazer. É

13 *L 6.015/73 Art. 57.* A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.
§ 1º. Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.
§ 2º. A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.
§ 3º. O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.
(...)
§ 6º. Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça.
§ 7º. Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração. (Incluído pela Lei nº 9.807, de 1999)
§ 8º. O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (Incluído pela Lei nº 11.924, de 2009)
Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.
Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

necessário que haja padronização na forma de registrar, que até hoje foi cumprida de um determinado modo, mas a realidade da filiação em famílias homoparentais pede revisão em âmbito nacional, sob pena de abalo da segurança de tais registros.

A formalidade inerente ao Direito de Família e Sucessões é característica posta pelo Direito para que eventuais alterações em suas estruturas sejam feitas após reiteradas reflexões e debates sociais, que resultem na alteração dos textos legais que regulam tais formalidades, de modo a garantir, sempre, a manutenção de ambiente familiar seguro, onde as famílias possam se desenvolver.

Demonstrado pelo registro o estado de filho de uma criança em face de alguém, isto cria uma série de consequências jurídicas que ultrapassam por certo o núcleo onde se deu o fato e perpassa todo o sistema de direito de família e de sucessões, pela extensão que o vínculo de parentesco em linha reta cria para todo o núcleo familiar.

11. A alteração das diretrizes legislativas é ato de amadurecimento social e síntese de processo democrático legítimo com o qual todos acordamos quando do pacto social de 1988.

Esse processo democrático tem como principal finalidade a discussão e apontamento de maneiras como o Direito deve lidar com situações como a ocorrida recentemente na Tailândia em que se reportou a ocorrência de uma gestação de substituição remunerada (permitida naquele país) que resultou em gravidez gemelar em que um dos bebês nasceu saudável e o outro com problemas de saúde. Os pais biológicos ficaram com o bebê saudável e deixaram o outro para que fosse criado por quem o gestou.

Por todos esses motivos é que essas alterações devem ser legais, para que emitam força normativa, e não por interferência do Judiciário, ainda que seja de sua mais alta corte, ou de órgãos administrativos como o CNJ e o CFM, que apesar de importantes nas funções que desempenham, não tem legitimidade, muito menos representatividade, para legislar sobre esses temas. A edição de resoluções ou até mesmo decisões do Supremo com efeitos vinculantes não dispensam a edição de leis que regulamentem a constituição e a filiação de famílias homoparentais, as técnicas de reprodução assistida e pautem as consequências familiares e sucessórias de todas essas novas experiências jurídicas.

Na ausência de legislação sobre o tema, ficamos a mercê do "judicialismo", que não só pode, como vêm decidindo questões parecidas de forma totalmente antagônicas, causando imensa insegurança jurídica.

É compreensível que o debate acerca deste tema no ambiente democrático adequado para tanto (o Congresso Nacional) ainda não tenha chegado a uma solução pacífica. São questões de alta complexidade, que abarcam diversas correntes religiosas, culturais e éticas. Nada obstante, a dificuldade da discussão não pode servir de pretexto para deixar esses problemas intocados.

O desafio do Congresso para editar diploma legal que regule as questões atinentes à união homoafetiva resume-se na habilidade de engendrar a oposição de premissas sobre o tema que sejam capazes de vincular toda a população brasileira, mas que não possam partir de razões puramente religiosas ou estritamente tecnológicas. A tarefa é hercúlea e, por isso mesmo, não dispensa acirrado debate com todas as vertentes de interessados no tema.

De toda a maneira, a solução dos problemas que decorrem da obrigação familiar de zelar pelo sustento e educação de filhos e netos passa, pois, pela resposta à intrigante questão: quem pode ostentar e de que forma pode provar o estado civil de filho?

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

Legitimação da decisão pelo processo. Considerações em torno da estrutura do novo CPC

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Graduado em Filosofia Letras e Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo (1964). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1964). Doutor em Filosofia - Johannes Gutemberg Universitat de Mainz (1968). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professor titular da Faculdade Autônoma de Direito. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor aposentado da Universidade de São Paulo.

Na tradição jurídica que nos vem do Século XIX, processos judiciais não tinham, propriamente, uma finalidade legitimadora, mas uma função mais de ordem instrumental (*due processo of law*), objetivando a proteção de direitos ou a elaboração de decisões vinculantes e corretas. A legitimidade do direito reconhecido e afirmado aparecia como um resultado externo e posterior ao processo.

Na exposição de motivos do CPC de 1973, Alfredo Buzaid reconhecia ser o processo civil "um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça". Nesse sentido, dizia ele, se a aspiração de cada uma das partes em conflito era a de ter razão, a finalidade do processo era a de dar razão a quem efetivamente a tem. O que se traduzia, na verdade, não em um interesse privado, mas no interesse público de toda a sociedade. Assim, o processo deveria ser preordenado a assegurar a observância da lei, devendo ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a atender a duas exigências: a rapidez e a justiça. Por tudo isso, a reforma de 1973 propunha um plano estritamente técnico, em atenção à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar.

Essa concepção pressupunha o processo judicial como constituído estritamente para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, decisões judiciais são *programadas* e não *programantes*, isto é, decide-se com base na lei, na Constituição, nos princípios gerais de direito, nos costumes, e valem para o caso para o qual o Judiciário foi provocado, não podendo ser estendidas para os demais casos.

A legitimidade das decisões assim proferidas em atendimento às regras processuais exige, do ângulo político, a configuração do Poder Judiciário como politicamente neutro nos quadros do Estado de Direito burguês regido pelo princípio da tripartição dos poderes e, do ângulo sociológico, pressupõe uma

congruência entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial.[1]

Explico-me. Os efeitos imediatos de um processo (uma condenação, uma absolvição, uma declaração de um direito) devem ser atingidos por meio de uma ação com função *expressiva*: atendimento de uma necessidade a ser satisfeita por uma decisão *in casu*. Mas a busca dessa decisão depende de um cálculo instrumental (função *instrumental* do processo): a decisão deve satisfazer também necessidades decorrentes de finalidades distantes (não imediatas). Ou seja, a realização da justiça, da paz social, o asseguramento dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, donde a segurança jurídica.

Por isso, para a legitimidade das decisões, exigiam-se, de um lado, normas preestabelecidas na lei abstratamente (função instrumental); de outro, por meio de subsunção, chegar-se à satisfação das necessidades concretas (função expressiva). O grande problema da legitimidade das decisões processuais estava na congruência entre as duas funções.

Essa congruência, aliás, seria crucial para a legitimidade da atividade jurisdicional, entendendo-se por *legitimidade* uma prontidão generalizada para aceitar decisões independentemente da convicção pessoal sobre o conteúdo valorativo de cada decisão.

Em tese (liberal e burguesa), a combinatória das duas funções seria garantida pelo papel instrumental do juiz que, configurado mediante regras neutralizadoras de sua atividade (distância das partes, imparcialidade, serenidade, posição dominante, mas apartidária), tornar-se-ia o instrumento capaz de realizar a divisão dos poderes. Nesse sentido, o processo judicial, para ser legítimo, deveria ser funcional: procedimentos jurisdicionais que permitissem que os atingidos por decisões vivenciassem um futuro incerto (a realização abstrata da segurança jurídica), mas sentindo-se seguros, desde o presente, por força dos procedimentos nos quais se engajam.

Como o juiz não legisla, mas cumpre a lei, a congruência exigia uma aceitação da mutabilidade do direito por força de processos legislativos autônomos e independentes, admitindo-se, em consequência, a manipulação contraditória das estruturas: o que vale para um, não vale para outro, o que vale hoje, deixa de valer amanhã e pode voltar a valer depois; em nome da segurança abstrata, a variabilidade das decisões não perturba a impositividade: *lex prima facie valet*. Com isso, o direito não dependeria do saber e do sentir individuais e, ao mesmo tempo, continuaria sendo aceito por todos.

Só assim seria possível lidar-se, processualmente (nesse modelo do velho Estado de Direito burguês), com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, com certeza e isonomia, é diferida no tempo pela racionalização abstrata dos conteúdos normativos e pela generalização dos agentes, aparecendo a estrutura processual normativa (função instrumental do processo) como condição suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes (função expressiva).

Na prática, porém, o que se observou no correr dos anos era que a satisfação *racional* (Buzaid) das necessidades concretas (eficiência racional) exacerbava o formalismo e muitas vezes provocava ou exigia o diferimento, no tempo, da satisfação das necessidades instrumentais (Buzaid: a rapidez e a justiça). O que punha uma exigência para efeitos de legitimidade: a pressuposição de que as necessidades instrumentais, embora distantes, estariam sempre a caminho de serem atingidas.

Numa sociedade relativamente pouco complexa, essa pressuposição parecia confiável e assim se realizava uma congruência entre as duas funções.

Nesse sentido, aquela percepção do

1 Cf. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, p. 315 ss.

processo em 1973 visava a uma sociedade em transformação, mas estaticamente concebida como produtora de conflitos sociais como conflitos interindividuais. Em que a complexidade crescente das relações deveria ser enfrentada mediante formalidades cada vez mais estritas, enquanto instrumento apropriado para resolver qualquer tipo de conflito (medicinal, de engenharia, financeiro, econômico etc.). O que afinal conduziu, na prática, a uma espécie de formalismo exotérico, *impermeável* ao não especialista, carregado de conhecimentos estanques, donde a especialização de Varas e que, ao fim e ao cabo, acabava por tornar o processo um sistema *impermeável a si próprio*. O que foi se tornando visível pela incapacidade de se estabelecer a requerida congruência entre as funções expressivas e instrumentais do processo: nem tempo hábil nem justiça.

No ensejo de uma nova reforma há de se reconhecer quanto mudou a sociedade e como isso repercute na exigência e legitimidade das decisões processuais.

Na era presente, a percepção da *sociedade* como *sociedade econômica* como um todo abarcante que se concentra em produzir objetos de consumo, cujo consumo é, de novo, meio para o aumento da produção e assim por diante, tende a modificar as linhas distintivas entre política, economia e regulação jurídica, as quais se tornam confusas. Não se trata mais, por exemplo, do exercício político pelo detentor do poder econômico, na medida em que esse passa de uma esfera de atuação (atividade econômica) para outra (atividade política), mas de atividades com lógicas estruturalmente indiferenciadas, donde a estreita aproximação, no mundo atual, entre tecnocracia pública e privada. Do mesmo modo, o exercício da jurisdição, supostamente neutralizado politicamente pelo princípio da divisão dos poderes, ganha contornos políticos, mediante os quais a exigência de prognósticos na tomada de decisão torna o *veredicto* (enquanto um *veritas dicere*) uma antecipação política dos efeitos políticos, sociais, econômicos.[2]

2 Numa sociedade pré-industrial, a ordem social/econômica assinalava o seu próprio *status* aos objetos: alguém era nobre ou não era, a nobreza não era um termo privilegiado de uma série social, mas algo que distinguia o sujeito absolutamente. O equivalente para os objetos era o que se pode chamar de "estilo". O que marca os objetos de troca é essa singularidade de estilo (o artesão), que pode ser copiado, mas o estilo não passa para a cópia.
Com a sociedade industrial ocorre uma difusão das técnicas artesanais e o aparecimento da fábrica torna a relação entre objeto genuíno e cópia diferente pela introdução do MODELO. Isso custa a ser percebido, mas com a difusão acelerada da produção em série, a situação se torna visível. O modelo se põe perante a série que dele se forma não como estilo, mas como um protótipo que se passa para a série: cada objeto da série contém o modelo, que, assim, se difunde continuamente. Não há distinção de valor entre o modelo e os objetos em série. O modelo *está* em cada objeto da série.
E aqui entra o consumo como objeto de consumo: como se escolhe o objeto feito em série? Como o modelo atravessa toda a série, o que especifica a escolha são diferenças marginais, como a cor, os acessórios, os detalhes. Ou seja, uma diferença marginal, INESSENCIAL. O que faz com que o objeto atenda à exigência de personalização mediante algo inessencial. Ou seja, a personalização não é mais um valor acrescido, mas se torna um valor PARASITÁRIO.
Ora, é esse novo jogo econômico, que muda o olhar da essência para o inessencial, que passa a promover o consumo em forma exponencial. Nesse novo jogo, o inessencial acelera o desenvolvimento dos modelos, pois toda a tática de venda está em tornar as inovações cada vez mais frágeis e mais efêmeras. Basta um modelo *sair de série* (isto é, alterar o acessório, o nome do modelo etc.) para depreciar toda a série de modelos antigos.
É essa transformação que anuncia a sociedade contemporânea de consumo, mais bem denominada como *sociedade consumista*.
Nela, uma nova aparência de igualdade é instituída pelo fato de que todos os objetos obedecem ao mesmo imperativo de "funcionalidade". Não a *funcionalidade* temporal do exercício social de funções acessíveis a todos à moda do Estado liberal. Trata-se agora de uma espécie de "democratização funcional" que oculta as desigualdades que são escamoteadas pela mudança compulsiva de modelos. Como se tudo mudasse, tudo movesse, tudo se transformasse e, entretanto, nada mudasse.
Nessa nova funcionalização da sociedade consumista contemporânea altera-se a noção de acumulação patrimonial: antes, o homem trabalhava para adquirir algo; agora, o consumo precede o trabalho. Veja a extraordinária difusão do crediário: mediante crediário, qualquer um tem o objeto antes de completar o trabalho necessário para adquiri-lo. Ou o aparecimento de situações paradoxais em que os indivíduos "consomem" relações por meio de "redes sociais" (internet) e alimentam "gratuitamente" economias de bilhões de dólares.
Donde segue uma nova MORAL SOCIAL: *consumir antes de acumular*. Ou VIVER PARA CONSUMIR, isto é, COMPRAR PARA QUE A SOCIEDADE CONTINUE A PRODUZIR, PARA QUE CONTINUE A PODER TRABALHAR A FIM DE PAGAR O QUE JÁ SE CONSUMIU E PODER

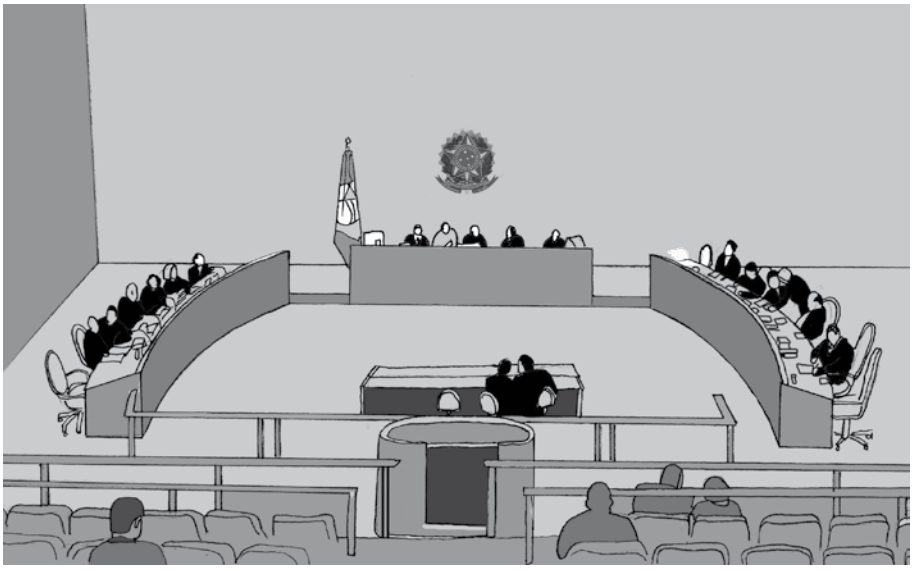
O que acabou por acontecer foi uma alteração do mundo dos fatos, a exigir da função jurisdicional uma forma nova de atuação. Antes ele se colocava como uma relação de império entre o juiz e o jurisdicionado, e como não havia ainda a premência da questão econômica e social, aquela relação era exterior, isto é, a administração da justiça (fazer justiça) era o objeto do exercício judicante, que era externo à política. Agora, surge uma situação em que o Poder Judiciário não se destaca, como um outro, da própria justiça administrada, da qual faz parte. E, em assim sendo, o poder jurisdicional (um dos poderes do Estado) se torna um problema de exercício interno dos atos de gestão: ato judicante como política, jurisdição como política social e econômica, tudo conforme uma lógica tecnocrática: a lógica da "*governamentalidade*" (na linha de Foucault). Em cujo cerne, aliás, acaba por se estabelecer um triângulo estrutural: império, ato judicante e gestão socioeconômica.

Na verdade, observa-se que, na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de gestão, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele *fez*, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um "julgamento" do que ele *é* e *poderá fazer*. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento, no campo jurídico, do chamado Estado pós-moderno.

Foi, na verdade o crescimento do Estado social (ou mais precisamente do Estado regulador) que reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de direito liberal, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Essa exigência, numa sociedade de massas, tem por consequência uma hipertrofia dos poderes constituídos. Os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. Em contrapartida, o Poder Judiciário aumenta seu grau de discricionariedade.

Com efeito, os direitos sociais, produto típico do Estado providência, que não são, conhecidamente, uma espécie *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocam-se como *exigência de implementação*. Isto altera o desempenho e a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de

INICIAR CONTINUAMENTE A SÉRIE.
Daí a lógica da PUBLICIDADE como resultado da reflexão do consumo sobre si mesmo, e cuja mensagem (discurso) não é propriamente persuadir e dissuadir denotativamente (comprar este e não aquele), mas um discurso puramente conotativo: não se vendem objetos denotados por sua especificidade essencial, mas CONOTAÇÕES numa lógica de puras IMAGENS e de FÁBULAS (o automóvel com um jovem elegante à direção, ou uma linda jovem olhando para ele, a cor vermelha como traço de paixão, a azul como sublimação etc. etc.).



certa forma, o repolitiza).

Enfim, a extensa massificação social, que transforma a sociedade numa sociedade de consumidores, faz da economia um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado, reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso. Desse modo transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ao exigirem-se proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de serem individual ou coletivamente identificadas: direitos difusos (meio ambiente, concorrência, consumo etc.) e também os chamados *direitos individuais homogêneos* (saúde pública, planos privados de saúde etc.).

Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas. Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade política ("imparcialidade") é afetada, ao ver-se posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Com isso, tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Nesse sentido é que, hoje, com o advento da sociedade tecnologicamente massificada (internet, redes sociais) e do Estado providência tecnologicamente burocrático (burocracia computorizada), parecem desenvolver-se exigências no sentido de uma *desneutralização política* do juiz, que é chamado, então, a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe (julgar fatos, julgar o passado em nome da lei dada), obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas (julgar no sentido de prover o futuro). E disso ele não mais se exime em nome do princípio de uma legalidade formal (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. Isso já existia. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado providência. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

A nova situação, na verdade, acaba por atingir profundamente dois princípios tradicionais da cultura jurídica clássica: o princípio da imunidade do Estado (*the king can do no wrong*) e o princípio da coisa julgada (*res judicata*), ambos fundados, no Estado de direito liberal burguês, na atividade jurisdicional. Antes, no Estado liberal, o Estado, como pessoa jurídica, seus funcionários e seus agentes, eram responsáveis civil e administrativamente pelas violações dos

direitos subjetivos do cidadão, cabendo ao Poder Judiciário o julgamento final dos atos ilícitos. A condição básica de funcionamento dessa já antiga estrutura de responsabilização era, no Estado de direito liberal, a imunidade do juiz pelos seus atos jurisdicionais em face das partes. Esta imunidade, por sua vez, tinha por correlato o princípio da coisa julgada. *Res judicata facit jus* era uma exigência da própria atividade jurisdicional. Ela era uma decorrência da imparcialidade do juiz como um terceiro em face de litígios concretos (*tertius super partes*). Afinal, sem ela, a segurança jurídica estaria ameaçada, posto que a exigência de que litígios tenham um fim, pela impossibilidade da sua permanente retomada (*ne lites aeternae fiant*), não se realizaria.

Ora, a *desneutralização* política do juiz na atualidade, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário. Essa tese põe a descoberto o fato de que tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências "lógicas" da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar.[3] Como se, de repente, por exemplo, ganhasse relevo – suspeito – o fato de que o processo de nomeação dos juízes de tribunais superiores esteja em estreita dependência da vontade política do Executivo e do Legislativo (caso, no Brasil, da nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal ou dos juízes nomeados dentre advogados ou membros do Ministério Público, indicados pelas respectivas corporações).

Mais do que isso, torna-se perceptível que a vinculação do juiz à lei, base da sua neutralização, acaba por gerar, para o homem comum, um tipo de insegurança até então insuspeitada: a insegurança gerada pelo próprio direito! Compare-se, nesse sentido, a segurança garantida pela Justiça contra o ato ilícito de um cidadão contra o outro, com a *insegurança* social do homem comum em face da suspensão de uma decisão liminar concedida por força da presença dos requisitos legais em nome dos riscos que ela possa causar à economia do país, concordata lícita de uma instituição financeira rigorosamente processada no tribunal conforme os ditames da lei, alterada em razão dos riscos "sistêmicos" (mercado financeiro) que ela possa provocar, ou a despedida (legal) do trabalhador, reconvertida em nome do dano social que possa causar, ou a responsabilização da empresa por empregados que não são seus e cujos serviços foram contratados por terceiros em razão da *função social* da propriedade constitucionalmente declarada.

E como responde o Judiciário a essa perda de sua neutralidade institucional? Como enfrentar ainda com segurança a "politização" dos litígios?

Aqui entra então, em discussão crítica, o que, nas mencionadas palavras de Buzaid (na esteira de Max Weber e, mais recentemente, de Habermas e Luhmann), pode ser chamado de "matriz de racionalização", cujo cerne está na substituição do conceito de ação (e sua inserção na esfera jurídica da liberdade) pelo conceito de comunicação. Com isso, ganham-se condições para inserir questões da prática da regulação, expondo, de um lado (Habermas), sérios problemas de legitimação e, de outro (Luhmann), soluções supostamente mais apropriadas para o entendimento das transformações sofridas pela modernidade acossada pela sociedade tecnológica, na qual o direito perde suas características de uma ordem escalonada, para transformar-se numa estrutura sem um centro organizador, por força da circularidade das relações comunicativas.[4]

3 Cf. Mauro Cappelletti, "Who watches the watchmen?", *in General Report on "Judicial responsability" for the 11th International Congress of the International Academy of Comparative Law*, Caracas, 1982.

4 Cf. Orlando Villas Bôas Filho, *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, São Paulo, 2009.

Como lidar processualmente com isso?

Na verdade, nessa nova situação percebe-se a relevância da busca de um modo de lidar com os critérios "comuns" ("princípios"), cujo problema está na percepção de critérios legitimadores como uma espécie de código de conduta reconhecível.

Nesse quadro adquire o tema da legitimidade das decisões judiciais um novo perfil.

Veja-se, por exemplo, que o novo CPC, ao invés de iniciar-se mediante distribuição organizada de técnicas processuais (em atenção à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar), começa por estabelecer um elenco de princípios:[5]

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

---

5 TÍTULO ÚNICO
DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS
CAPÍTULO I
DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL
Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.
Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.
Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.
Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.
Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.
§ 1º. A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.
§ 2º. Estão excluídos da regra do *caput*:
I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;
II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;
III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;
IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;
V - o julgamento de embargos de declaração;
VI - o julgamento de agravo interno;
VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;
VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;
IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.
§ 3º. Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.
§ 4º. Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.
§ 5º. Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.
§ 6º. Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:
I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;
II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Chama a atenção a presença de alguns dispositivos:

> Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
> Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.
> Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
> (...)
> Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Enquanto um comando significativo, princípios resultam de uma lógica peculiar, que parte do texto preceptivo e finda com a formulação do preceito regulador, ou seja, que começa com a decisão e culmina com a interpretação. É essa lógica que preside a chamada ponderação de princípios.

De modo geral, pode-se dizer, pois, que a ponderação de princípios tem uma vinculação a procedimentos que tem muito a ver com uma *teoria da argumentação e de raciocínio*, que, dispostos num CÓDIGO, admitem uma *acepção estrita* e uma *acepção ampla*.

Na primeira, como se vê na elaboração da PARTE GERAL do Código Civil, *princípios* aparecem como um conjunto intencionalmente organizado de categorias gerais, que regulam a *ars inveniendi* do intérprete e do aplicador (pensar apodítico): um conjunto de cânones para orientar a adequação de preceitos especiais, o que faz deles critérios para selecionar hipóteses normativas para os casos concretos.

No segundo caso, revelava-se como uma técnica de racionalização, que trabalha como um modo de pensar *não apodítico*.

Quando se fala, assim, em um Código, de NORMAS FUNDAMENTAIS (e não em PARTE GERAL) pensa-se em um procedimento não verificável rigorosamente que nos permite abordar questões jurídicas com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa, pois não fecham nem concluem, embora criem a possibilidade de tomar decisões em uma amplitude muito maior que decisões com base em regras.

Os princípios adquirem, assim, a condição de *instrumentos organizadores de séries normativas*, em que a razoabilidade das decisões parece fortalecida a despeito da enorme contingência gerada.

Por exemplo:

> Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Mas

> § 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Ou

> Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Mas

> Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Como se trata de *séries* normativas, os princípios assim utilizados não pressupõem nem objetivam uma totalidade sistematizada. Isto é, não pressupõem uma hierarquia principiológica dotada de unidade sistemática.

Veja-se, nesse sentido, o disposto no art. 1º:

> Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Aqui se fala de VALORES E NORMAS FUNDAMENTAIS estabelecidos na Constituição.

O que se observa é que, entre a proclamação formal dos direitos (vida – saúde – liberdade – igualdade – propriedade) e a *ordenação conforme valores e normas fundamentais* o real estatuto organizacional do CPC, estende-se um vasto espaço ocupado por formas de tensão política, a exigir do saber jurídico uma espécie de função legitimadora e não, propriamente, de reconhecimento validador (no sentido mais tradicional de controle da constitucionalidade e da legalidade). Por extensão, pode-se dizer que o elenco de NORMAS FUNDAMENTAIS do processo visa menos à sistematização e interpretação, e mais a busca e uma legitimação social propiciada pela real efetivação da proteção dos direitos *em vista de uma consecução prospectiva*. Não se olha *normas fundamentais* como um passado inaugurador do sistema, mas como um ponto jogado no futuro, como meta a ser atingida:

> Art. 3º. (...)
> § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Por isso:

> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Essa técnica, num primeiro momento, com base na institucionalização de mecanismos normativos de efetivação (“Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”), adquire, num segundo momento, com base num prognóstico social, um estatuto de legitimação transformadora constante.

Com isso abre-se espaço para partir-se de conjuntos preceptivos regionalizados, entendidos como alternativas para problemas para os quais se buscam soluções sem compromissos holísticos.

Nessa organização principiológica, *normas fundamentais* (princípios) são assumidos como um *dado*, como algo que dirige e orienta a APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS, mas antes no sentido de propiciar uma decisão legitimadora de possíveis consequências futuras (uma decisão *possível entre outras*).

Com isso, o PROCESSO *passa a exercer* uma função menos pura e simplesmente validadora (recurso à regra válida) e mais *legitimadora de decisões jurídicas*, controlando a contingência dos resultados (consequências futuras) não por sua adequação àquilo que ocorreu (relação norma preestabelecida e fato), mas àquilo que poderá ocorrer (prognóstico do que poderá vir a suceder).

Desenvolve-se, assim, uma estrutura codificada que diz respeito muito mais à con-

sequencialidade das decisões, uma antecipação da legitimidade do que irá suceder e cuja força está menos numa validade pregressa, e mais num prognóstico legitimado com base em exigências comportamentais do tipo *boa-fé, atitude cooperativa, promoção de solução consensual dos conflitos*.

É fato que, porém, um problema costuma surgir para a chamada redundância do sistema (sua qualidade de estabilidade), quando, presumidamente, das decisões se exige que olhem para a eficiência baseada em consequências futuras. Afinal, isso pode levar a um imenso crescimento do sistema de contingências (variações possíveis). Donde, aliás, a previsão de que:

> Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código.

Afinal, num sistema estrutural aberto, desde que uma decisão tem de ser tomada num momento presente, mas com a preocupação de uma eficiência futura, a exigência de motivação acaba por se mover em meio ao provável mais que ao certo.

Esse dilema, em termos de legitimidade das decisões, traduz-se, afinal, de um lado, numa escolha nem sempre manifesta, dentro de um conflito fundamental entre fazer aquilo que é *correto* e aquilo que é *bom*, que dentro da filosofia moral se expressa, por exemplo, na divisão entre teorias deontológicas e teleológicas. As teorias deontológicas correspondem ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, nas quais as ideias de dever e correção (justiça formal) são os temas centrais. As teorias teleológicas correspondem ao ideal de vida humana, consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, nas quais a ideia de justo constitui o tema central.

Como, porém, de outro lado, essas são escolhas nas quais um estrito código do tipo *justo/injusto* falha como um guia orientador, o processo acaba por exigir rotas de escape.

> Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

E o papel desse preceito deixa de ser usado primordialmente para aumentar uma certeza (a normalidade), e mais para aumentar a variedade de pontos de vista surgidos do caso a decidir, legitimando o balanço de benefícios, interesses em vista de suas consequências.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra (2008, 2011 e 2015). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Vice-Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

A ideia que está por trás do princípio da *economia processual* comporta ser projetada tanto na dimensão individual de cada processo, quanto na dimensão macro, que diz respeito ao funcionamento, ou, para usar-se um estrangeirismo expressivo, à *performance do Poder Judiciário*, abrangendo o modo como conduz e resolve os conflitos que estão submetidos à sua apreciação.

Esta última ótica foi a que inspirou muitas das novidades do CPC que deve entrar em vigor em março de 2016.

Por esta perspectiva, em que se privilegia a necessidade de que o Poder Judiciário "funcione bem", procurou-se fazer com que cada processo "renda" mais, o que significa que, quando chegar ao fim, tenha sido, de fato, resolvida integralmente a controvérsia subjacente.

Evidentemente, uma das principais alterações que cumpre esta finalidade é a extensão da autoridade da coisa julgada às prejudiciais.

Diz-se, com acerto, que o pedido tem a função de delimitar a atividade jurisdicional.[1]

1 Cf., entre outros, Aldo Attardi, *Diritto processuale civile*, Milão, Cedam, vol. I, 1994, p. 58; Claudio Consolo, *Le tutele*, Bolonha, Cisalpino, 1998, t. I, p. 71-72; Sergio La China, *Diritto processuale civile*, Milão, Giuffrè, 1991, p. 582. Segundo o princípio da inércia da jurisdição, o órgão jurisdicional somente deve agir *se* houver provocação. A petição inicial, deste modo, é o instrumento por meio do

Diz-se também que a petição inicial pode ser vista como um projeto da sentença.[2]

É na petição inicial que o autor determina sobre o que deverá o juiz decidir, com autoridade de coisa julgada. No regime do CPC de 1973, a atuação do réu não tem o condão de interferir nos limites objetivos da coisa julgada, que recairá sempre sobre a lide (pedido, mérito, objeto litigioso).[3]

A petição inicial pode ser analisada sob o ponto de vista formal e substancial. Enquanto parte dos elementos da petição inicial relaciona-se a aspectos formais ou processuais, a petição inicial em sentido substancial (ou libelo) diz respeito à definição daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, isto é, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso.[4]

A determinação do pedido gera vários efeitos ao longo do processo.[5] Como se disse, predominam, no direito brasileiro, os princípios da inércia da jurisdição e o princípio dispositivo (CPC/73, art. 2º).[6] Nesse contexto, o pedido assume papel bastante relevante, pois define a *modalidade* e a *extensão* da atividade jurisdicional a ser desenvolvida. Assim, é a partir do pedido que se deverá verificar se se trata de ação de execução, de conhecimento ou cautelar, bem como, dentro destas categorias, que espécie de tutela jurisdicional é pretendida. O juiz, como regra, não pode fugir da definição feita e das providências pleiteadas pelo autor. Trata-se, no entanto, de situação que vem encontrando número cada vez maior de exceções, no direito brasileiro.[7]

Mas, de acordo com o CPC de 73, somente incidirá autoridade de coisa julgada sobre o que tiver sido *objeto de pedido* (art. 469 do CPC/73), e que, portanto, deverá ser

qual o jurisdicionado provoca a jurisdição (CPC/73, art. 262). A petição inicial, ainda, delimita o âmbito e a natureza da atividade jurisdicional a ser desenvolvida (princípio da congruência, ou da correlação entre pedido e sentença; CPC/73, arts. 128 e 460, *caput*). Há diversas situações, no entanto, em que não fica o juiz adstrito ao pedido realizado pelo autor. Podem-se citar, ainda, as seguintes: a) a hipótese do art. 461, § 5º, do CPC/73 que autoriza o magistrado a determinar a realização de medidas judiciais não pleiteadas pelo autor (cf. STJ, REsp 1069441/PE, 1ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 17.12.2010), o mesmo se podendo dizer do art. 461-A do CPC/73; b) o caso do art. 130 da Lei 8.069/1990 (ECA), que autoriza a determinação de medidas cautelares *ex officio* pelo juiz; c) o "pedido implícito" (cf. art. 293 do CPC/73); d) o "pedido impróprio", que, de certo modo é um pedido implícito, mas que não tem relação direta com a lide (por exemplo, pedido de condenação ao pagamento da verba honorária, que, de acordo com o art. 20 do CPC/73, deve ser fixada *ex officio* pelo juiz; nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl na SEC 11.529/EX, Corte Especial, j. 06.05.2015, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 25.05.2015).

2 Nesse sentido, Eduardo J. Couture: "Existe un paralelismo curioso entre estas exigencias formales de la sentencia y las exigencias formales de la demanda. Frente a las exigencias de nuestras leyes, viene a ser una verdad la afirmación de que la demanda es, en cierto modo, el proyecto de sentencia que quisiera el actor (Sperl, Il processo nel sistema del diritto, *Studi in onore di Chiovenda*, p. 819) o, desde otro punto de vista, la respuesta homóloga del Estado a la demanda (Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 106)." (*Fundamentos del derecho procesal* civil, 3. ed., póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1988, item 184, p. 292 e 293); "Pedido é o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa" diz Lionel Zaclis (Cumulação eventual de pedidos e jurisprudência do STJ, *Causa de pedir e pedido no processo civil*, Coords. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 2002, p. 412).

3 Cf. nosso *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 100-101.

4 Cf. Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso em el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1968, § 16, p. 241 ss.; Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002, § 37, p. 203; Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*, cit., n. 87, p. 738.

5 Na contestação o réu não faz pedido, tecnicamente, mas *impugna* o pedido (cf. CPC/73, art. 300), salvo no caso das ações dúplices (cf., por exemplo, CPC/73, art. 278, § 1º); não sendo este o caso, poderá o réu ajuizar ação através de reconvenção (cf. CPC/73, arts. 315 ss.).

6 Parte da doutrina distingue o princípio da demanda, que subordina a atuação jurisdicional à provocação da parte, do princípio da correlação entre pedido e sentença. Afirma-se, no entanto, que este princípio decorre daquele. Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3. ed., Nápoles, Jovene, 1999, p. 204; semelhantemente, Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, cit., § 24, p. 132-133.

7 Já se mencionou que vigora, no direito brasileiro, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença (também chamado de princípio da congruência, ou da adstrição entre pedido e sentença). Significa este princípio que o órgão jurisdicional não poderá julgar *além* do pedido (sentença *ultra petita*), *aquém* do pedido (sentença *citra* ou *infra petita*) ou *fora* do pedido (sentença *extra petita*). Cf. CPC/73, arts. 128 e 460. O pedido identifica a espécie de tutela jurisdicional pretendida (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva). Sobre estas espécies de ação se discorrerá adiante, no texto.

objeto de decisão, razão pela qual a questão prejudicial não é atingida pela coisa julgada (daí a necessidade de se intentar ação declaratória incidental, caso se pretenda que sobre as prejudiciais também venha a pesar autoridade de coisa julgada; art. 470 do CPC/73). E, isto ocorrendo, pode-se dizer que a questão prejudicial configurará uma causa prejudicial, ganhando, com isto, a autonomia necessária para que, sobre esta última, pese a autoridade de coisa julgada.

Segundo o novo Código, esta limitação deixa de existir, passando o réu a poder influir nos limites objetivos da autoridade da coisa julgada.

Não nos parece que esta extensão comprometa o valor segurança, já que só serão atingidas pela autoridade da coisa julgada *questões* (pontos sobre os quais *não* houve concordância entre autor e réu: no conceito de *questões*, está implícito que tenha havido *contraditório*) prejudiciais (aquelas de cuja decisão depende o teor da decisão a respeito do mérito, propriamente dito), que poderiam dar origem a outras ações, servindo como base para outro pedido.[8]

Assim, numa ação em que se cobrassem juros de determinado contrato e em que se viesse a discutir, também incidentalmente, sobre a validade de tal contrato, decidindo o juiz, afinal, que o contrato é válido e que os juros são devidos, se produziria coisa julgada também sobre a validade do contrato. Por isso, a validade do contrato, em si mesma, tornar-se-ia indiscutível e não poderia ser formulado outro pedido, em juízo, com base na afirmação de direito no sentido de que o contrato seria nulo.

Este é um bom exemplo da maximização do *grau de eficiência de um processo*, quanto a evitar o nascimento de processos outros, futuros. Com isso, haverá menos processos em curso, e mais eficiência, agora num outro sentido, do próprio Judiciário.

No plano dos recursos, houve também um número considerável de modificações com esta finalidade. Claro, muitas delas, se analisadas isoladamente, podem levar a que se afirme, equivocadamente, que o Judiciário teria "muito mais trabalho". Mas sob a ótica *macro*, esta sobrecarga, que, de fato, existe, compensa.

Exemplo expressivo de alterações do sistema que tiveram esta finalidade são as novas regras que dizem respeito aos *recursos especial* e *extraordinário*.

Veja-se o art. 1.029, § 3º, do NCPC em que está dito, com toda a clareza possível, que defeitos formais não graves não devem impedir a apreciação do mérito do recurso.[9] Devem ser desconsiderados ou corrigidos. Alude-se a "recurso tempestivo", para que não se tenha dúvida de que a tempestividade é requisito de admissibilidade que não se pode dispensar.[10]

8 Cf. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. *As questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, *passim*.

9 "Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave".

10 Este dispositivo deve desestimular os seguidores da assim chamada jurisprudência defensiva. Como exemplo de jurisprudência defensiva, citamos os casos em que agravos em recurso extraordinário e recurso especial são inadmitidos em função de carimbos borrados, que, em tese, gerariam dúvida quanto à tempestividade do recurso extraordinário e do recurso especial (STF, AgRg no AI 834940/PE, 1ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 09.02.2012; STJ, AgRg no AREsp 551.756/RS, 1ª T., j. 15.09.2015, rel. Min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª região), *DJe* 23.09.2015); a Súmula 735 do STF, que dispõe não caber recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar; e as decisões que asseveram que o recurso extraordinário e o recurso especial necessita ser reiterado para o seu conhecimento se manejado antes do início da fluência do prazo recursal (STF, EDiv nos EDcl no RE 606376/RS, Tribunal Pleno, j. 19.11.2014, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 19.12.2014; no âmbito do STJ, a matéria está sumulada: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418). E tal entendimento é aplicado por analogia aos demais casos, como, por exemplo, já se deci-

Do mesmo modo, o art. 1.032 do NCPC determina expressamente que as regras de competência que se aplicam a todos os órgãos do Poder Judiciário se apliquem também ao STF e ao STJ.[11] E que razões haveria para que assim não fosse?

Então, se o relator do recurso especial entender que a questão sobre a qual versa este recurso é constitucional, em vez de, pura e simplesmente, não apreciar o mérito do recurso, deve *remetê-lo* ao STF. Antes disso, deve dar à parte recorrente o prazo de 15 dias para que seja demonstrada explicitamente a repercussão geral.

Não há por que o inverso não deva acontecer: também se o relator do recurso extraordinário, no STF, entender que a questão tratada no recurso é de natureza infraconstitucional, deve remeter este recurso ao STJ.

A última palavra a respeito da natureza da matéria do recurso é, como é natural, do STF.

O que acaba ocorrendo, como consequência das regras hoje em vigor, é que decisões flagrantemente inconstitucionais ou ilegais transitam em julgado. Até porque, como se sabe, há questões que são simultaneamente, constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional e sob a perspectiva da lei infraconstitucional. Em muitas ocasiões, a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, senão impossível.

Não é incomum que num mesmo processo se interponham dois recursos, porque, de fato, a questão central pode ser analisada sob ambos os pontos de vista, e nenhum dos dois Tribunais Superiores entendem caber-lhe a competência; por outro lado, o que talvez seja ainda pior, casos há que *ambos* os Tribunais decidem e (pasmem!) em sentidos diversos.[12]

Outra série de alterações que representa relevante passo adiante, sob o ângulo da necessidade de que o processo tenha o adequado rendimento, no sentido de que *resolva* efetiva e *inteiramente* o conflito subjacente à demanda, satisfazendo realmente o litigante que demonstrou ter direito, diz respeito ao âmbito da devolutividade dos recursos extraordinário e especial.

Frequentemente ocorre que pedidos sejam formulados perante o Judiciário lastreados em mais de uma causa de pedir. Do mesmo modo, comumente a defesa se baseia em mais de um fundamento.

A causa de pedir é um dos elementos individualizadores da ação ou da demanda. *Grosso modo*, pode-se dizer que a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário.

diu no sentido de ser "extemporânea a apelação interposta na pendência de julgamento dos Embargos de Declaração, ainda que apresentados pela parte contrária ou rejeitados, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação dentro do prazo legal". (STJ, AgRg no REsp 1431138/ES, 2ª T., j. 03.02.2015, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 11.02.2015).

11 "Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça".

12 O STJ firmou entendimento no julgamento dos recursos especiais (STJ, REsp 508.583/PR, 2ª T., j. 16.08.2005, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 12.09.2005; STJ, REsp 751.835/PR, 1ª T., j. 23.08.2005, rel. Min. Jose Delgado, *DJ* 19.09.2005; STJ, REsp 873.503/PR, 2ª T., j. 21.11.2006, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 01.12.2006), no sentindo na impossibilidade de pagamento em dinheiro do vale transporte, sob pena de integralizar base de cálculo da contribuição social. "Se o auxílio-transporte e pago em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei 7.418/1985, o benefício deve ser incluído no salário de contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária e do FGTS". O STF, em julgamento de *leading case* decidiu de forma contrária, afirmando que o pagamento em dinheiro não alteraria a natureza do benefício, não devendo integralizar a base de cálculo da contribuição social (STF, RE 478.410/SP, Pleno, j. 15.12.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 06.02.2012). Mais tarde, STJ reviu o seu posicionamento para adequá-lo ao novo entendimento assentado no julgado proferido pelo STF.

A expressão *causa*, na hipótese, deve ser entendida como *causa eficiente*, i. e, a que nos leva a fazer ou a realizar algo.

Pode-se enxergar certa dose significativa de simetria entre conceitos de *causa de pedir* e *fundamentos da defesa*, o que determina que, pelo menos em parte, o tratamento jurídico que se lhes deva imprimir seja o mesmo.[13]

Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como fundamento da defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Assim é que, nesta medida, o dever de o Judiciário examinar integralmente a ambas as categorias – causas de pedir e fundamentos da defesa – é idêntico, como se verá com mais vagar adiante.

Segundo o ordenamento jurídico em vigor, acolhida uma causa de pedir, o juiz fica dispensado de analisar as demais. Julga procedente a demanda e o recurso que seja eventualmente interposto pelo réu devolve ao Tribunal as demais causas de pedir (CPC/73, art. 515, §§ 1º e 2º). Isto cria a possibilidade de que o Tribunal mantenha a procedência do pedido, com base em outra causa de pedir. Ou acolha a apelação do réu, julgando improcedente a demanda, lastreado num dos fundamentos da defesa. A regra também existe no NCPC (art. 1.013, §§ 1º e 2º).

Já tivemos oportunidade de sustentar[14] que o Tribunal de segundo grau tem dever de dimensões diferenciadas em relação ao juiz de primeira instância, no que tange à tarefa de motivar a decisão de mérito. Esta constatação decorre de que os recursos cabíveis das decisões de primeiro grau têm, à luz do CPC de 73, devolutividade mais ampla que os recursos que cabem de acórdãos dos tribunais de segundo grau.

Portanto, é o próprio sistema de 73 que impõe uma abrangência maior ao dever de fundamentar acórdãos: já que os recursos excepcionais não contam com o efeito devolutivo em sua dimensão vertical, o acórdão há de ser fundamentado de outra forma, mais ampla, pois o Tribunal Superior, de regra, só examina o acórdão recorrido e o recurso, para decidir.

Evidentemente, esta necessidade não existiria, *se os tribunais superiores admitissem certa dose de verticalidade no efeito*

13 Nesse sentido: "Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação de uma tutela jurisdicional" (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295). Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1. 15. ed. São Paulo: RT, 2015, n. 25.2, p. 482) afirmam que o direito de defesa "é o contraposto do direito de ação. Ao réu é assegurado o direito de pleitear um provimento jurisdicional que indefira a pretensão levada pelo autor a juízo. Assim, tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, até certo ponto e em certa medida, têm a mesma natureza, pois ambos representam o direito à tutela jurisdicional".

14 Teresa Arruda Alvim Wambier. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 314.

devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário. Foi exatamente por esta solução que se optou no novo CPC.

Vamos a um exemplo: imagine-se que A impetre mandado de segurança contra o Fisco, afirmando, não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. Mas e a questão (= outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Esta fica sem solução?

Poderiam, alguns, dizer que não tendo sido, aquela causa de pedir, examinada, a ação poderia ser reproposta. Outros, diriam que os autos deveriam retornar à segunda instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir.[15]

O novo Código permite, expressamente que o próprio *Tribunal Superior decida as demais causas de pedir*. Assim como permite expressamente que se analise eventual outro fundamento de defesa. Portanto, se o réu alega pagamento e prescrição, em ação em que lhe é cobrada determinada quantia, e o juiz acolhe o pagamento, julgando improcedente ação, e o Tribunal confirma integralmente esta sentença, segundo o projeto, o Tribunal Superior pode, afastado o pagamento, conhecer da prescrição.[16]

A importância desta solução está em que aquele que tem interesse em que a outra causa de pedir seja analisada pelo Tribunal Superior (ou o outro fundamento da defesa) *não pode recorrer* do acórdão de segundo grau, porque não sucumbiu. Resta-lhe alegar a matéria nas contrarrazões. No sistema em vigor, pode-se objetar no sentido de que o Tribunal não poderia conhecer, porque não teria havido prequestionamento etc.

Por isso é que se engendrou a criativa e malabarística solução do recurso "adesivo

15 Nesse sentido, citamos como exemplo dois acórdãos já comentados por esta autora em outra oportunidade (Teresa Arruda Alvim Wambier. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. cit., p. 316-317; 320): "Duas matérias de defesa. Acatamento pela sentença da primeira, julgando improcedente o pedido. Afastamento pelo tribunal para dar pela procedência. Necessidade de se examinar a segunda matéria. Por força do art. 515, § 2º, CPC/73. Omissão não sanada em declaratórios. Nulidade. Recurso provido. Aplicação do direito à espécie (art. 257, RISTJ). Princípio da instrumentalidade do processo. I – Havendo duas matérias na defesa e tendo o juiz acatado somente a primeira, a apelação interposta transfere ao conhecimento do tribunal da apelação o conhecimento da outra, que deveria ter sido examinada após ultrapassado a anteriormente atacada. II – Nulidade do acórdão dos embargos declaratórios, que silenciou sobre a questão, embora provocada a turma julgadora. III – Em apreço a instrumentalidade do processo e aplicando o direito à espécie (RISTJ, art. 257), anula-se o processo a partir da sentença, inclusive, para ensejar a instrução do feito no primeiro grau e regular prosseguimento após, sem prejuízo do exame, pelas instâncias ordinárias, de todos os aspectos da causa, inclusive o concernente a preliminar de prescrição." (STJ, REsp 95.966/DF, 4ª T., j. 11.11.1996, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 09.12.1996); "Desapropriação indireta. Omissão do tribunal de origem violação ao art. 535, I e II, do CPC/73 – ocorrência – retorno dos autos à instância *a quo*. 1. Ofende o art. 535, II, do CPC/73 o acórdão proferido em sede de embargos de declaração que não enfrenta questão ventilada nas razões de apelação e que não foi objeto de discussão na formação do aresto recorrido. 2. A ausência de manifestação pela instância *a quo* quanto às impugnações ao laudo pericial, que embasou a fixação da indenização pelo desapossamento de área de preservação ambiental situada na Serra do Mar, impõe a nulidade do acórdão recorrido, máxime, porque essa análise é vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ) subtraindo da parte a última oportunidade de atacar essa prova, elemento de convicção nas ações expropriatórias, com violação ao *due process of law*." (STJ, REsp 440.157/SP, 1ª T., j. 07.10.2003, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 28.10.2003).

16 É importante salientar que, no entender de Nelson Nery Jr., já na sistemática atual é possível que os Tribunais Superiores decidam as demais causas de pedir, conforme atesta a própria Súmula 456 do STF ("*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie*"). Segundo o referido autor, esse entendimento também é aplicável ao recurso especial e "Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias". Esclarece, ainda, que "(...) removido o óbice constitucional da *causa decidida* (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o *juízo de cassação* dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, *rever* a causa" (destaques no original) e que, apesar de o reexame de provas não ser viável no juízo de cassação dos RE e REsp, é recorrente no juízo de revisão. (Nelson Nery Jr. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. n. 3.5.1.5, p. 423).

condicional": se, mercê do recurso do Fisco, a prescrição for afastada (ela favorece o contribuinte, então que não pode recorrer imediatamente, porque lhe falta interesse recursal) mas se for... então o contribuinte precisa que seja analisada a questão da (i)legalidade da alíquota. Claro que com isto, o problema da ausência de prequestionamento permanece sem solução.

Mas por que tornar tão complexo o sistema recursal? A complexidade diminui a possibilidade de acesso às instâncias superiores, mas o critério de seleção dos recursos que serão analisados no mérito não é legítimo. A seleção dos recursos que devem ser julgados pelas instâncias superiores deve ser feita, evidentemente, pelo menos *predominantemente*, à luz do critério relevância da matéria, grau de ofensa ao direito objetivo.

O NCPC abertamente procurou desmanchar as "armadilhas" do sistema recursal brasileiro. Esta é uma delas: a do "recurso adesivo condicional". Basta que se lembre do antes mencionado art. 1.029, § 3º, que desencoraja a jurisprudência defensiva, pois lá se diz que motivos de inadmissibilidade desprovidos de maior gravidade devem ser desconsiderados ou, se for o caso, corrigidos: o mérito do recurso deve ser analisado!

Com o regime criado pelo NCPC, sucintamente descrito acima, pretende-se justamente que aquele processo em que foram cumuladas ações (= causas de pedir) ou em que a defesa tinha vários fundamentos, resolva *de vez e amplamente* a controvérsia subjacente àquela ação. *Sem entraves, surpresas, armadilhas. Certamente não são essas as armas corretas contra o excesso de processos ou de recursos.* São expedientes pontuais, paliativos, e todos, a bem da verdade, com certo ranço de inconstitucionalidade.

Outra preocupação que esteve presente durante os trabalhos da comissão, nomeada pelo Senado, para se ocupar do projeto de lei para um novo CPC e dos demais grupos de juristas que se ocuparam de aprimorar o projeto, foi a de criar condições para que a *jurisprudência* seja mais *uniforme* e, consequentemente, tenha mais *força e autoridade, cultural e socialmente reconhecida*.[17]

Somos um país de *civil law*. Portanto, se, de um lado, como regra, decisões judiciais não determinam o modo como os demais juízes devam decidir, de outro lado, é natural que a jurisprudência dos Tribunais Superiores oriente as dos demais tribunais do país e as de juízos de primeiro grau. Não deveria ser necessário que se criassem hipóteses de vinculação, no sentido mais rigoroso do termo, já que a função do STF, julgando recursos extraordinários é *dizer o que a Constituição Federal diz*; e a função do STJ, ao julgar recursos especiais, dá a *interpretação "oficial" da lei federal*, que deve prevalecer.

Por isso o NCPC "incentiva", por meio de muitos dispositivos, que se *prestigie* a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Exemplo de dispositivo que consagra esta intenção é o art. 1.040, §§ 1º e 2º. Caso haja tese firmada, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, contrária a pleito feito valer por meio de ação que ainda esteja no 1º grau de jurisdição, a parte poderá desistir da ação, ficando isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência se a desistência ocorrer

17 Na sistemática processual vigente já se identificavam esforços nesse sentido de valorizar a jurisprudência e buscar a observância aos precedentes jurisprudenciais, como, por exemplo, os incidentes de uniformização de jurisprudência previstos nos arts. 476 e 555, § 1º do CPC/73, o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, e, em especial, a súmula vinculante, criada pela EC 45/2004, que acrescentou o art. 103-C à CF/1988 (cf. Teresa Arruda Alvim Wambier. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, vol. 893/2010, p. 33-45, mar./2010; também publicado na coletânea *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 1, p. 1347-1359, out./2010; Luiz Rodrigues Wambier et. al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 113 e ss. e 333-338; Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, vol. 191/2011, p. 187-197, jan./2011; também publicado na coletânea *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 7, p. 987-997, out./2011).

antes do oferecimento da contestação.[18] Esta possibilidade evita que se chegue ao fim um processo, cujo resultado é previsível.

A percepção que a sociedade tem do fato de haver jurisprudência divergente sobre casos idênticos e sobre as mudanças bruscas de entendimento dos tribunais superiores, que é extremamente negativa, levou a que se criassem no novo CPC três hipóteses em que precedentes, proferidos em situações especiais, são vinculantes no sentido forte, ou seja, comportam reclamação (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recurso Especial e Recurso Extraordinário repetitivos, e assunção de competência). A opção do legislador visa a: (i) corrigir a inconstitucionalidade consistente na indisfarçável ofensa à segurança jurídica, à isonomia (ii) imprimir maior racionalidade à atividade do Judiciário.

Qualquer inconstitucionalidade que possa ser vislumbrada no fato de haver esta espécie de vinculação de decisão do próprio Judiciário, com certeza é marcadamente menos grave do que a acima apontada sob (i). É uma questão, portanto, de ponderação.

As hipóteses de embargos de divergência foram bastante ampliadas, e no art. 1.043 do NCPC deu-se ênfase ao requisito de cabimento deste recurso, que se liga à sua razão de ser: haver *divergências de entendimento quanto a teses jurídicas, dentro de um mesmo Tribunal Superior*. Pouco importa, portanto, o "veículo", assim como não interessa se as decisões colocadas lado a lado são relativas ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito do recurso: o que interessa é que em ambas, tenham-se adotado *entendimentos diferentes a respeito da mesma tese jurídica*. Segundo este dispositivo, podem-se contrastar decisões também caso uma delas tenha sido proferida em ação de competência originária e a outra, em julgamento de recurso.

Como se sabe, os embargos de divergência são recurso cujo objetivo é promover a uniformização da jurisprudência de Tribunais Superiores *interna corporis*. Trata-se, portanto, de um recurso que reforça o sentido e a razão de ser dos Tribunais Superiores: eles só são *legítimos*, se cumprem sua função, que não é cumprida adequadamente se eles se transformarem em tribunais de dissidências *internas*. Logo, é recurso que deve ser visto com bons olhos pelos tribunais, até porque tem como "efeito colateral" evitar a interposição de muitos outros recursos.

O CPC de 73 contém dispositivo que sofreu alterações nas últimas reformas pelas quais passou o CPC em vigor. No novo Código, as normas que hoje estão no art. 557 do CPC/73, dispositivo em que ainda se faz alusão ao vago critério da *jurisprudência dominante*, estão no art. 932 do NCPC. Neste dispositivo, se cuida de distinguir *negar seguimento* (art. 932, III) de *negar provimento* (art. 932, IV) separando-se adequadamente o juízo de mérito dos recursos.

E o critério, capaz de gerar tantos problemas, consistente na *jurisprudência dominante* foi substituído por *súmula* (do STF, do STJ ou do próprio tribunal); acórdão proferido pelo STJ e pelo STF em julgamento de *recursos repetitivos* ou em *assunção de competência*.

O art. 932 do NCPC se encontra inserido no capítulo que diz respeito à ordem dos processos no Tribunal.

Esta circunstância indica com veemência tratar-se de dispositivo que se aplica a qualquer recurso. Para o leitor mais experiente, tem sentido a observação, já que a versão originária do art. 557 do CPC/73 dizia respeito exclusivamente ao recurso de agravo.

Ao mesmo tempo, os dispositivos antes mencionados privilegiam a celeridade processual e, na medida em que a jurisprudência sumulada (ainda que de súmula vinculante não

18 "Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...) § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência. (...)".

se trate) pode efetivamente desestimular o ato de recorrer. Com isso, pretendemos significar que a inexorabilidade da permanência da decisão daquele teor, apesar da interposição do recurso, tende a desestimular seu uso.

Não houve drástica supressão de recursos. Desapareceram apenas os embargos infringentes e o agravo retido.

O agravo retido desapareceu, e, correlatamente, alterou-se o regime de preclusões no primeiro grau de jurisdição. Trata-se de recurso cuja principal função é de obstar a preclusão e que embora tenha prazo para ser interposto, só é julgado como preliminar de apelação, se e quando houver apelação a ser julgada. Portanto, de rigor, a alteração que houve não é relevante: no novo regime, estas questões *também serão decididas quando do julgamento da apelação*. Ficou mais confortável, isto sim, a situação da parte, que não precisa recorrer. E tem hoje, como terá à luz do novo Código, que esperar até o momento do julgamento da apelação, para ver estas questões decididas pelo Tribunal (preclusão).

Como se disse, os embargos infringentes também desapareceram. O dever que se criou, para aquele que vota vencido, no sentido de declarar seu voto, foi o contraponto.

Não foi, como poderia parecer ao intérprete mais açodado, o art. 942 do NCPC que cria uma hipótese de ampliação da colegialidade.

Explicamos a seguir os porquês.

O voto vencido, que deve ser necessariamente declarado, será considerado parte do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento (art. 941, § 3º, do NCPC).

Os elementos que interessam ao recorrente, para lograr seja admitido o recurso especial e, em certos casos, até o extraordinário, às vezes estão justamente no voto vencido.

No sistema de 73, como se sabe, mesmo que não haja unanimidade na votação quando do julgamento da apelação, *nem sempre são interponíveis os embargos infringentes*.

Para que o acórdão que julga a apelação seja impugnável por embargos infringentes é necessário que se tenha dado provimento ao recurso. Diz a lei: "quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito".

Isto significa, assim, que sendo o acórdão no mesmo sentido que a sentença, ainda que o julgamento da apelação não seja fruto de unanimidade, fica-se sem a possibilidade de embargar infringentemente. E não se tem como fazer constar do acórdão, por exemplo, eventual prequestionamento que conste do voto vencido ou, ainda, descrição dos fatos que permita que se perceba que, no acórdão, aplicou-se à situação fática subjacente à demanda dispositivo legal diferente daquele que foi aplicado.

Os embargos infringentes, mesmo quando não proporcionam ao recorrente a alteração da decisão impugnada, fazem com que o voto vencido de certo modo "apareça" na versão final do acórdão, ampliando a viabilidade da interposição e do provimento de recurso especial.

Este objetivo fica plenamente atendido com o dever, que o NCPC prevê, no sentido de que se declare o voto vencido e com a regra de que este voto há de ser considerado parte do acórdão, inclusive para efeito de prequestionamento.[19]

Veja-se que, no sistema de 73, nos casos em que a lei considera incabíveis os embargos infringentes, a parte fica privada do recurso o que significa que (a) a decisão não pode ser alterada por esta via (b) nem mesmo constarão do acórdão elementos suficientes para que a parte possa obter a alteração da decisão pela via do recurso especial.

No regime do novo Código, em caso algum fica a parte privada do efeito descrito acima, sob (b).

19 Hoje, a teor da Súmula n. 320 do STJ, é pacífico o entendimento de que "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

Ademais, cedendo ao clamor geral da sociedade, e ao dos operadores do direito em geral, suprime-se um recurso. Com isto, se espera tenha-se dado uma contribuição, ainda que diminuta, a que os processos sejam mais "curtos", sem prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional. Aliás, é imperioso salientar que a qualidade da prestação jurisdicional não depende necessariamente da quantidade de recursos cabíveis.

Já o instituto previsto no art. 942 do NCPC pode gerar mudança de rumo do julgamento, o que se aproxima do item (a) acima.

Referência bibliográfica

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

ARRUDA ALVIM, Thereza Celina. *As questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Milão: Cedam, 1994. vol. I.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CONSOLO, Claudio. *Le tutele*. Bolonha: Cisalpino, 1998, t. I.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., volume III. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milão: Cedam, 1995. vol. I.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. da 25. ed. alemã por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, volume III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 1. 15. ed. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, vol. 893/2010, p. 33-45, mar./2010; *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 1, p. 1347-1359, out./2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed.. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, vol. 191/2011, p. 187-197, jan./2011; *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 7, p. 987-997, out./2011.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZACLIS, Lionel. Cumulação eventual de pedidos e jurisprudência do STJ. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2002.

Jurisprudência

Direito Administrativo

APELAÇÃO CÍVEL
0008390-26.2012.4.03.6108
(2012.61.08.008390-3)

Apelante: VIASEG MONITORIA 24HS LTDA.
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 2072448
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. GARANTIA. CONDIÇÃO PREVISTA NO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

1. A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, por parte daqueles que afluem à disputa.

2. Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo.

3. *In casu*, pretende-se afastar condição prevista em edital de licitação consistente na prestação da garantia de execução do contrato equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de vinte e quatro meses.

4. O art. 56, § 2º, da Lei 8.666/93 autoriza a exigência da garantia tal como solicitada no edital, ou seja, sobre o valor do contrato.

5. A alteração do valor da garantia contratual após o aperfeiçoamento da licitação, como observado pelo juiz singular, "representaria grave afronta à leal concorrência, pois não foi conferida aos demais licitantes a possibilidade de apresentar suas propostas excluindo o preço correspondente às unidades da CEF ainda inauguradas."

6. Honorários advocatícios mantidos, nos termos da sentença.

7. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta com o objetivo de obter a declaração de nulidade da exigência de garantia no valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato de prestação de serviços firmados com a ré.

Requer, ainda, a fixação em 5% do montante em execução do contrato, no valor máximo de R$ 316.329,65 (trezentos e dezesseis mil, trezentos e vinte e nove reais e sessenta e cinco centavos), o valor da garantia referente ao período de vigência inicial do contrato.

Sustenta a autora ser vencedora do Pregão Eletrônico nº 068-7063/2012 para a prestação de serviços de instalação e locação e sistemas de alarmes em unidades da CEF localizadas no interior de São Paulo.

Narra ter sido compelida a incluir na proposta de preço serviço a ser realizado em quatrocentas e seis agências bancárias já existentes e, ainda, em outras duzentas e dezessete a serem inauguradas.

Afirma que, após a conclusão do certame, foi convocada para assinatura do contrato, sendo exigida a garantia de 5% (cinco por cento) do valor estimado no instrumento, ou seja, R$ 545.299,97 (quinhentos e quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos), computando-se neste preço os serviços a serem prestados em agências por inaugurar.

Alega a autora ser excessivo o montante exigido como garantia, por não corresponder à realidade econômica do contrato e afrontar ao limite estabelecido no art. 56, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Atribuiu-se à causa o valor de R$ 316.329,65.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido.

Citada, a Caixa Econômica Federal contestou o feito, manifestando-se a autora acerca da defesa apresentada.

Informaram as partes não ter outras provas a serem produzidas.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em apelação, a autora pleiteou a improcedência do pedido ou, ao menos, a redução da verba honorária.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

A polêmica central do presente feito situa-se em torno da verificação da possibilidade de alteração do valor da garantia contratual posteriormente ao aperfeiçoamento de licitação.

A teor do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital constitui norma inderrogável do certame, cujos contornos não podem ser infringidos pela Administração Pública e, tampouco, por parte daqueles que afluem à disputa.

Ao se credenciar, o licitante anui às exigências contidas no edital, sujeitando-se a todos os seus comandos, inclusive às penalidades e responsabilidades expressamente consignadas em seu corpo, ônus que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato administrativo.

A respeito do tema, oportuna a lição de Marçal Justen Filho, cujas palavras peço vênia para reproduzir:

> Cada parte do contrato administrativo tem o dever de cumprir suas prestações na forma, no tempo de no lugar previstos no contrato. Como já apontado, aplica-se a regra do *dies interpellat pro homine*, sendo desnecessário um ato formal para constituição em mora do devedor inadimplente. A inexecução contratual acarreta as consequências discriminadas na lei, no ato convocatório e no contrato.
> O inadimplemento contratual autoriza, conforme o caso, a responsabilização civil, penal e administrativa dos sujeitos responsáveis.
> (*in Curso de Direito Administrativo* - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 368)

A Caixa Econômica Federal realizou licitação, na modalidade de pregão eletrônico, com o objetivo de contratar empresa especializada na prestação de serviços de instalação e locação e sistemas de alarmes em suas unidades localizadas no interior de São Paulo, sendo certo que a Viaseg Monitoria 24HS Ltda. ofereceu a melhor proposta e sagrou-se vencedora do certame.

Pretende a autora afastar condição prevista no edital para a assinatura do contrato consistente na garantia de execução do concurso equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de vinte e quatro meses.

Assim dispõe o edital do pregão eletrônico nº 068-7063/2012, no tópico em que interessa ao feito:

> 14. DA GARANTIA CONTRATUAL
> 14.1. O vencedor da licitação prestará garantia da execução do contrato, equivalente a 5% (cinco por cento) do valor global contratado, para o período de 24 (vinte e quatro) meses;

Conforme se infere, o edital é claro quanto à exigência de apresentação de garantia, no *percentual de 5% sobre o valor total contratado*, sendo requisito para assinatura do contrato, nos termos do item 14.2 do edital.

Por seu turno, dispõe o artigo 56, § 2º, da Lei nº 8.666/1993:

> Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.
> [...]
> § 2º. A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

Referido dispositivo legal autoriza a exigência da garantia na forma em que solicitada

pela instituição financeira, ou seja, sobre o valor do contrato.

A alteração do valor da garantia contratual após o aperfeiçoamento da licitação, como observado pelo juiz singular, "representaria grave afronta à leal concorrência, pois não foi conferida aos demais licitantes a possibilidade de apresentar suas propostas excluindo o preço correspondente às unidades da CEF ainda inauguradas."

Oportuno destacar os ponderados argumentos apresentados pela Caixa Econômica Federal quanto à alteração do valor da garantia, nos termos em que ora postuladas pela autora:

> Admitir alterações no valor da garantia contratual neste momento significa atribuir vantagem desleal a essa empresa, vez que a regra não contestada durante a licitação serviu de base para a elaboração das propostas de todas as licitantes.
> Ainda, adotar a garantia contratual correspondente ao valor inicial do contrato implicaria na obrigatoriedade de atualização da mesma a cada nova Unidade, inaugurada ou serviço de acréscimo/remanejamento. (fl. 106).

Na hipótese em exame, considerando-se o valor atribuído à causa (R$ 316.329,65), os honorários advocatícios, fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), não se mostram exorbitantes.

Com efeito, o magistrado condenou a autora ao pagamento de honorários em valor certo, inferior ao previsto para as ações declaratórias, não tendo a Caixa Econômica Federal se insurgido contra a sentença.

Destarte, mantida a condenação da autora ao pagamento de verba honorária fixada em R$ 10.000,00, (dez mil reais), valor que não ultrapassa os 10% sobre o valor da causa, tampouco o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme entendimento esposado pela Sexta Turma deste Tribunal. Confira-se:

> PROCESSO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO SEM MÉRITO - VERBA HONORÁRIA MAJORADA - APELO PROVIDO.
> 1. Os honorários advocatícios devem ser majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, limitados a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados a partir da data deste julgamento, em conformidade com a Resolução nº 134 de 21/12/2010 do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento desta Sexta Turma (v.g. AC nº 2008.61.03.000753-7, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 03.02.2011, DJF3 CJ1 de 09.02.2011, p. 224), levando-se em consideração o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a complexidade da causa, e à luz dos critérios apontados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.
> 2. Apelo provido.
> (TRF3, AC 0012736-74.1994.4.03.6100, relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, e-DJF3 Judicial 1: 02/08/2013)

> 9. De acordo com o § 4º, art. 20, do Código de Processo Civil, nas causas, dentre outras, em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixadas consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa.
> 10. Mantida a r. sentença que, acertadamente fixou a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, tendo em vista o trabalho despendido pelo autor, bem como a natureza e o valor atribuído à causa e consoante entendimento desta E. Sexta Turma.
> [...]
> (TRF3, AC 0002100-10.2008.4.03.6116, relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 Judicial 1: 12/04/2012)

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ITR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA.

I- 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 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.

II- A decisão monocrática está em absoluta consonância com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

III - Tratando-se de demanda em que o Autor objetivava a anulação de débito fiscal, de rigor sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, à luz do § 4º, do art. 20, do CPC, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado em consonância com a Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento da 6ª Turma desta Corte, para as ações declaratórias em geral (v.g. AC nº 0061914-55.1995.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 30.09.10, v.u., DJF3 08.10.10, p. 1114).

IV - Inexistência de elementos novos capazes de modificar o entendimento adotado por esta Relatora no momento em que proferida a decisão monocrática.

V - Agravo Legal improvido.

(TRF3, APELREEX 0001331-28.2010.4.03.6117, relatora Desembargadora Federal Regina Costa, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 20/09/2012)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA
0022962-75.2012.4.03.0000
(2012.03.00.022962-3)

Impetrante: DAVI GUIMARÃES E GARCIA DE CARVALHO
Impetrado: PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
Litisconsortes Passivos: UNIÃO FEDERAL, VANESSA FAGUNDES DOS SANTOS, FABIANA DA SILVA CHIARELLI SAID E OUTROS(AS)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: MS 339023
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2016

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS. CONVOCAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS E APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA.
- Conforme disposto no Capítulo XV do Edital de Abertura do concurso público para cargos do quadro permanente de pessoal desta Corte e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, item 1, o provimento dos cargos fica sempre "a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório", prescrevendo o subitem 1.1 que "A Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região reserva-se o direito de proceder às nomeações em número que atenda ao interesse e às necessidades do serviço, de acordo com a disponibilidade orçamentária e o número de vagas existentes".
- Inexiste direito subjetivo à nomeação do candidato simplesmente porque convocado para a realização de exames admissionais, ou até mesmo diante de providências outras como a apresentação de documentos e preenchimento de material intitulado kit-nomeação, procedimentos que vão ao encontro do previsto na normatização que rege o processo de escolha em questão.
- O candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito a ser nomeado, na hipótese de a sua classificação ter excedido o número de vagas previstas no edital.
- A pretensão do *writ* também não pode ser atendida em razão da ausência de vagas suficientes na Unidade Administrativa de Campinas, consoante destacado nas informações prestadas pela autoridade impetrada, que mencionou, com detalhes, as vagas preenchidas, demonstrando a inexistência de vaga de Analista Judiciário - Área Judiciária capaz de atender à demanda do impetrante, 42º colocado da lista regional, e 397ª colocado na lista geral, ou mesmo dos litisconsortes citados.
- Quanto às 11 (onze) vagas de Analista Judiciário, que *"originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/2009, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014"*, e que competia "ao Conse-

lho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que foi efetuado por meio da Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado", as 5 (cinco) vagas reclamadas pelo impetrante seriam preenchidas apenas em 2013, com a instalação de 3 (três) Varas Federais nesse ano, e em 2014, com a instalação de 1 (uma) Vara Federal na Unidade Administrativa de Campinas.

- Ausentes cargos a serem preenchidos, em condições de receber nomeação, quando transcorreram os dois anos da prorrogação do prazo do concurso, a impetração não tem como ser acolhida, quer seja em relação à pretensão do impetrante, quer seja quanto aos demais litisconsortes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora).

São Paulo, 09 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Mandado de segurança impetrado por Davi Guimarães e Garcia de Carvalho em 31 de julho de 2012 contra ato do Desembargador Federal Presidente desta Corte, o qual, segundo alega, no âmbito de concurso público para provimento de cargos dos Quadros Permanentes de Pessoal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, realizado no ano de 2007, ao final do certame deixou de nomeá-lo para o cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária.

Narra, o impetrante, ter se classificado em 42º lugar entre os candidatos inscritos e aprovados para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Unidade Administrativa de Campinas. Que, tendo em vista a existência de apenas uma vaga para a Unidade Administrativa de Campinas, aguardou a sua nomeação "à medida que os cargos viessem a vagar ou fossem criados durante o prazo de validade do concurso, nos termos do Edital". Que, em dezembro de 2010, foi chamado "para a realização de exames admissionais 'destinados ao provimento de vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região'".

Afirma que foi considerado apto em relação aos exames médicos, psicotécnicos e psicológicos e, ainda, ter recebido "uma lista na qual constavam 31 (trinta e um) documentos relacionados para a posse", como, por exemplo, fotografia, currículo e certidões pessoais diversas. Embora tenha entregue tais documentos, não teve sua nomeação publicada no Diário Oficial da União.

Sustenta, em apertada síntese, que "no Edital de Abertura os exames admissionais estão tratados no capítulo que disciplina os procedimentos para o provimento do cargo - antecedidos pelos capítulos que tratam do julgamento das provas objetivas e discursivas, classificação dos candidatos, divulgação do resultado e dos recursos - evidenciando, de modo inconteste, ser a convocação para a realização dos exames o procedimento prévio para a efetiva nomeação dos

candidatos, que abrange apenas os candidatos aprovados em relação aos quais a Administração demonstra necessidade de nomeação", pois, afinal, "a convocação para exames admissionais não é mais uma fase do concurso, como quer fazer crer o Impetrado, mas sim procedimento prévio ao efetivo provimento das vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região" (fls. 07/08).

Alega que "o Princípio da Legalidade impõe à Administração Pública a vinculação de seus atos às normas legais, sendo o edital elemento de observância obrigatória tanto para os candidatos que desejam ingressar no serviço público, como para a Administração Pública que deseja contratar os mais qualificados" (fl. 08).

Que "a convocação para os exames significa incontestável início do procedimento de admissão, tanto que recebe o nome de 'exames ADMISSIONAIS'. Não sem razão o item 1.1.1 do edital de abertura do concurso fala em 'convocações preliminares à nomeação'" (fl. 10); que "a mera expectativa de direito se convola em direito subjetivo à nomeação, se a administração demonstra inequívoca intenção de prover a vaga" (fl. 19), pois apenas alguns candidatos aprovados no certame, dentre os quais o impetrante, foram convocados para os exames admissionais; e que "o sítio eletrônico do TRF, no link transparência, informava a existência de sessenta e cinco vagas em aberto no mês de maio de 2011, para o cargo de analista judiciário", demonstrando que existiam vagas ociosas e aptas a serem providas (fl. 21).

Conclui, dessa forma, ser "de todo ilegal, convocar para exames médicos o candidato, ora Impetrante, solicitar dele que providencie mais de trinta documentos e/ou certidões, alertando-o de que tudo deve ser feito com altíssimo grau de brevidade, para após mais um ano, expirado o prazo fatal de validade do certame, não concretizar a sua nomeação", porquanto "o Estado não pode brincar com o cidadão" (fl. 22).

Que "o direito líquido e certo não advém do direito subjetivo à nomeação do aprovado dentro do número de vagas oferecida no certame, conforme já estabeleceu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas do ato da Administração Pública consubstanciado no Edital nº 41/2010 - SULD/NUAF, de 06 de dezembro de 2010, que convocou o Impetrante para comparecer na Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo para a realização de exames admissionais 'destinado ao provimento de vagas nos Quadros Permanentes de Pessoal da Justiça Federal da 3ª Região', determinando, inclusive, a apresentação de diversos documentos e exames" (fl. 23).

Assim, "a publicação desse edital faz crer que há cargos vagos e que a Administração necessita supri-los. Mais do que isto, demonstrou o efetivo interesse da Administração na nomeação dos convocados, exigindo-lhes a apresentação de diversos exames e documentos, incluindo a entrega de foto para a confecção de carteira funcional. Em outras palavras, a Administração obriga-se a investir o Impetrante no cargo público a partir da publicação desse instrumento convocatório, pois vinculada ao motivo do ato" (fl. 23).

Requer "lhe seja concedida a MEDIDA LIMINAR, inaudita altera parte, para determinar a imediata nomeação do convocado para o cargo para o qual fora considerado apto em procedimentos preliminares à nomeação e posteriores, portanto, às fases do concurso para o qual fora aprovado", e, ao final, "concedida a SEGURANÇA, para determinar que a autoridade coatora nomeie, em definitivo, o Impetrante para o cargo de analista judiciário, área judiciária, para a Unidade Administrativa de Campinas" (fl. 26).

Informações solicitadas à autoridade impetrada (fl. 92) e encartadas às fls. 95/106 (docs. às fls. 107/176), de lá extraindo-se conclusão no sentido de que "a inexistência de claros de lotação na Unidade Administrativa de Campinas não permitiria a nomeação da impetrante

sem que isso, ademais, significasse a subversão da ordem classificatória, vedada pelo artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal, haja vista que restariam ainda 09 (nove) candidatos aprovados em melhor posição".

Expedido o necessário à integração dos demais colegitimados, em atendimento à determinação de fl. 178 – "Providencie o impetrante a citação dos litisconsortes Eduardo Marcondes Riqueza, Marina Calille Sanches, Ariadne Bakri, Sandra Vilma da Silva Conceição, Elvira Becker Tagliarini, Francisco de Paula Vitor Santos Pereira, Fabiana da Silva Chiarelli Said, Maria Gisela Batista Okida e Vanessa Fagundes dos Santos, no prazo de 15 (quinze) dias."-, Vanessa Fagundes dos Santos, citada regularmente (fl. 210), peticionou informando que "é também impetrante de mandado de segurança registrado sob nº 2012.03.00.016011-8, autuado em 28/05/2012, visando sua nomeação para analista judiciário no polo de Campinas, referente ao mesmo concurso objeto destes autos" (fls. 212/213).

Decisão às fls. 261/263vº, determinando a redistribuição do presente *writ* "por dependência ao Mandado de Segurança de reg. nº 0016011-65.2012.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, obedecendo-se ao critério da prevenção, a teor do disposto no artigo 15, *caput* e § 1º, do Regimento Interno desta Corte".

Redistribuídos os autos (fl. 316), acabou suscitado "conflito de competência a ser dirimido pelo E. Órgão Especial" (fls. 317/319vº).

Despachos às fls. 326 e 343, proferidos pelo Desembargador Federal Fábio Prieto, Relator à ocasião do conflito de competência, designando "a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (artigo 120, do Código de Processo Civil)", bem como determinando "a extração integral de cópias do feito", que "autuem-se as cópias como conflito de competência" e que "o Mandado de Segurança deverá ser encaminhado à Desembargadora Federal designada para medidas urgentes".

Os litisconsortes Sandra Vilma da Silva Conceição, Eduardo Marcondes Riqueza, Elvira Becker Tagliarini, Fabiana da Silva Chiarelli Said, Maria Gisela Batista Okida, Ariadne Bakri e Marina Calille Sanches foram regularmente citados (fls. 207, 304, 306, 307vº, 399 e 423), sendo que Fabiana da Silva Chiarelli Said peticionou para integrar a lide (pólo ativo), "reiterando todos os termos e requerimentos da exordial" (fl. 320), e Ariadne Bakri requereu "o ingresso da Peticionária para integrar o polo ativo da presente ação" e, ao final, "CONCEDIDA A SEGURANÇA, para determinar que a Autoridade Coatora nomeie, em definitivo, pelo menos 5 (cinco) dos próximos classificados, incluindo-se a Peticionária" (fls. 401/405).

Parecer da Procuradoria Regional da República às fls. 469/474, assim sintetizado:

> (...) tendo em vista que a realização de exames admissionais configura mera expectativa de direito à nomeação, o que se pretende dizer é que *há direito subjetivo à nomeação dos cinco candidatos melhor classificados, o que não abrange todos os candidatos que integram a presente lide*.
> Desse modo, no caso concreto, possuem direito subjetivo à nomeação os candidatos Eduardo Marcondes Riqueza (33º colocado), Marina Calille Sanches (34ª colocada), Ariadne Bakri (35ª colocada), Sandra Vilma da Silva Conceição (36ª colocada) e Elvira Becker Tagliarini (37ª colocada).
> Por todo o exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão parcial da segurança, nos termos acima expostos.

O litisconsorte Francisco de Paula Vitor Santos Pereira, citado por edital (fls. 523/534vº),

deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para manifestação (certidão de fl. 525).

Pedido de liminar indeferido às fls. 526/528.

Às fls. 529/535, juntada cópia do inteiro teor do acórdão proferido pelo Órgão Especial nos autos do Conflito de Competência de reg. nº 2013.03.00.006012-8, que, em 26.11.2014, decidiu competir a esta desembargadora relatar o presente feito.

Manifestação da União Federal (artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009) às fls. 548/549.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Sem sucesso a pretensão aqui desenvolvida, sendo de rigor, no exame das razões que motivaram a insurgência pela via mandamental, a aplicação dos fundamentos trazidos na decisão de fls. 526/528, à ocasião do indeferimento do pedido de liminar constante da inicial do mandado de segurança, formulado para o fim de ver alcançada "a imediata nomeação do convocado para o cargo para o qual fora considerado apto em procedimentos preliminares à nomeação e posteriores, portanto, às fases do concurso para o qual fora aprovado" (fl. 26).

Confira-se, a propósito, *in verbis*:

> Em discussão, concurso público para cargos do quadro permanente de pessoal desta Corte e das Seções Judiciárias dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, cujo provimento, conforme disposto no Capítulo XV do Edital de Abertura, item 1, fica sempre "a critério da Administração de cada órgão e se realizará por ato da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação dos candidatos habilitados por Unidade Administrativa de Classificação/Cidade de Prova/Cargo, *desde que considerados aptos nos exames admissionais, em inspeção de saúde física e mental, de caráter eliminatório*, a serem realizados por profissionais do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região e/ou profissionais especializados, credenciados pela Administração dos referidos Órgãos", prescrevendo, ainda, o subitem 1.1, que "A Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 3ª Região reserva-se o direito de *proceder às nomeações em número que atenda ao interesse e às necessidades do serviço, de acordo com a disponibilidade orçamentária e o número de vagas existentes*".
>
> Logo, por aí já se denota a fragilidade do defendido na impetração, de existência de direito subjetivo à nomeação simplesmente porque convocado para a realização de exames admissionais, ou até mesmo diante de providências outras como a apresentação de documentos e preenchimento de material intitulado kit-nomeação, procedimentos que vão ao encontro do previsto na normatização que rege o processo de escolha em questão, nos termos supra.
>
> A esse respeito, inclusive, de há muito o Órgão Especial já teve a oportunidade de se pronunciar no sentido de que "a convocação para os exames laboratoriais, médico e psicotécnico não têm relação com a nomeação e são, em verdade, requisitos dela"; no caso examinado no procedente, tal como aqui, capítulo "do edital do concurso em que o impetrante foi aprovado explicita que os candidatos habilitados seriam chamados na medida das necessidades do tribunal e teriam de se submeter a avaliação física e psicológica, antes de serem admitidos, e que não haveria segunda chamada ou repetição de exames, em nenhuma hipótese, bem como que o retardamento ou não comparecimento implicariam exclusão automática do concurso, qualquer que fosse o motivo alegado" (Mandado de Segurança 270.415/SP, reg. nº 2005.03.00.066763-4, rel. Desembargador Federal André Nabarrete, j. em 30.7.2008).

Ressalte-se, ademais, que a hipótese ora retratada não se assemelha à situação referida na inicial deste *mandamus*, analisada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, pelas 5ª e 6ª Turmas, dos Recursos em Mandado de Segurança 30.881 (rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 10.5.2010) e 30.110 (rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 5.4.2010), ambos originados do mesmo certame, cuja excepcionalidade decorre de que "a publicação de edital convocando os recorrentes para: "(...) tratarem de assunto relacionado ao processo de nomeação nos respectivos cargos efetivos", determinando, inclusive a apresentação de diversos documentos a esse propósito", veio precedida de outro edital "para ampliar o número de convocados para a 5ª e última fase do certame (curso de treinamento e formação profissional), aproveitando candidatos regularmente aprovados até a 4ª fase, considerando haver candidatos, em condição sub judice, aprovados em todas as fases do certame e não classificados e, ainda, considerando as decisões judiciais exaradas nos processos nº 2007.0032.0581-7 e nº 2005.0009.8949-7 da 1ª e 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, respectivamente, tornam público, no Anexo único, parte integrante deste Edital, a 2ª RECLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS aprovados no concurso público, regulamentado pelo Edital nº 010/2002, publicado no DOE de 30 de outubro de 2002, destinado ao provimento de cargos de Inspetor da Polícia Civil de 1ª Classe".

Acresça-se, ainda, consoante asseverado no bojo das informações encartadas às fls. 95/106 (docs. às fls. 107/176), servindo o argumento a afastar a presença do relevante fundamento em relação ao autor originário da impetração, "que o atendimento ao pleito teria como pressuposto a anterior investidura de outros candidatos com melhor classificação que a obtida pelo impetrante, tanto na lista regional, como na geral, nas quais obteve a 42ª (quadragésima segunda) e a 397ª (tricentésima nonagésima sétima) colocações, respectivamente" (fl. 96, verso), de sorte que "a pretensão veiculada não só carece de sustento jurídico, como seu acolhimento implicaria indevida subversão das listas classificatórias, em afronta ao artigo 37, IV, da Constituição Federal" (fl. 97).

De igual modo, tomando-se em consideração a assertiva constante da manifestação da litisconsorte Ariadne Bakri, segundo a qual "há verdadeira confissão do Impetrado às fls. 103v quanto a pelo menos 5 (cinco) vagas a serem preenchidas" (fl. 402), pelo que, "da lista apresentada às fls. 97, pelo menos os 5 (cinco) primeiros classificados deveriam ter sido nomeados, incluindo-se a ora Peticionária, que figura em terceiro desta lista, classificada na 35ª colocação" (fl. 403), tese endossada inclusive no pronunciamento levado a efeito pela Procuradoria Regional da República (fls. 469/474), válida a menção aos esclarecimentos apresentados pela Administração de que "o preenchimento das varas existentes não depende exclusivamente da criação de novos cargos, mas sim da existência de claros de lotação que justifiquem novas nomeações. Nesse sentido, as informações fornecidas pela Seção Judiciária do Estado de São Paulo, extraídas da "Relação Nominal de Servidores - RHRENM", demonstram a inexistência de claros de lotação naquela Unidade Administrativa a permitir o atendimento da pretensão do impetrante" (fl. 103, verso).

O que significa que, se não existem vagas para preenchimento na Unidade Administrativa de Campinas, não há direito subjetivo que ampare a nomeação de quaisquer dos interessados.

Assim, continua, pois, valendo a orientação clássica de que a aprovação em concurso não dá direito à investidura no cargo. Gera mera expectativa de direito à nomeação. Surge o direito quando a Administração manifesta interesse no provimento da vaga, convocando para nomeação. Direito subjetivo do melhor classificado no concurso, de ser nomeado à frente dos que obtiveram notas inferiores. Salvo, evidentemente, aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 598.099/MS, citado até mesmo no bojo da impetração, circunstância que esse exame para fins da viabilidade da medida de urgência requerida permite concluir inexistente no caso presente.

No sentido do exposto, situações análogas têm sido decididas reiteradamente no âmbito deste colegiado, citando-se, a propósito, à guisa de exemplo:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. Reconhece-se direito subjetivo à nomeação apenas ao candidato aprovado em concurso público classificado dentro do número de vagas previsto no edital, não estando a Administração Pública obrigada a nomear candidato aprovado fora deste número simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. 2. Convocação para exames admissionais que não gera direito à nomeação. Precedentes. 3. Segurança denegada."
(MS 0006345-40.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Peixoto Junior, j. em 9.4.2014)
E outro julgado, em que denegada a ordem mandamental justamente em desfavor de Vanessa Fagundes dos Santos, litisconsorte na presente impetração, abaixo ementado:
"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO AO CARGO. CRIAÇÃO DE VAGAS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. REALIZAÇÃO DE EXAMES ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Confere-se direito subjetivo à nomeação apenas àqueles aprovados no certame em posição classificatória compatível com o número de vagas previsto no edital. 2. O direito à posse dos aprovados no certame em posição classificatória compatível com o número de vagas previstas no edital subsiste somente no período de validade do certame. 3. As únicas hipóteses de exceção à regra de não vinculação da Administração cingem-se à ocorrência de preterição na ordem de classificação dos candidatos, criação de novos concursos enquanto vigente o anterior, ou contratação precária de servidores para as mesmas funções do cargo em que o concurso esteja em andamento, situações essas não presentes na espécie. 4. Ordem de segurança denegada."
(MS 0016011-65.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, j. em 14.11.2012)

A reforçar que o pleito de concessão da segurança é desprovido de melhor sorte, válida a menção à existência de outros julgados deste Órgão Especial, todos no mesmo sentido de que o candidato aprovado em concurso público possui mera expectativa de direito a ser nomeado, na hipótese de a sua classificação ter excedido o número de vagas previstas no edital:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. - A aprovação no limite do número de vagas definido no edital do concurso é que gera o direito subjetivo à nomeação para o cargo. No entanto, relativamente às vagas remanescentes, além daquelas previstas, gera apenas expectativa do direito à nomeação, vez que o interesse do candidato não ultrapassa o poder discricionário da Administração. - Segundo entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de repercussão geral reconhecida no RE 598099/MS, "dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas." (RE 598.099/MS, Plenário, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 10/08/2011). - No caso concreto, as informações prestadas pelo impetrado dão conta que a classificação alcançada pelo impetrante não permitiu sua nomeação dentro do prazo de validade do certame. - Segurança denegada.

(MS 0001600-17.2012.4.03.0000, rel. Desembargadora Federal Marli Ferreira, j. em 10.12.2014)

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA ANALISTA JUDICIÁRIO (EXECUTANTE DE MANDADOS). CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. Além da única vaga contemplada no edital para o cargo de analista judiciário - especialidade execução de mandados - na Subseção Judiciária de Bauru/SP, foram alocadas outras 06 (seis) vagas criadas pela Lei 12.011/2009 (Resoluções nº 443 e 446 do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região), razão pela qual, tendo sido o impetrante classificado na 12ª posição, não tem ele direito subjetivo à nomeação. 2. O Plenário do STF, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou jurisprudência no sentido de quem possui direito subjetivo à nomeação apenas o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. Outros precedentes: ARE 675202 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013 - AI 574052 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2013 PUBLIC 24-04-2013 - RMS 28911, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012. 3. Nesta Corte Especial é esse o entendimento que viceja, conforme precedentes há pouco tempo votados: TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, MS 0022634-48.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 28/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/09/2013 - ORGÃO ESPECIAL, MS 0010155-23.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 10/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/08/2013 - ORGÃO ESPECIAL, MS 0034067-83.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 09/01/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/03/2013. 4. Segurança denegada, sem encargos de sucumbência.
(MS 0002053-12.2012.4.03.0000, rel. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, j. em 13.11.2013)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS VAGAS DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. - Mandado de segurança impetrado contra ato omissivo da Presidência da Corte, que deixou de nomear a impetrante no cargo de analista judiciário - área judiciária do quadro permanente de pessoal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em virtude de sua participação em concurso público realizado em 2007, com prazo de validade, após prorrogação, expirado em 02.04.2012. - Não se verifica na hipótese a presença do direito líquido e certo alegado, à míngua de demonstração da possibilidade de nomeação da impetrante, seja a partir da lista geral, seja com base na lista regional. - Conforme informações da autoridade impetrada, nenhuma das vagas surgidas após a realização do concurso poderia ser reivindicada pela impetrante, pois, caso tivessem efetivamente de ser preenchidas por candidatos habilitados no referido concurso, deveriam sê-lo por outros melhor classificados do que ela. - Ainda que assim não fosse, mesmo se houvesse de fato na ocasião do encerramento do concurso vagas em quantidade compatível com a sua colocação nas listas classificatórias, a impetrante não teria direito subjetivo à nomeação, posto ter sido aprovada muito além do número de vagas previsto no Edital. - Em sede de repercussão geral suscitada no RE nº 598099/MS, o C. STF reconheceu o direito de nomeação de candidatos aprovados em concurso público, quando classificados dentro do número de vagas previsto no edital, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Na mesma ocasião, em contrapar-

tida, restou assentada a orientação de que a aprovação do candidato em posição situada fora do total das vagas previstas no edital não gera direito subjetivo à nomeação. - No caso dos autos, a impetrante concorreu ao cargo de analista judiciário - área judiciária e optou no ato de inscrição por disputá-lo na Unidade Administrativa de Ribeirão Preto/SP, onde o Edital ofereceu uma única vaga no cargo pretendido. Em vista da classificação obtida no certame (45º lugar na lista regional da unidade administrativa - Ribeirão Preto/SP, e 319º lugar na lista geral), não conquistou ela o direito subjetivo à nomeação, mas, tão somente, mera expectativa de direito, que só poderia converter-se em efetivo direito subjetivo na presença de hipóteses excepcionais (preterição na ordem de classificação dos candidatos aprovados, abertura de novo concurso público durante a vigência daquele em que se inscreveu, ou contratação comprovada de pessoal em caráter precário ou temporário para as mesmas funções do cargo público por ela disputado) e, no caso em tela, nenhuma dessas hipóteses ocorreu. Precedentes do STJ. - O simples fato de haver sido a impetrante convocada para os exames admissionais e tê-los realizado também não lhe confere o direito à nomeação vindicada, posto tratar-se de mera providência preparatória e assecuratória do pronto provimento dos cargos eventualmente vacantes antes do fim do certame, com previsão nas regras do Edital, inábil, por si só, a gerar o direito subjetivo alegado na inicial. Precedentes desta Corte. - Segurança denegada.
(MS 0022634-48.2012.4.03.0000, rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. em 28.08.2013)

Não bastasse a força dos precedentes acima transcritos, cumpre salientar a impossibilidade de atendimento à pretensão ora examinada também porque ausentes vagas suficientes na Unidade Administrativa de Campinas, consoante destacado nas informações prestadas pela autoridade impetrada, que menciona, com detalhes, as vagas preenchidas, demonstrando a inexistência de vaga de Analista Judiciário - Área Judiciária capaz de atender à demanda do impetrante, 42º colocado da lista regional, ou mesmo dos litisconsortes citados.

No que diz respeito ao preenchimento de 29 (vinte e nove) vagas na Unidade Administrativa de Campinas, informou a Administração que 12 (doze) vagas "advieram de cargos criados pela Lei nº 10.772/2003 e 6 (seis) de vacâncias do quadro de pessoal. Quanto às outras 11 (onze), originaram-se do disposto na Lei nº 12.011/2009, que criou 230 Varas Federais e respectivos cargos, em todo o território nacional, a serem instaladas até o ano de 2014", competindo "ao Conselho da Justiça Federal a organização e localização de tais varas, o que foi efetuado por meio da Resolução nº 102/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 113/2010 daquele mesmo Colegiado".

Embora tenham sido abertas "16 (dezesseis) novas vagas do cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária, criados pela Lei nº 12.011/09, na Unidade Administrativa de Campinas", foram instaladas, no ano de 2011, apenas 4 (quatro) Varas Federais nessa Unidade Administrativa, correspondentes às últimas 11 (onze) vagas destinadas aos candidatos aprovados no concurso. As 5 (cinco) vagas faltantes, reclamadas pelo impetrante, seriam preenchidas apenas em 2013, com a instalação de 3 (três) Varas Federais nesse ano, e em 2014, com a instalação de 1 (uma) Vara Federal naquela Unidade Administrativa.

Portanto, sem haver cargos a serem preenchidos, em condições de receber nomeação, quando transcorreram os dois anos da prorrogação do prazo do concurso, a impetração não tem como ser acolhida, quer seja em relação à pretensão do impetrante, quer seja quanto aos demais litisconsortes.

Oportuno ressaltar, por último, que o fato o *"Anexo IV - Quantitativo de Cargos Efetivos - Base 31/05/11"* registrar a existência de 65 (sessenta e cinco) cargos vagos de Analista Judiciário (fl. 90) não guarda relevância para o caso, não a ponto de justificar a concessão da

ordem mandamental, justamente porque esses cargos referem-se a toda a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, de nada servindo a fundamentar a alegação de que existiam 5 (cinco) vagas na Unidade Judiciária de Campinas, quando feita a impetração.

Posto isso, denego a segurança.

Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/09).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0020193-89.2015.4.03.0000
(2015.03.00.020193-6)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREF4SP
Agravados: SATURNO APRIGIO DE SOUZA E OUTROS(AS)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 565123
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÃO DE CONSELHO DE CLASSE. PRETENDIDA REAPRESENTAÇÃO DE SOLICITAÇÃO DE "ENVIO DE PROPOSTAS" DE UMA DAS CHAPAS CONCORRENTES, NA CONSEQUÊNCIA DO INDEFERIMENTO DA PROPOSTA ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. NÃO HÁ ESPAÇO PARA O PODER JUDICIÁRIO, DIANTE DA COMPETÊNCIA LEGAL E DA PROIBIÇÃO DE SE PORTAR COMO LEGISLADOR POSITIVO, INTERFERIR NOS PROCESSOS ELEITORAIS ALHEIOS. RECURSO DO CREF PROVIDO.

1. Agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo em face de decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela em ação ordinária para determinar para que o réu ora agravante apreciasse, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o novo conteúdo apresentado pela parte autora em 17/07/2015.

2. Consta dos autos que o requerimento de registro da chapa "Democracia no CREF" foi *deferido* pela Comissão Eleitoral, mas após análise das propostas das chapas eleitorais concorrentes que seria enviada ao colégio eleitoral, foi indeferido o envio da proposta apresentada pela agravada tendo em vista a violação do art. 16, § 3º, inciso VI (veiculação de material impróprio, instruções incorretas, conteúdo considerado vexatório e atentatório à imagem do CREF4/SP, dentre outras irregularidades) do Regimento Eleitoral.

3. Insuperável, na via judicial, o indeferimento administrativo da análise pelo Conselho Profissional de uma "nova" proposta eleitoral da chapa "Democracia no CREF", "nova" proposta que assumiu a feição de uma reapresentação de solicitação de "envio de propostas".

4. Aproveitada a ocasião regimental para ofertar a proposta eleitoral - *ocasião única para todos os interessados* - com a óbvia ciência do que não poderia ser tratado na tal proposta (§ 3º do art. 16 - fl. 58), não se abriu para a chapa "Democracia no CREF" um novo momento para ofertar a proposta - agora "consertada" de seus vícios - mesmo porque os componentes da tal chapa não manifestaram qualquer inconformismo formal contra a rejeição da proposta originária.

5. Não é dado ao Poder Judiciário interferir nos processos eleitorais alheios para "criar" recursos e/ou ocasiões frutíferas para quem quer que seja, sob o pálio do "devido processo legal", de forma a "emendar" regimento eleitoral de conhecimento de todos os interessados e em momento algum impugnado por quem tivesse interesse

em emenda-lo.
6. Ao fazê-lo, o Judiciário rompe com o princípio da isonomia, favorecendo uma certa chapa que teve um momento idêntico ao das demais para se adequar aos rigores do procedimento eleitoral; ao romper com a isonomia chancelando um novo momento só para um concorrente, torna-se legislador positivo, o que o Judiciário não pode ser. Nesse sentido ruma a jurisprudência do STF (RE 867468 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015 - ADO 22, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).
7. Descabe impor ao Conselho Profissional e à Comissão Eleitoral que avalie a nova proposta ofertada pela chapa "Democracia no CREF", até porque não se vislumbra qualquer ofensa ao "devido processo legal" no Regimento Eleitoral de fls. 55/62: a uma, porque a negativa feita pelo agravante não importa em perda da liberdade ou de bens (inc. LIV do art. 5º), a duas, porque a situação "sub examine" se desenrola no cenário de um procedimento eleitoral classista, e não em processo judicial ou administrativo onde existe um acusado (inc. LV do art. 5º).
8. A chapa "Democracia no CREF" não está sendo espoliada de sua liberdade ou de bens, tampouco é acusada de coisa alguma de que deva se defender. Logo, o art. 5º, incs. LIV e LV é ininvocável na espécie. Pelo contrário, a determinação judicial ora guerreada é que acabou por romper a isonomia entre os concorrentes.
9. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de decisão (fls. 21/23) que deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela em ação ordinária para determinar para que o réu ora agravante aprecie, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o *novo conteúdo* apresentado pela parte autora em 17/07/2015, nestes termos:

> Trata-se de ação sob o rito ordinário, na qual a parte autora requer que o réu aprecie o requerimento de reapresentação de propostas para envio aos profissionais, bem como informe os endereços eletrônicos e físicos de todos os profissionais aptos a votar nas eleições, sob pena de multa diária.

Afirma, em síntese, que o pedido de registro da chapa "Democracia no CREF" foi indeferido, tendo a Comissão Eleitoral indeferido a solicitação de remessa das propostas, por conter material proibido, nos temos do artigo 16, 3º do Regimento Eleitoral.
Alega ter apresentado nova solicitação, eliminando o conteúdo anteriormente considerado irregular, porém a Comissão Eleitoral novamente indeferiu o pedido, alegando que, uma vez encerrado o procedimento de registro, não cabe qualquer reanálise de documentação.
Aduz, ainda, que teve o seu pedido de disponibilização dos e-mails dos profissionais de Educação Física indeferido, em flagrante violação do direito à informação.
A inicial foi instruída com documentos (fls. 15/73).
É o relatório. DECIDO.
No caso em exame, está parcialmente evidenciada a verossimilhança das alegações da parte autora.
Insurge-se a parte autora contra o indeferimento de nova análise das propostas e disponibilização da relação cadastral completa dos inscritos, prejudicando a participação isonômica no processo eleitoral a ser realizado em 16/09/2015.
De acordo com o documento de fl. 59, o réu indeferiu o pedido de nova análise das propostas alegando preclusão do ato de apresentação. Acrescenta que, "(...) A apresentação das propostas é ato acessório ao pedido de inscrição de chapa eleitoral. Uma vez encerrado o procedimento de registro, não cabe qualquer reanálise de documentação, por falta de previsão regimental".
O Regimento Eleitoral (fls. 33/40) prevê, no artigo 11, 3º, que o requerimento de registro de cada chapa deverá ser acompanhado, se do interesse de seus membros, de solicitação de envio de suas propostas aos Profissionais de Educação Física. Do despacho que indeferir o requerimento de registro de chapas caberá recurso a ser interposto pelo representante da chapa ao Presidente da Comissão Eleitoral (artigo 13).
De fato, o Regimento Eleitoral não prevê recurso para os casos de indeferimento das propostas apresentadas pelas chapas.
No entanto, não pode prevalecer o entendimento do réu, no sentido de que não há previsão regimental acerca de reanálise das propostas pela Comissão Eleitoral.
A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, assim como, 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.
Se há expressa previsão regimental de apresentação de recurso, no caso de indeferimento de registro de chapa, não pode o Conselho suprimir a mesma garantia para os casos de indeferimento das propostas apresentadas, sob pena de violação ao princípio constitucional do devido processo legal.
Por outro lado, não merece reparo a decisão do réu que indeferiu o pedido formulado pelos autores, consistente na divulgação da relação cadastral dos inscritos no Conselho.
Como bem observou o réu às fls. 68/70, as informações cadastrais armazenadas no Conselho dizem respeito ao estado e condição dos profissionais registrados, ligados à intimidade, não podendo ser violado, nos termos do artigo 5º incisos X e XII da Constituição Federal.
Dessa forma, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de tutela antecipada, para que o réu aprecie, no prazo de 5 (cinco) dias, o requerimento de propostas com o novo conteúdo apresentado pela parte autora em 17/07/2015.

Nas razões do agravo o CREF4/SP sustenta, em resumo, que os agravados, percebendo que o pedido anterior não estava devidamente instruído, apresentaram novo pedido acompanhado de novos documentos, porém de forma extemporânea, motivo pelo qual não foi processado.

Reitera que ao invés de recorrem da decisão que indeferiu o pedido de veiculação das propostas eleitorais, preferiram os agravados formular outro pedido de encaminhamento de

propostas, com apresentação de novo requerimento acompanhado de novo material publicitário, o que não é admitido pelo regimento.

Tanto assim que por ocasião do segundo pedido, apresentaram "requerimento de reapresentação de solicitação de envio de propostas", o que mais evidencia o propósito de contornar a preclusão ante a falta de recurso contra o indeferimento do primeiro pedido.

Sustenta que a decisão agravada deve ser reformada, pois tratou de inovar o Regimento Eleitoral do CREF4/SP admitindo a apresentação de interesse de envio de proposta eleitoral em *outra oportunidade*, diversa daquela prevista no seu artigo 11, qual seja, no pedido de registro da chapa, ferindo assim a isonomia entre as demais chapas concorrentes e interferindo indevidamente no mérito e discricionariedade da Administração Pública.

Destaca que encerrado o período de registro de chapas, a eleição conta com quatro chapas concorrentes; todavia, a interlocutória recorrida possibilitou à chapa "Democracia no CREF" duas oportunidades para apresentar interesse no envio de propostas eleitorais, enquanto as demais chapas contaram apenas com aquela chance prevista regimentalmente.

Requereu a agravante a atribuição de efeito suspensivo para desobrigá-la de proceder a análise do novo pedido de envio de proposta eleitoral, uma vez que não existe previsão regimental.

Efeito suspensivo deferido (fls. 102/104).

Contraminuta pela agravada (fls. 108/113).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de efeito suspensivo do presente recurso.

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo.

> Consta dos autos (fl. 91) que o requerimento de registro da chapa "Democracia no CREF" foi *deferido* pela Comissão Eleitoral, mas após análise das propostas das chapas eleitorais concorrentes que seria enviada ao colégio eleitoral, foi indeferido o envio da proposta apresentada pela agravada tendo em vista a violação do art. 16, § 3º, inciso VI (veiculação de material impróprio, instruções incorretas, conteúdo considerado vexatório e atentatório à imagem do CREF4/SP, dentre outras irregularidades) do Regimento Eleitoral.
> Entendo insuperável, na via judicial, o indeferimento administrativo da análise pelo Conselho Profissional de uma "nova" proposta eleitoral da chapa "Democracia no CREF", "nova" proposta que assumiu a feição de uma reapresentação de solicitação de "envio de propostas". A proposta "reapresentada" pela chapa "Democracia no CREF", na consequência do indeferimento da proposta originária, foi negado "*tendo em vista a preclusão do ato de apresentação de proposta, na forma dos artigos 15 e 16 do Regimento Eleitoral do CREF/SP. A apresentação das propostas é ato acessório ao pedido de inscrição da chapa eleitoral. Uma vez encerrado o procedimento do registro, não cabe qualquer reanálise de documentação, por falta de previsão regimental. O recurso referido no artigo 13 destina-se exclusivamente*

aos casos de indeferimento do registro da chapa. A chapa não alega falha na análise da Comissão, requerendo mera reanálise de nova documentação, o que não possui previsão regimental" (fl. 97).

Sucede que não há como aplicar "in casu" o art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição - como feito na decisão "a qua" - porquanto, como dito pela agravante, a *reapresentação* de proposta (vale dizer, a apresentação de uma "nova" proposta eleitoral da chapa) a ser avaliada pela Comissão Eleitoral, obviamente buscou contornar a PRECLUSÃO que nasceu para a chapa "Democracia no CREF", já que o Regimento Eleitoral que rege os certames eletivos do CREF pontua *um momento específico* para que os candidatos apresentem suas propostas, ou seja: o instante em que é feito o pedido de registro da chapa (art. 11, § 3º).

Observo que a chapa "Democracia no CREF", assim como qualquer outra, possuía *um momento regimental* para apresentar a sua proposta aos eleitores (a ser divulgada amplamente pela Comissão Eleitoral): a ocasião do registro da chapa concorrente (§ 3º do art. 11 - fl. 57).

A chapa "Democracia no CREF" *aproveitou esse momento* regimental e apresentou a sua proposta - obviamente conhecendo o que não poderia ser usado como conteúdo dessa proposta - a qual, examinada pela Comissão Eleitoral, mostrou-se desconforme com dos ditames do art. 16, § 3º (que não está em discussão na espécie).

Aproveitada a ocasião regimental para ofertar a proposta eleitoral - *ocasião única para todos os interessados* - com a óbvia ciência do que não poderia ser tratado na tal proposta (§ 3º do art. 16 - fl. 58), não se abriu para a chapa "Democracia no CREF" *um novo momento* para ofertar a proposta - agora "consertada" de seus vícios - mesmo porque os componentes da tal chapa não manifestaram qualquer inconformismo formal contra a rejeição da proposta originária.

Ora, *não é dado ao Poder Judiciário interferir nos processos eleitorais alheios* para "criar" recursos e/ou ocasiões frutíferas para quem quer que seja, sob o pálio do "devido processo legal", de forma a "emendar" regimento eleitoral de conhecimento de todos os interessados e em momento algum impugnado por quem tivesse interesse em emenda-lo.

Ao fazê-lo, o Judiciário rompe com o princípio da isonomia, favorecendo uma certa chapa que teve um momento idêntico ao das demais para se adequar aos rigores do procedimento eleitoral; ao romper com a isonomia chancelando um novo momento só para um concorrente, torna-se legislador positivo, o que o Judiciário não pode ser. Nesse sentido ruma a jurisprudência do STF (RE 867468 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015 - ADO 22, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

Os regramentos das eleições no CREF foram editados em 17 de abril de 2015 e publicados no DOU de 24 de abril de 2015.

Eram de ciência pública e não há notícia de que tenham sido impugnados por quem tivesse legítimo interesse.

Destarte, não há espaço para que se institua uma exceção em favor de alguma chapa concorrente, notadamente depois que a mesma - ainda que implicitamente - aceitou a erronia e o desacerto de sua proposta originária, que ofertou no tempo adequado (§ 3º do art. 11).

O regimento não previu um *segundo* momento para que qualquer concorrente apresentasse uma *nova* proposta eleitoral, ou para que *corrigisse* a já ofertada.

Destarte, descabe impor ao Conselho Profissional e à Comissão Eleitoral que avalie a nova proposta ofertada pela chapa "Democracia no CREF", até porque não se vislumbra qualquer ofensa ao "devido processo legal" no Regimento Eleitoral de fls. 55/62: a uma, porque a negativa feita pelo agravante não importa em perda da *liberdade ou de bens* (inc. LIV do art. 5º), a duas, porque a situação "sub examine" se desenrola no cenário de um procedimento eleitoral classista, e não em processo judicial ou administrativo onde existe um *acusado* (inc. LV do art. 5º).

> Ou seja: a chapa "Democracia no CREF" não está sendo espoliada de sua *liberdade ou de bens*, tampouco é *acusada* de coisa alguma de que deva se defender.
> Logo, o art. 5º, incs. LIV e LV é ininvocável na espécie.
> Pelo contrário, a determinação judicial ora guerreada é que acabou por romper a *isonomia* entre os concorrentes.

Ante o exposto, voto por *dar provimento ao agravo de instrumento.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0029987-37.2015.4.03.0000
(2015.03.00.029987-0)

Requerente: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: UNIÃO FEDERAL, TALISMA FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES E OUTROS(AS)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO - PRESIDENTE
Classe de Processo: SLAT 3012
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/01/2016

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de medida liminar concedida em ação popular.

O Juízo de 1º grau de jurisdição concedeu a ordem, para impedir a assinatura - ou a produção de efeitos, caso formalizada - de contrato de "concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados" (fls. 378 - 2º vol.) e de outras obrigações acessórias.

O contrato é o resultado de licitação promovida pela Prefeitura do Município de São Paulo, ora requerente, para, no lugar da Feira da Madrugada, construir, implantar e manter centro de compra popular dirigido por empreendedor privado.

A decisão preliminar considerou relevante, após a conclusão da licitação, a iniciativa do Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto ao questionamento de certo ponto da concorrência, tanto mais porque a ora requerente reconheceu o equívoco e fez a alteração do próprio contrato de concessão - após a realização da licitação, enfatizou.

Ademais disto, não obstante a condução da licitação tenha sido reconhecida como "satisfatória em termos jurídicos", a decisão questionada julgou necessário acautelar certa "demanda social", nestes termos (fls. 96):

> Embora tecnicamente não se possa afirmar que as licitantes, inclusive examinadas sob o plano dos CNPJ's que as compõem não foram condenadas, uma delas inclusive ré em processo de improbidade em Manaus, não possa ser considerada irregular, não se pode deixar ver a eloquente demanda da sociedade por negócios públicos cuja probidade seja inquestionável, a permitir que o tecnicismo possa ser considerado superado como forma de uma melhor resposta social.
> De fato, a afirmação de quem não foi condenado, ainda que responda a inúmeros processos em curso é tão inocente quanto aquele que contra si jamais teve um inquérito ou um processo, ainda que satisfatória em termos jurídicos, não mais atende à demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública.

É uma síntese do necessário.

"Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegiti-

midade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas", diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há *manifesto interesse público e grave lesão à ordem administrativa* e à *economia públicas*.

A intervenção do Ministério Público do Estado de São Paulo não respeitou a norma constitucional de competência, nem atendeu ao interesse público.

A *instituição estadual* não tem atribuição para zelar pelo *interesse federal* de que é titular a União.

A licitação e o contrato de concessão derivam, diretamente, do "Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais" (fls. 35).

Neste instrumento, estão acertadas as obrigações da União e da requerente, a Prefeitura do Município de São Paulo.

Qualquer demanda resultante desta relação jurídica - *como é, exatamente, o caso da ação popular em curso* - estará no âmbito de competência da Justiça *Federal*.

Neste contexto, a atribuição será - como é - do Ministério Público *Federal*.

Não é por outra *razão jurídica* que o Ministério Público Federal fez várias intervenções, no curso da fiscalização do cumprimento da avença.

Por outro lado, a intervenção da instituição estadual não atendeu ao interesse público.

Após a conclusão da licitação, o Ministério Público do Estado de São Paulo exigiu que, antes de oferecidos, a terceiros, os boxes de venda construídos no novo Circuito de Compras, deveria ser resguardada a preferência dos comerciantes populares cadastrados perante a Municipalidade e hoje instalados na atual Feira da Madrugada (fls. 291 - vol. 2).

Para este efeito, o Ministério Público do Estado de São Paulo encaminhou recomendação à Prefeitura do Município de São Paulo. E, ainda, apresentou "pedido de suspensão cautelar do contrato" (fls. 265 - vol. 2), junto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

A Prefeitura do Município de São Paulo prontamente incorporou a exigência ao contrato de concessão.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo chancelou a exigência e a garantiu, um passo além, para o comerciante popular "eventualmente inadimplente" (fls. 336 - vol. 2) com a Municipalidade.

As preferências pretendidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo não guardam simetria com a ordem jurídica.

O Ministério Público do Estado de São Paulo destacou que a cláusula 7ª, inciso II, do "Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais", assegurou "preferência de atendimento aos comerciantes que hoje ocupam a área, conforme cadastro realizado pela Prefeitura do Município de São Paulo", no futuro centro popular de compras (fls. 266 e seguintes - vol. 2).

O Contrato de Cessão foi firmado pela *União* e pela *Prefeitura do Município de São Paulo* em *05 de julho de 2.012* (fls. 35 - vol. 1).

Em 2.015 - hoje, 2.016 -, o Ministério Público do Estado de São Paulo quer a garantia de suposto direito dos comerciantes populares que fizeram a ocupação *ilegal* de área *pública, em 2.012*.

Ocupação de área pública é ato ilegal. Mera detenção. Não gera direito possessório ou real. *Muito menos é constitutiva de direito de preferência sobre outra área, como será a*

ofertada após a construção do novo centro de compras.

A jurisprudência é pacífica.

> MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA "TERRACAP - COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA". INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.
> - A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público.
> - Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916). Precedentes do STJ.
> Recurso especial conhecido e provido.
> (REsp 489.732/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310).

A cláusula do Contrato de Concessão é *nula de pleno direito*: "é imperioso refletir que qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos e poderes da Administração deve ser considerada como não escrita" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição, Ed. RT, pág. 199).

É pertinente a crítica do mesmo doutrinador: "as concessões vigentes são em geral, e paradoxalmente, instrumentos em que o Poder Público e os usuários é que se submetem à vontade despótica das empresas, tais são as cláusulas a seu favor e a nenhuma reserva de direitos para o particular a que o serviço se destina. Já é tempo de os concedentes reagirem contra esta inversão de poderes, defendendo melhor o público" (obra citada, pág. 361).

No caso concreto, a cláusula de preferência aos ocupantes ilegais de 2.012 - sejam eles comerciantes ou não - atenta contra os interesses da União e do Município de São Paulo.

Mas não é só. Atenta, também, contra os comerciantes, populares ou não, intangíveis a organizações criminosas - *a Prefeitura do Município de São Paulo noticia* "as inúmeras denúncias de esquemas criminosos por entre os comerciantes da Feira da Madrugada" (fls. 22 - vol. 1) - ou que *não tenham* vínculos com as facções dos poderes de turno ou sejam simples militantes anônimos do trabalho lícito.

A propósito, é oportuno destacar a petição inicial deste incidente de suspensão de medida liminar, com o registro de que a área objeto da atual concessão pertencia à Rede Ferroviária Federal S/A.

Diz a Prefeitura do Município do Estado de São Paulo: "Diante da ausência de licitação prévia, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação nº 38, de 29 de junho de 2009, onde, após vários considerando, recomendou ao inventariante da extinta RFFSA, que promovesse licitação para a permissão de uso das áreas do conjunto imobiliário do Pátio da Estação do Pari, na forma e nos termos da Lei nº 8.666/1993" ("verbis", fls. 13).

A jurisprudência prestigia o *modelo de proteção* defendido pelo Ministério Público *Federal*. A regra, na outorga de bem público a terceiro, é a exigência de prévia licitação, nos regimes de concessão ou permissão.

A título de exceção, a Lei de Licitações disciplina alguns casos, entre os quais não se encontra o dos comerciantes - populares ou não.

A título de ilustração:

> ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE TERRENO PÚBLICO A PARTICULAR. CONSTRUÇÃO DE SEDE RECREATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DIREITO

PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE EMINENTEMENTE SOCIAL. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NA DISPENSA DE LICITAÇÃO.
INTELIGÊNCIA DO ART. 17, INC. I, ALÍNEA "F", E § 2º, INC. I, DA LEI 8.666/1993. NECESSIDADE DE CONCORRÊNCIA PRÉVIA.
1. Na origem, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública contra o Município de São Luís e a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Maranhão - ADEPOL, sob a alegação de que a Municipalidade teria celebrado ilegal concessão de direito real de uso de um terreno de 4.940 m2 para construção da sede recreativa da associação, sem autorização legislativa e sem licitação.
2. A sentença julgou procedente o pedido do *Parquet* para anular a concessão de direito real de uso; estabelecer que a Municipalidade se abstenha de edificar na área concedida e venha a demolir qualquer edificação lá existente; e determinar à ADEPOL que se abstenha de ocupar, utilizar, construir e edificar no local, sob pena de multa diária. O Tribunal maranhense deu provimento à apelação da Municipalidade para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na ação civil pública.
3. A concessão de direito real de uso corresponde a contrato pelo qual a Administração transfere a particular o uso remunerado ou gratuito de terreno público, sob a forma de direito real resolúvel, a fim de que dele se utilize para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.
4. A concessão de direito real de uso a particulares requer autorização legal e concorrência prévia.
5. Nos termos do art. 17, § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993, a Administração poderá conceder direito real de uso com dispensa de licitação quando a utilização destinar-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública.
6. Em situações de caráter eminentemente social, o art. 17, inc. I, alínea "f", da Lei 8.666/1993 também prevê a dispensa de licitação na "alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública".
7. As associações de direito privado, ainda que sem fins lucrativos, não se enquadram nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 17, inc. I, alínea "f", e § 2º, inc. I, da Lei 8.666/1993.
Recurso especial do *Parquet* conhecido em parte e, nessa, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que torna nula a concessão de direito real de uso do terreno.
(REsp 1435594/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 11/11/2015).

É por isto que as exigências do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo não podem prevalecer.

Por outro lado, os atuais permissionários do direito de uso de bem público - ainda que superado o tema da ausência de prévia licitação, para efeito de argumentação - não têm preferência diante do futuro locador, nem de *outros candidatos a locatários que não tenham o precedente benefício público.*

A *permissão pública, administrativa, precária, revogável, de uso de certo bem imóvel* - o box de venda da atual Feira da Madrugada - *não constitui título jurídico para a obtenção de coisa similar* - o box de venda do novo Circuito de Compras -, submetida a *regime jurídico privado, contratual, de locação.*

Trata-se de vinculação sem validade jurídica, pois os institutos da permissão administrativa de uso e da locação são distintos, quanto ao regime, sujeitos, obrigações, causas de revogação e rescisão, entre outros aspectos.

A permissão de uso de bem público é precária. Não é constitutiva de outros direitos, tanto mais os de natureza privada, negocial.

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL MUNICIPAL POR PARTICULAR. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido.
> (STJ. Rel. Min. José Delgado, RMS 16280/RJ, 1ª Turma).

A decisão liminar é crítica quanto à alteração dos termos do contrato de concessão após a licitação. Não pela motivação correta. E, ainda, não extraiu a consequência jurídica adequada do evento.

A alteração dos termos do contrato de concessão não poderia ser feita, porque o conteúdo adicionado, após a licitação, afronta a ordem legal.

A segunda reserva imposta pela decisão liminar é desprovida de *fundamentação jurídica adequada e suficiente*.

O sócio minoritário, de uma das empresas integrantes do consórcio vencedor da licitação, é réu em ação civil pública de improbidade administrativa.

A decisão questionada reconhece que a lei exige condenação definitiva, para a produção de efeitos negativos. Mas diz isto que isto não atende ao que reputa ser a "demanda social em favor de uma maior probidade nos atos da administração pública".

Para contornar a lei, limita-se a registrar a existência de ação civil pública de improbidade administrativa.

Não é adequado confundir o efeito automático de uma condenação com a proteção cautelar de um direito.

Não é exato que a proteção *cautelar incidental* relacionada à suspensão de um contrato, por quem tenha contra si antecedentes indícios veementes de malversação de dinheiro público, dependa de condenação definitiva.

Mas, como é próprio da exigência de qualquer demanda, a proteção cautelar incidental depende da imputação de fato certo e documentado, ainda que no plano indiciário.

É, claramente, *insuficiente*, extrair, da *simples menção* à tramitação de uma ação, a interdição gravosa de um direito.

Mais grave, se a título de serviço ao que se tem por demanda social, no campo da especulação sensorial.

A jurisprudência deste Tribunal Federal rejeita a deserção ao dever de exigência de

alegação válida e documentada de indício, para a imposição cautelar de restrição a direito, seja lá qual for a opinião - privada ou pública - supostamente prevalecente sobre o fato ou só apresentada como tal.

Confira-se - *AI nº 0021751-43.2008.4.03.0000/SP, 4ª Turma, Relator o Desembargador Federal Fábio Prieto, votação unânime:*

> MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.
> 1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).
> 2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.
> 3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.
> 4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo.
> 5. A invocação de fundamento fático relacionado à "omissão de informações claras", por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.
> 6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.
> 7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto "caos aéreo" encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.
> 8. Ciente da grave realidade representada pela "plantação de fatos", nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: "Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não

podemos nos submeter a ele".
9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.
10. Agravo de instrumento provido.

No v. Acórdão, de minha Relatoria, cabe destacar:

O sistema jurídico nacional tem exigência própria, para a qualificação de *fatos* direcionados à *abertura da instância restritiva de direitos*.
É oportuno registrar que, para este *grave e específico efeito*, a Constituição Federal não aceita *a projeção de sentimentos* - sejam eles sãos ou não -, de natureza individual, coletiva ou de toda Nação, *nem mesmo para a abertura de investigação destinada à apuração da mais séria das infrações: o crime***.**
É velha a lição de Nelson Hungria:
"Na Rússia soviética, proclama-se que o individuum é o mal e deve ser combatido, anulado, subvertido na massa, que significa o povo reduzido a um vasto aglomeramento de produtos humanos estandardizados, erradicados de alma, confundidos na desolante mesmice de 'modelos de fábrica'. Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da massa, fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interêsse do povo, que é defendido como 'comunhão indissoluvelmente ligada pelo sangue e pelo território' ou como 'única grandeza política', de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Embora com fundamentos diferentes, chega-se, na Rússia e na Alemanha, a uma fórmula idêntica. 'Não há direitos individuais em si mesmos'. Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como superstições maléficas, incompatíveis com o que por lá se chama o novo Estado, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais. Não há melhor atestado dessa tendência involutiva do que a orientação jurídico-penal dos bolcheviques e nacional-socialistas. Antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da analogia no Código Penal soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem rebuços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito. O Código moscovita assim fixara o princípio do direito penal desprendido das leis: 'Se uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa, não acha especialmente prevista no presente Código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos dêste Código que prevejam delitos de índole mais análoga'. Ora, esta pura e simples substituição do legislador pelo juiz criminal era incomparável com a essência do Estado totalitário, corporificado no Führer, segundo a diretriz política que domina na Alemanha, após a queda da República de Weimar. Preferiu-se uma outra fórmula, que está inscrita no 'Memorial' hitlerista sôbre o 'novo direito penal alemão': permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo 'sentimento' ou pela 'consciência' do povo (Volksempfinden), depreendidos e filtrados, não pela interpretação pretoriana dos juízes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a revelação (Kundmachung) do Führer. SCHAFFSTEIN, professor de direito em Leipzig, proclama, sem rodeios, do alto de sua cátedra: 'A lei é o que o Führer ordena' ('Gesetz ist, was der Führer befiehlt'). A liberdade de aplicação analógica da lei penal é limitada pela submissão do juiz às 'idéias' e às 'ordens' emanadas da mística hitleriana. Conceitos, critérios, opiniões, pontos de vista, na interpretação, formação ou aplicação do direito, devem afeiçoar-se fielmente ao espírito guiador de Adolfo Hitler. Somente êste (embora nascido numa aldeia fronteiriça entre a Áustria e a Tcheco-Eslováquia) é que tem o misterioso condão de polarizar o espírito,

o sentimento, a consciência do povo alemão. SIEGERT, professor da famosa Universidade de Goettingen, assim formula o versículo do novo Evangelho: 'Devemos seguir as proclamações do Führer como linhas de direção, a mostrar-nos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações de fato'. Os juízes não podem, de seu livre alvedrio, esquadrinhar a sã mentalidade do povo (*der gesunde Volksgeist*) para aplicar o direito penal extra legem: devem ter na memória, a impregnar-Ihes substancialmente as decisões, o Mein Kampf e as arengas de Hitler. O Mein Kampf (êsse livro que JACQUES BAINVILLE justamente qualifica de bric-à-brac de idéias pueris e charlatanices, em uma linguagem desconcertante de pedantismo) é a Bíblia do nacional-socialismo, é a craveira por onde têm de medir-se a alma e o pensamento alemães. O invocado 'espírito do povo' não quer dizer o que o povo pensa na realidade, mas o que deve pensar segundo a Führung, isto é, a orientação do Chefe".

É oportuno lembrar que a Constituição Federal de 1988 enquadrou os procedimentos administrativos na *rigidez* dos de natureza penal, porque reputou necessário resguardar a esfera de *direitos imanente à pessoa humana* do *abuso persecutório*.

No caso concreto, a presente Medida Cautelar é *acessória à instrução de Inquérito Civil, cuja decisão de instauração* foi lavrada nos seguintes termos (fls. 50 e verso):

"DESPACHO

A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país (inclusive no aeroporto de Guarulhos, o maior da América Latina). Desde o final do mês de outubro de 2006, os passageiros têm enfrentado constantes atrasos para embarques nos principais aeroportos do país.

A razão aparente para o caos instalado é a precariedade das condições do serviço de controle de vôos na aviação civil. Referida limitação na capacidade de controlar-se os vôos na aviação civil gerou inicialmente, conforme apregoado acima, atrasos e cancelamentos de vôos. O incômodo experimentado pelos consumidores em razão de referidos atrasos e cancelamentos em vôos é, por si, fato grave que justifica a atuação do Ministério Público Federal. Todavia, as notícias veiculadas pela imprensa nos últimos dias demonstram que, mais do que incômodos e desalentos experimentados por consumidores, a precariedade do controle de tráfego aéreo pode estar sim submetendo pessoas a risco de vida. Fala-se inclusive, nos dias de hoje, em adoção, em vôos brasileiros, de regras mecânicas de controle de tráfego aéreo utilizadas na África, ou seja, a substituição do uso da área central de uma aerovia, pela zona lateral.

É certo ainda que a situação chegou aos patamares de hoje (catastróficos na visão de alguns) não em razão de um fato eventual e isolado mas sim em razão de inépcia do Poder Público que se arrastou durante anos. Há elementos também que comprovam que há tempos o Ministério da Defesa já havia sido advertido da gravidade da situação mas, todavia, quedou-se inerte.

Ante o exposto, necessária a instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada (agressão aos comandos do artigo 37 da Constituição Federal) bem como para exigir do Poder Público a adoção das medidas necessárias para solução do problema.

Ante o exposto, determino a instauração do presente procedimento investigado no âmbito do Ofício da Tutela Coletiva de Guarulhos.

Seja realizada a autuação e, em seguida, venham os autos conclusos para deliberação acerca das diligências iniciais que serão praticadas."

A *projeção* sobre a *perspectiva* da Nação Brasileira – "A nação brasileira vem assistindo a uma situação de verdadeiro caos nos aeroportos do país", *supõe* o Ministério Público Federal - não parece configurar justa causa válida, para a abertura de procedimento destinado à punição de "improbidade administrativa praticada".

Não é demasia registrar que, a partir da crença *isolada* de qualquer autoridade sobre a *imaginária perspectiva* de *milhões* de cidadãos brasileiros, muito mais sensível que a questão aeroportuária poderia ser considerada a da saúde, a da educação ou dos transportes terrestres - nas estradas federais, inclusive-, com os seus *milhares e recorrentes acidentes fatais*.

Mas isto - a projeção aberta pelo *discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva* - não autoriza a *devassa indiscriminada* contra as autoridades destes setores sensíveis.
Ao menos, perante o Poder Judiciário.
Ademais disto, *nenhum* documento foi juntado com a citada decisão de instauração do Inquérito Civil - sequer a reclamação de *um* dos *milhões de cidadãos da Nação Brasileira*.
Ignora-se, por isto, o *substrato fático de realidade, ainda que indiciário - mas nunca como expressão da pura criação mental* -, a conferir justa causa, para a "instauração de procedimento investigativo destinado a punir os responsáveis pelo caos no controle de tráfego aéreo brasileiro em razão da improbidade administrativa praticada" (fls. 50).
(...)
A invocação de *genérica* situação caótica não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - *inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos* -, a fazer *intervenção ilegítima* - declarada ou dissimulada -, *sem limites*, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.
Pouco importa, *juridicamente*, se o *suposto* caos encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria *informação*, nem sempre coincidente com o *fato certo e documentado*.
No *Procedimento nº 2009.03.0000050284, do Órgão Especial deste Tribunal*, durante a análise de proposta de instauração de procedimento disciplinar contra integrante do Poder Judiciário, registrei:
"A *instauração* de *qualquer* procedimento destinado à imposição de *sanções* ou *restrições de direitos*, em face de cidadãos, nas suas tarefas particulares ou, ainda, quando investidos em atividades sociais relevantes, como é o caso das *autoridades públicas*, está sujeita a *regime de direito estrito*.
Diante do *mais severo* dos regimes jurídicos restritivos - o *de natureza penal* -, por ocasião de juízos de admissibilidade sobre imputações, neste Órgão Especial, no *curso dos anos, reiteradamente*, anoto (feitos com os *nºs 2003.03.00.037611-4 e 2003.03.00.075922-2*, entre outros):
"Trata-se de juízo de admissibilidade de denúncia.
"*É preciso* ter presente, neste ponto - consideradas as *gravíssimas* implicações éticas e jurídico-sociais que derivam da instauração da *persecutio criminis* - que se impõe, *por parte* do Poder Judiciário, *rígido* controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a *impedir* que se instaure, *contra qualquer* acusado, *injusta* situação de coação processual, *pois*, ao órgão da acusação penal, *não assiste* o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal *revestida* de conteúdo arbitrário (*RTJ* 43/484).
"A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inocorrente quando o comportamento atribuído ao réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurado uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO) (RTJ 165/877-978, Rel. Min. CELSO DE MELLO)" - (STF - HC nº 80.542-6-MG - Rel. o Min. Celso de Mello).
O Supremo Tribunal Federal impõe, "por parte do Poder Judiciário, *rígido* controle sobre a atividade persecutória do Estado" (supra), porque a submissão de qualquer cidadão a processo penal condenatório é *responsabilidade* grave e excepcional, impulsionada e decidida por agentes políticos dotados das mais significativas prerrogativas públicas, cujo exercício não pode ser ferido pela reação "instintiva, arbitrária e irrefletida", como adverte, ainda e uma vez mais, o mesmo Tribunal. Confira-se:
"O processo penal condenatório delineia-se, nesse contexto, como estrutura jurídico-formal

em cujo âmbito o Estado desempenha a sua atividade persecutória. Nele antagonizam-se exigências contrastantes que exprimem uma situação de tensão dialética configurada pelo conflito entre a pretensão punitiva deduzida pelo Estado e o desejo de preservação da liberdade individual manifestado pelo réu.

Essa relação de conflituosidade, que opõe o Estado ao indivíduo, revela-se, por isso mesmo, nota essencial e típica das ações penais tendentes à obtenção de provimentos jurisdicionais de caráter condenatório.

A persecução penal, cuja instauração é justificada pela *suposta* prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.

A própria exigência de processo judicial já representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. Com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, 'a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, *essencialmente judiciária*' (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, 'Droit Pénal Général et Procédure Penale', tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Elementos de Direito Processual Penal', vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense)" - (STF - HC nº 73.338-7-RJ - Rel. o Min. Celso de Mello).

A fixação, por iniciativa do *Supremo Tribunal Federal*, de *critério rígido e inflexível*, no exame de juízos de admissibilidade vocacionados à potencial restrição de direitos, não admite *exceção*. Do ponto de vista *subjetivo*, no que agora é relevante, a *condição funcional* de integrante do Poder Judiciário não retira, do cidadão, a plena fruição da *extensa* e *irredutível* lista constitucional de direitos e garantias individuais.

(...)

A *expressa* e *incondicional* ressalva axiológica relacionada à proteção constitucional dos direitos e garantias dos Magistrados deve ser enfatizada, porque o *Supremo Tribunal Federal*, para o contingente ainda mais amplo dos *agentes políticos* dotados não apenas de funções judiciais, registrou que as autoridades assim constituídas têm se sujeitado à "propositura de ações espetaculares", *destituídas de qualquer fundamento*.

É neste sentido o magistério da *Suprema Corte*, na *Reclamação nº 2138*, nas palavras do *Ministro Nelson Jobim*:

"O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELY LOPES MEIRELLES:

'.....

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

.....' (DAB, 26ª ed., 2001, p. 71/2).
HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.
'.....
Realmente. a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.
.....' (ob. cit., p. 73).
Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias.
Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político.
Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos.
Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão.
São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política.
É bom que se o diga.
Uns, na busca de notoriedade fácil.
Vê-se, muito, nos jornais.
Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político.
O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração, tem levado à propositura de ações espetaculares.
A maioria delas destituídas de qualquer fundamento.
O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível.
Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação".
As tentativas de submissão, da *probidade* das autoridades constituídas, ao escrutínio das mais *variadas e insensatas* modalidades *de contestação inconseqüente***,** têm mais de um registro na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal.*
É notório que, entre as várias táticas de "guerrilha judiciária' utilizadas na confrontação *ilegítima* das autoridades constituídas, uma das mais usuais é a "plantação" de fatos na imprensa, para que o investido de poder de fiscalização seja constrangido a dar início a procedimento de investigação *manifestamente infundado,* mas "coberto" e "enquadrado" pela repercussão já desonrosa e condenatória.
Isto quando a própria autoridade de fiscalização não é suspeita de conivência com a *linha de montagem* da "industrialização" midiática.
O *Supremo Tribunal Federal*, ciente da *gravidade* do fato e de sua *reiteração,* foi ao patamar *da solução radical* do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria jornalística.
A ementa do julgado, na parte pertinente:
AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME.
1. (...).

2. Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico.
3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.
4. A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido. (Pet 2805 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655).
Neste precedente, as palavras do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Ilmar Galvão:
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Toda a prova são folhas de jornais. É uma técnica conhecida.
Planta-se a matéria para depois submetê-la ao Supremo.
(...)
O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - O que se pode fazer é enviar esse material ao Ministério Público.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Não. Nego-me a aceitar o envio. Estamos sendo instrumento político.
Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político.
E não podemos nos submeter a ele".
No *livre comércio* das informações, na busca *constitucional* do lucro, é comum a *descrição superlativa dos fatos*, caracterizando-os, em um dia, como evidências de crise, do caos ou, até, do fim do mundo, e, no outro, como manifestação da providência milenarista.
É outro, todavia, o paradigma do Poder Judiciário.
A *Magistratura* não está *constitucionalmente* autorizada a abrir mão do *alto grau de civilidade representado* pela *institucionalização do Poder Judiciário*, nos *limites do Estado Democrático de Direito*, cujo *modelo de responsabilidade* é incompatível com o *bonapartismo*, o *messianismo, o sebastianismo*, o "*xerifismo*" *dos fronteiriços* e outros *delírios de poder oportunista*, *autoritário*, *jactancioso* ou de *manicômio*.

Por estes fundamentos, *suspendo, em parte*, a decisão liminar, para autorizar a formal e efetiva contratação da concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados e de outras obrigações acessórias, *sem as restrições impostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo.*

Comunique-se o digno Juízo de primeiro grau de jurisdição.

Publique-se e intimem-se.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

São Paulo, 04 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Presidente

Direito Ambiental

APELAÇÃO CÍVEL
0006679-08.2011.4.03.6112
(2011.61.12.006679-7)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL, BENEDITO JOSÉ PARO E OUTROS(AS)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1899621
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÕES. REVELIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FAIXA MARGINAL DE RIO. INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO "PROPTER REM". IRRELEVÂNCIA DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL PREEXISTENTE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE REPARAR E INDENIZAR. RECURSO DOS RÉUS IMPROVIDO. RECURSOS DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDOS.

1. Constatada a revelia (art. 319, CPC/73), os fatos alegados pelo Ministério Público Federal na inicial presumem-se relativamente verdadeiros, já que não incide nenhuma das exceções descritas no artigo 320 do Código de Processo Civil.

2. Havendo previsão legal de julgamento antecipado do mérito (art. 330, II, CPC/73), sendo mera consequência do efeito principal da revelia consistente em reputação de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa em razão da não realização de prova pericial, mormente pela presença de laudo de perícia criminal federal realizado pelo núcleo de criminalística do Departamento de Polícia Federal e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA, o que coaduna com os princípios da persuasão racional e da livre apreciação das provas pelo magistrado.

3. Preliminar rejeitada.

4. Com a finalidade de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, bem como proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, foram estabelecidas as áreas de preservação permanente - APP's entre os espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, VI, Lei nº 6.938/81), definidas tanto pelo antigo (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65) quanto pelo novo Código Florestal (art. 3º, II, Lei nº 12.651/12), sendo que aquelas localizadas nas margens dos cursos d'água possuem dimensões de acordo com as respectivas larguras destes.

5. Em face dos princípios *tempus regit actum* e da não regressão ou vedação ao retrocesso ecológico, a Lei nº 4.771/65, embora revogada, pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.651/12, ainda que a norma seja mais gravosa ao poluidor.

6. A fim de conferir uma maior proteção ao meio ambiente, a Lei nº 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da caracterização da culpa, além de ser fundada na teoria do risco integral, razão pela qual é incabível a aplicação de excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar.
7. Basta a demonstração do dano ambiental e o nexo causal entre o resultado lesivo e a situação de risco criada pelo agente no exercício de atividade, no seu interesse e sob seu controle, dispensando-se assim o elemento subjetivo, para resultar na responsabilidade por dano ambiental.
8. A obrigação de reparar os danos ambientais é considerada *propter rem*, sendo irrelevante que o autor da degradação ambiental inicial não seja o atual o proprietário, pois aquela adere ao título de domínio ou posse, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, sendo inviável qualquer alegação de direito adquirido à degradação, nos termos do artigo 7º do novo Código Florestal.
9. Eventual preexistência de degradação ambiental não possui o condão de desconfigurar uma APP, vez que sua importância ecológica em proteger ecossistemas sensíveis, tal como cursos d'águas, ainda se perpetua, sendo a lei imperiosa no sentido de que constitui área protegida, coberta ou não por vegetação nativa (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65 e art. 3, II, Lei nº 12.651/12), razão pela qual é necessária a recuperação ambiental, em respeito ao fim social da propriedade e a prevalência do direito supraindividual ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.
10. Segundo Laudo de Perícia Criminal Federal realizado pelo Departamento de Polícia Federal e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA, foi constatada, no município de Rosana/SP, a existência de loteamento, consistente em área impermeabilizante com uma edificação em alvenaria, situado à margem esquerda do Rio Paraná, localizado em área rural de 461,5m² e dentro da faixa de 500m considerada como área de preservação permanente, tendo em vista que o curso d'água tem mais de 600m, conforme previa e prevê a legislação pertinente (art. 2º, "a", item 4, Lei nº 4.771/65 e art. 4º, I, "e", Lei nº 12.651/12).
11. Resta demonstrado que os réus são possuidores e proprietários do imóvel em tela, conforme cópia de contrato particular de condomínio de rancho de pesca e lazer, o que foi corroborado por declarações prestadas perante autoridade policial.
12. Os documentos que instruem o presente feito demonstram que a construção em tela está situada próxima a rio, curso d'água natural perene e intermitente, não havendo que se falar em aplicação de resolução do CONAMA referente a áreas no entorno de reservatórios artificiais d'água, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.
13. Incumbindo ao réu o ônus da prova relativo a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC), descabe qualquer alegação de que a construção na APP em tela estaria autorizada legalmente, com fulcro no artigo 61-A do novo Código Florestal, haja vista que a parte ré não trouxe nenhum indício de que desenvolve atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo natural em área rural consolidada até 22.07.2008, o que poderia configurar uma exceção legal, não tendo inclusive produzido nenhuma prova oral nesse sentido.
14. Tratando-se a questão de proteção ao meio-ambiente, incide o princípio *in dubio pro natura* e da precaução, de modo que ao poluidor recai o ônus probatório de inocorrência de potencial ou efetiva degradação ambiental.

15. Não merece prosperar a pretensão dos réus de que o local é passível de regularização fundiária, com base nos artigos 64 e 65 da Lei nº12.651/12, pois para tanto deveria estar inserido em área urbana consolidada, a qual não é definida somente através de ato municipal, vez que deve preencher requisitos mínimos estabelecidos em lei federal (artigo 47, Lei nº 11.977/09), consistentes em densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada com o mínimo de equipamento de infraestrutura urbana.
16. Considerando que construções de edifícios implicam em supressão de vegetação nativa e suas manutenções impedem a regeneração natural, não havendo, no caso em tela, autorização do Poder Público, o qual poderia concedê-la apenas em caso de utilidade pública, interesse social ou de baixa impacto ambiental (art. 4º, caput, Lei nº 4.717/65 e art. 8º, *caput*, Lei nº 12.651/12), a mera manutenção de edificação em APP é ilícito civil, passível de responsabilização, causando dano ecológico *in re ipsa*, sendo medida de rigor a manutenção da condenação da parte ré em se abster de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde está situado o imóvel em tela, bem como de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal, sem a autorização do órgão ambiental competente; demolição de todas as construções existentes nas referidas áreas, com a retirada do respectivo entulho; e recomposição da cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pelo órgão ambiental competente, nos termos estabelecidos na r. sentença.
17. As obrigações de fazer ou não-fazer destinadas à recomposição *in natura* do bem lesado e a indenização pecuniária são perfeitamente cumuláveis, ao menos em tese, por terem pressupostos diversos, priorizando os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental, nos termos dos artigos 225, §3º, da Constituição Federal e 4º da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).
18. Imperiosa a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos causados pela intervenção antrópica na área de preservação permanente, correspondente ao período temporal em que a coletividade esteve privada desse bem comum, cujo *quantum debeatur*, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, por se tratar de dano a direito e interesse difuso, deverá ser fixado na liquidação por arbitramento, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil.
19. Preliminar arguida pelos réus em apelação rejeitada e, no mérito, improvimento e apelações da União e do Ministério Público Federal providas para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

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, rejeitar a preliminar arguida pelos réus em apelação e, no mérito, negar-lhe provimento e dar provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da

sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelos réus Benedito José Paro, Jorge Luiz Cognetti, José Carlos Rosa, Luiz Paulo Ferreira, Carlos Orestes Pereira, Décio de Oliveira, Luciano Marcelo e Luiz Henrique Marçon, bem como pela União e pelo Ministério Público Federal em face da sentença julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública ambiental.

Segundo narrado na inicial pelo Ministério Público Federal, Benedito José Paro, Jorge Luiz Cognetti, José Carlos Rosa, Luiz Paulo Ferreira, Carlos Orestes Pereira, Décio de Oliveira, Luciano Marcelo e Luiz Henrique Marçon causaram dano ambiental em área de preservação permanente, impedindo a regeneração natural da vegetação local, em razão de possuírem, no município de Rosana/SP, imóvel com edificação que se inicia a 19m (dezenove metros) do nível da água, encontrando-se totalmente a menos de 500m (quinhentos metros) da margem do Rio Paraná (fls. 02/34).

Liminar deferida para impor aos réus a obrigação de não-fazer consistente em abstenção de realizar novas construções em área de várzea e de preservação permanente, com a paralisação de todas as atividades antrópicas ali empreendidas, de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente, e de conceder o uso da aludida área a qualquer interessado (fls. 37/38).

A União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA ingressaram na lide como assistentes litisconsorciais ativos (fls. 72 e 96).

Os réus apresentaram contestações, porém intempestivas, vez que decorrido *in albis* o prazo para defesa (fl. 136).

Após regular trâmite processual, sem produção de provas em sede judicial, o MM Juízo da 2ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP julgou parcialmente procedente o pedido, ratificando a liminar anteriormente deferida, para condenar os réus ao cumprimento de obrigação de não-fazer consistente em abster-se de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde se encontra o imóvel denominado "Condomínio Tracajá" e de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal do referido imóvel, sem a necessária e indispensável autorização do órgão competente; 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 (trinta) dias; obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote, no prazo de 6 (seis) meses, pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas e endêmicas da região, com acompanhamento e tratos culturais, pelo período mínimo de 2 (dois) anos, em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais - CBRN ou pelo IBAMA,

marcando-se prazo para apresentação do projeto junto àqueles órgãos não superior a 30 (trinta) dias; e ao pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) , limitado ao prazo de 30 (trinta) dias, em caráter exclusivo cominatório, em caso de descumprimento total ou parcial de ordem judicial (fls. 271/276v).

Em razões recursais, os réus pugnam, preliminarmente, pela nulidade da sentença em razão de cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide. No mérito, requer a reforma da sentença, alegando para tanto que: a Lei nº 12.651/12 (novo Código Florestal) deve ser aplicada ao caso, o imóvel está situado em área urbana, a desproporcionalidade da obrigação de demolição do imóvel, haja vista que a área é passível de regularização ambiental e fundiária (fls. 297/325).

Por sua vez, a União pugna pela fixação de indenização pecuniária referente aos danos ambientais causados pelos réus resultante do impedimento de regeneração da vegetação no local da edificação, tendo em vista que as penas reparatória e indenizatória são cumuláveis (fls. 404/409v).

A seu turno, o *Parquet* igualmente pleiteia a condenação dos réus ao pagamento de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização pela degradação ambiental resultante da intervenção antrópica no imóvel relativo ao período de sua ocupação, sem prejuízo da obrigação de recomposição da cobertura florestal (fls. 427/441).

Ambas as apelações foram recebidas apenas no efeito devolutivo quanto à parte da pretensão que foi objeto da liminar deferida e nos efeitos suspensivo e devolutivo quanto ao restante (fls. 403 e 469).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal, pela parte ré e pela União (fls. 442/465, 471/477 e 479/496).

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região opina, em parecer, pelo provimento dos recursos da União e do Ministério Público Federal, condenando-se os ocupantes da área ao pagamento de indenização correspondente ao dano causado, e improvimento do recurso dos réus (fls. 516/524v).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Inicialmente, constata-se que, muito embora todos os réus tenham sido devidamente citados (fls. 77, 101, 118 e 135), nenhum deles apresentou contestação em tempo oportuno, deixando transcorrer *in albis* o devido prazo processual (fl. 136), razão pela qual o MM Juízo *a quo* desconsiderou o teor das contestações apresentadas pelos réus, bem como o pedido de chamamento ao processo, por serem ambos intempestivos (fl. 257).

Dessa forma, constatada a revelia (art. 319, CPC/73), os fatos alegados pelo Ministério Público Federal na inicial presumem-se relativamente verdadeiros, já que não incide nenhuma das exceções descritas no artigo 320 do Código de Processo Civil.

Nesta hipótese, havendo previsão legal de julgamento antecipado do mérito (art. 330, II, CPC/73), sendo mera consequência do efeito principal da revelia consistente em reputação

de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa em razão da não realização de prova pericial, mormente pela presença de laudo de perícia criminal federal realizado pelo núcleo de criminalística do Departamento de Polícia Federal (fls. 65/71) e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA (fls. 87/95), o que coaduna com os princípios da persuasão racional e da livre apreciação das provas pelo magistrado.

Outrossim, deveriam os réus, caso entendessem pela imprescindibilidade da prova pericial, postular de forma adequada, já que o teor das contestações foram desconsideradas pelo magistrado em face da intempestividade, o que não foi feito, tendo eles permanecidos inertes durante o prazo compreendido entre o despacho acerca da intempestividade das contestações e a conclusão dos autos para sentença (fls. 257 e 271).

Não se olvide que o efeito da revelia consistente na reputação dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros não é absoluto, vez que é meramente relativa, podendo ser, ainda, afastada na hipótese de fatos aparentemente inverossímeis, que não é o caso em tela.

Ademais, pelo princípio *iura novit curia,* apenas os fatos alegados pelo autor presumem-se verdadeiros, de forma que o magistrado não se vincula à fundamentação jurídica exposta por aquele, de maneira que inexiste óbice ao julgamento de improcedência do pedido inicial, ainda que o réu seja revel e recaia presunção de veracidade sobre os fatos expostos na exordial.

Nesse sentido:

> DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA EM FACE DE MUNICÍPIO. CONTRATO DE DIREITO PRIVADO (LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS COM OPÇÃO DE COMPRA). AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS. INEXISTÊNCIA. PROVA DA EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIBIDA PELO AUTOR. PROVA DO PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS QUE CABIA AO RÉU. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCLUSÃO A QUE SE CHEGA INDEPENDENTEMENTE DA REVELIA.
> 1. Os efeitos materiais da revelia não são afastados quando, regularmente citado, deixa o Município de contestar o pedido do autor, sempre que não estiver em litígio contrato genuinamente administrativo, mas sim uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública.
> 2. Não fosse por isso, muito embora tanto a sentença quanto o acórdão tenham feito alusão à regra da revelia para a solução do litígio, o fato é que nem seria necessário o apelo ao art. 319 do Código de Processo Civil. No caso, o magistrado sentenciante entendeu que, mediante a documentação apresentada pelo autor, a relação contratual e os valores estavam provados e que, pela ausência de contestação, a inadimplência do réu também.
> 3. A contestação é ônus processual cujo descumprimento acarreta diversas consequências, das quais a revelia é apenas uma delas. Na verdade, a ausência de contestação, para além de desencadear os efeitos materiais da revelia, interdita a possibilidade de o réu manifestar-se sobre o que a ele cabia ordinariamente, como a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II, CPC), salvo aqueles relativos a direito superveniente, ou a respeito dos quais possa o juiz conhecer de ofício, ou, ainda, aqueles que, por expressa autorização legal, possam ser apresentados em qualquer tempo e Juízo (art. 303, CPC).
> 4. Nessa linha de raciocínio, há nítida diferença entre os efeitos materiais da revelia - que incidem sobre fatos alegados pelo autor, cuja prova a ele mesmo competia - e a não alegação de fato cuja prova competia ao réu. Isso por uma razão singela: os efeitos materiais da revelia dispensam o autor da prova que lhe incumbia relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, não dizendo respeito aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito

alegado, cujo ônus da prova pesa sobre o réu. Assim, no que concerne aos fatos cuja alegação era incumbência do réu, a ausência de contestação não conduz exatamente à revelia, mas à preclusão quanto à produção da prova que lhe competia relativamente a esses fatos.
5. A prova do pagamento é ônus do devedor, seja porque consubstancia fato extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), seja em razão de comezinha regra de direito das obrigações, segundo a qual cabe ao devedor provar o pagamento, podendo até mesmo haver recusa ao adimplemento da obrigação à falta de quitação oferecida pelo credor (arts. 319 e 320 do Código Civil de 2002). Doutrina.
6. Recurso especial não provido.
(REsp 1084745/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 30/11/2012)

RECURSO ESPECIAL - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS - REVELIA DO RÉU - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO - RECURSO IMPROVIDO.
1. Não consubstancia cerceamento de defesa o fato do magistrado, ante a revelia do réu e com base nas provas constantes dos autos, julgar antecipadamente a lide.
2. Aferir se as provas colacionadas aos autos eram suficientes para formar a convicção do julgador das instâncias ordinárias enseja, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório.
3. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." (Súmula 283/STF).
4. Recurso improvido.
(REsp 1184635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 03/10/2011)

Destarte, rejeito a preliminar arguida pelos réus em apelação, razão pela qual passo à análise do mérito recursal.

A ação civil pública é um dos instrumentos processuais adequados para tutelar direitos e interesses supraindividuais, os quais abrangem os difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A manutenção do meio-ambiente ecologicamente equilibrado consiste em direito fundamental de terceira geração, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, conforme determina o artigo 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - *definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção*;
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifos nossos)

Neste contexto, com a finalidade de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, bem como proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, foram estabelecidas as áreas de preservação permanente - APP's entre os espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, VI, Lei nº 6.938/81), definidas tanto pelo antigo (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65) quanto pelo novo Código Florestal (art. 3º, II, Lei nº 12.651/12), sendo que aquelas localizadas nas margens dos cursos d'água possuem dimensões de acordo com as respectivas larguras destes:

Lei nº 4.771/65:
Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.
(...)
§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
(...)
II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)
(...)
Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta)

metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)
Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.(Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Lei nº 12.651/12:
Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
(...)
II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;
(...)
Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:
I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:
a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;
III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).
IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).
V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;
VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
VII - os manguezais, em toda a sua extensão;
VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25º, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;
X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;
XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

Comparando as normas acima, conclui-se que as larguras mínimas das APP's de faixas marginas de qualquer curso d'água não se alteraram em função da largura deste. Porém, houve alteração da linha inicial de demarcação, de forma que a nova legislação ambiental culminou em reduzir o tamanho da APP, vez que o antigo Código Florestal estabelecia sua fixação desde o nível mais alto em faixa marginal (nível alcançado por ocasião da cheia sazonal do curso d'água perene ou intermitente) e o novo Código Floresta desde a borda da calha do leito regular (calha por onde correm regularmente as águas do curso d'água durante o ano).

Saliente-se que, em face do princípio *tempus regit actum* e princípio da não regressão ou vedação ao retrocesso ecológico, a Lei nº 4.771/65, embora revogada, pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.651/12, ainda que a norma seja mais gravosa ao poluidor.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FORMAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. SÚMULA 83/STJ. PREJUDICADA A ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.651/12. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA. IRRETROATIVIDADE. PROTEÇÃO AOS ECOSSISTEMAS FRÁGEIS. INCUMBÊNCIA DO ESTADO. INDEFERIMENTO.
1. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexo causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente.
2. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial apresentada, porquanto a negatória de seguimento do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional baseou-se em juris-

prudência recente e consolidada desta Corte, aplicável ao caso dos autos.
3. Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento.
Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)." Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 327.687/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)(grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO.
DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, *CAPUT*, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.
(...)
3. Precedente do STJ que faz valer, no campo ambiental-urbanístico, a norma mais rigorosa vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao julgamento da causa, menos protetora da Natureza: O "direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a 'faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado' do arroio" (REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008).
(...)
(PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - CONSTUÇÃO - RESERVATÓRIO DE ÁGUA VERMELHA - RECUO DE 30 METROS - OBSERVÂNCIA - RESOLUÇÃO/CONAMA 302/2002 - ZONA URBANA - ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. 1. Afastada a alegação de prescrição da pretensão punitiva do IBAMA, dada a natureza permanente do ilícito narrado, o qual se protrai no tempo (art. 1º, Lei nº 9.873/1999). 2. Incidência, *in casu*, da regulamentação do Código Florestal da época (Lei nº 4.771/65, art. 2º, "b"), qual seja, a Resolução/CONAMA nº 302/2002, em atendimento ao princípio "tempus regit actum", postulado geral de direito com sede no Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). 3. O conceito de área de preservação permanente extraído da Resolução/CONAMA nº 302/2002, em vigor à época da lavratura dos atos administrativos questionados, vem prescrito pelos artigos 2º e 3º. Nesse sentido, o limite espacial da área de preservação, em torno dos reservatórios artificiais, poderá ser 30 ou 100 metros, a depender de estar localizada em zona urbana (e expansão urbana) ou rural. 4. O loteamento "Condomínio Parque Paraíso" está situado no perímetro urbano, por contar com os seguintes equipamentos de infraestrutura: coleta de lixo, malha viária, vias com iluminação pública, caixa de coleta de água, rede de energia elétrica e de água encanada e tratada, linhas de telefonia, entre outros. Prova pré-constituída nos autos. 5. Incontroverso o fato de haver o impetrante obedecido o limite de 30 metros do reservatório da represa de Água Vermelha. 6. Sem condenação em honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 10.016/2009.(AMS 00020488720084036124, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/09/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

No caso em tela, tendo sido os fatos apurados em 02.09.2010 e 04.04.2011 a 09.04.2011 (fls. 55/71 e 87/95), aplica-se a Lei nº 4.771/65, então em vigor, já que não restou comprovada a exata data da intervenção antrópica causadora do dano ambiental.

A fim de conferir uma maior proteção ao meio-ambiente, a Lei nº 6.938/81, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, ou seja, independe da caracterização da culpa, além de ser fundada na teoria do risco integral, razão pela qual é incabível a aplicação de excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar, *verbis*:

> Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
> (...)
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Nesse sentido é firme a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, o qual já se manifestou inclusive sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.
> 1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.
> 2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam*.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira

de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) *Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador.* d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.
3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.
(REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012)(grifos nossos)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA EMISSÃO DE FLÚOR NA ATMOSFERA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE OCORRER DANOS INDIVIDUAIS E À COLETIVIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DANO MORAL *IN RE IPSA*.
1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.
2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável.
3. A premissa firmada pela Corte de origem, de existência de relação de causa e efeito entre a emissão do flúor na atmosfera e o resultado danoso na produção rural dos recorridos, é inafastável sem o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.
4. É jurisprudência pacífica desta Corte o entendimento de que um mesmo dano ambiental pode atingir tanto a esfera moral individual como a esfera coletiva, acarretando a responsabilização do poluidor em ambas, até porque a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível.
5. Na hipótese, a leitura da exordial afasta qualquer dúvida no sentido de que os autores - em sua causa de pedir e pedido - pleiteiam, dentre outras, a indenização por danos extrapatrimonias no contexto de suas esferas individuais, decorrentes do dano ambiental ocasionado pela recorrente, não havendo falar em violação ao princípio da adstrição, não tendo a sentença deixado de apreciar parcela do pedido (citra petita) nem ultrapassado daquilo que fora pedido (ultra petita).

> 6. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).
> 7. Recurso especial a que se nega provimento.
> (REsp 1175907/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/09/2014)

Assim, basta a demonstração do dano ambiental e o nexo causal entre o resultado lesivo e a situação de risco criada pelo agente no exercício de atividade, no seu interesse e sob seu controle, dispensando-se assim o elemento subjetivo, para resultar na responsabilidade por dano ambiental.

Outrossim, a obrigação de reparar os danos ambientais é considerada *propter rem*, sendo irrelevante que o autor da degradação ambiental inicial não seja o atual o proprietário, pois aquela adere ao título de domínio ou posse, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, sendo inviável qualquer alegação de direito adquirido à degradação, nos termos do artigo 7º do novo Código Florestal:

> Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.
> § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.
> § 2º A obrigação prevista no § 1*o* tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Destaca-se que a novel legislação apenas veio positivar a jurisprudência já consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a obrigação de reparação por dano ambiental possui natureza real, transmissível ao sucessor, a qualquer título, na hipótese de transferência de domínio ou posse do imóvel rural, razão pela qual incabível qualquer alegação visando eximir-se do dever de reparação do dano em razão de ter ocorrido antes da *novatio legis*:

> 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.
(REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 11/09/2012) (grifos nossos)

Por outro lado, eventual preexistência de degradação ambiental não possui o condão de desconfigurar uma APP, vez que sua importância ecológica em proteger ecossistemas sensíveis, tal como cursos d'águas, ainda se perpetua, sendo a lei imperiosa no sentido de que constitui área protegida, coberta ou não por vegetação nativa (art. 1º, §2º, II, Lei nº 4.771/65 e art. 3, II, Lei nº 12.651/12), razão pela qual é necessária a recuperação ambiental, em respeito ao fim social da propriedade e a prevalência do direito supraindividual ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Há incidência *ex legi* nas APP's estatuídas pelo artigo 4º do novo Código Florestal, pois já existem independentemente da intermediação de um ato do Poder Público, diversamente daquelas prevista no artigo 6º desse *Codex*, em que há necessidade de serem declaradas como tais por ato do Poder Executivo para existirem.

In casu, segundo Laudo de Perícia Criminal Federal realizado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 55/71) e Relatório Técnico Ambiental lavrado pelo IBAMA (fls. 87/95), foi constatada, no município de Rosana/SP, a existência de loteamento, consistente em área impermeabilizante com uma edificação em alvenaria, situado à margem esquerda do Rio Paraná, localizado em área rural de 461,5m² e dentro da faixa de 500m considerada como área de preservação permanente, tendo em vista que o curso d'água tem mais de 600m, conforme previa e prevê a legislação pertinente (art. 2º, "a", item 4, Lei nº 4.771/65 e art. 4º, I, "e", Lei nº 12.651/12).

Resta demonstrado que os réus são possuidores e proprietários do imóvel em tela, conforme cópia de contrato particular de condomínio de rancho de pesca e lazer, o que foi

corroborado por declarações prestadas perante autoridade policial (fls. 160/166, 91, 94 e 101 dos autos do Procedimento Preparatório nº 310/2010 apensado aos presentes autos).

Frise-se que os documentos que instruem o presente feito demonstram que a construção em tela está situada próxima a rio, curso d'água natural perene e intermitente, não havendo que se falar em aplicação de resolução do CONAMA referente a áreas no entorno de reservatórios artificiais d'água, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.

Incumbindo ao réu o ônus da prova relativo a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC), descabe qualquer alegação de que a construção na APP em tela estaria autorizada legalmente, com fulcro no artigo 61-A do novo Código Florestal, haja vista que a parte ré não trouxe nenhum indício de que desenvolve atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo natural em área rural consolidada até 22.07.2008, o que poderia configurar uma exceção legal, não tendo produzido nenhuma prova nesse sentido. No mais, não se trata de fatos notórios, confessados pela parte contrária, incontroversos ou sobre os quais recai presunção legal de existência ou veracidade, situações que independeriam de prova, nos termos do artigo 334 do Código de Processo Civil.

Tratando-se a questão de proteção ao meio ambiente, incide o princípio *in dubio pro natura* e da precaução, de modo que ao poluidor recai o ônus probatório de inocorrência de potencial ou efetiva degradação ambiental:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.
> (...)
> 3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.
> 4. Recurso especial não provido.
> (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES.
> (...)
> 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.
> 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.
> 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento.
> (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio* diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

> 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).
> 10. Recurso Especial não provido.
> (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Por outro lado, não merece prosperar a pretensão dos réus de que o local é passível de regularização fundiária, com base nos artigos 64 e 65 da Lei nº12.651/12, pois para tanto deveria estar inserido em área urbana consolidada, a qual não é definida somente através de ato municipal, vez que deve preencher requisitos mínimos estabelecidos em lei federal (artigo 47, Lei nº 11.977/09), consistentes em densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada com o mínimo de equipamento de infraestrutura urbana.

Porém, tais requisitos legais não encontram-se preenchidos, vez que o laudo do IBAMA é claro no sentido de que a propriedade está situada em área rural, de acordo com a Lei nº 4.771/65, MP nº 1.956-54/00 e Resolução CONAMA nº 303/02 (fls. 87/95).

No mais, a área em questão é considerada como de risco, o que reforça a inviabilidade de regularização, conforme restou demonstrado pelo Auto de Constatação nº 226/09 (fls. 69/74 do apenso) e Ofício nº 14GB-121/2013/10 (fls. 127/140).

Destarte, considerando que construções de edifícios implicam em supressão de vegetação nativa e suas manutenções impedem a regeneração natural, não havendo, no caso em tela, autorização do Poder Público, o qual poderia concedê-la apenas em caso de utilidade pública, interesse social ou de baixa impacto ambiental (art. 4º, *caput*, Lei nº 4.717/65 e art. 8º, *caput*, Lei nº 12.651/12), a mera manutenção de edificação em APP é ilícito civil, passível de responsabilização, causando dano ecológico *in re ipsa*, sendo medida de rigor a manutenção da condenação da parte ré em se abster de utilizar ou explorar as áreas de várzea e preservação permanente onde está situado o imóvel em tela, bem como de promover ou permitir a supressão de qualquer tipo de cobertura vegetal, sem a autorização do órgão ambiental competente; demolição de todas as construções existentes nas referidas áreas, com a retirada do respectivo entulho; e recomposição da cobertura florestal da área de preservação permanente do referido lote em conformidade com projeto técnico a ser submetido e aprovado pelo órgão ambiental competente, nos termos estabelecidos na r. sentença.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CASAS DE VERANEIO ("RANCHOS"). LEIS 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965), 6.766/79 (LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO) E 6.938/81 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). DESMEMBRAMENTO E LOTEAMENTO IRREGULAR. VEGETAÇÃO CILIAR OU RIPÁRIA. CORREDORES ECOLÓGICOS. RIO IVINHEMA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NULIDADE DA AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO, DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA AMBIENTAL TÁCITA. PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO

DE OFÍCIO DE LICENÇA E DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. PRECEDENTES DO STJ.
1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra proprietários de 54 casas de veraneio ("ranchos"), bar e restaurante construídos em Área de Preservação Permanente - APP, um conjunto de aproximadamente 60 lotes e com extensão de quase um quilômetro e meio de ocupação da margem esquerda do Rio Ivinhema, curso de água com mais de 200 metros de largura. Pediu-se a desocupação da APP, a demolição das construções, o reflorestamento da região afetada e o pagamento de indenização, além da emissão de ordem cominatória de proibição de novas intervenções. A sentença de procedência parcial foi reformada pelo Tribunal de Justiça, com decretação de improcedência do pedido.
ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR 2. Primigênio e mais categórico instrumento de expressão e densificação da "efetividade" do "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", a Área de Preservação Permanente ciliar (= APP ripária, ripícola ou ribeirinha), pelo seu prestígio ético e indubitável mérito ecológico, corporifica verdadeira trincheira inicial e última - a bandeira mais reluzente, por assim dizer - do comando maior de "preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais", prescrito no art. 225, *caput* e § 1º, I, da Constituição Federal.
3. Aferrada às margens de rios, córregos, riachos, nascentes, charcos, lagos, lagoas e estuários, intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao status de peça fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade, genuínas veias bióticas do meio ambiente. Objetivamente falando, a vegetação ripária exerce tarefas de proteção assemelhadas às da pele em relação ao corpo humano: faltando uma ou outra, a vida até pode continuar por algum tempo, mas, no cerne, muito além de trivial mutilação do sentimento de plenitude e do belo do organismo, o que sobra não passa de um ser majestoso em estado de agonia terminal.
4. Compreensível que, com base nessa *ratio* ético-ambiental, o legislador caucione a APP ripária de maneira quase absoluta, colocando-a no ápice do complexo e numeroso panteão dos espaços protegidos, ao prevê-la na forma de superfície intocável, elemento cardeal e estruturante no esquema maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tudo isso, a APP ciliar qualifica- se como território *non aedificandi*. Não poderia ser diferente, hostil que se acha à exploração econômica direta, desmatamento ou ocupação humana (com as ressalvas previstas em lei, de caráter totalmente excepcional e em *numerus clausus*, v.g., utilidade pública, interesse social, intervenção de baixo impacto).
5. Causa dano ecológico *in re ipsa*, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação *propter rem* de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. Precedentes do STJ.
LICENCIAMENTO AMBIENTAL 6. Se é certo que em licença, autorização ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ao Administrador, quando implementa a legislação ambiental, incumbe agregar condicionantes, coartações e formas de mitigação do uso e exploração dos recursos naturais - o que amiúde acontece, efeito de peculiaridades concretas da biota, projeto, atividade ou empreendimento -, não é menos certo que o mesmo ordenamento jurídico não lhe faculta, em sentido inverso, ignorar, abrandar ou fantasiar prescrições legais referentes aos usos restringentes que, por exceção, sejam admitidos nos espaços protegidos, acima de tudo em APP.

7. Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. Se, diante de pleito do particular, o Administrador permanece silente, é intolerável que a partir da omissão estatal e do nada jurídico se entreveja salvo-conduto para usar e até abusar dos recursos naturais, sem prejuízo, claro, de medidas administrativas e judiciais destinadas a obrigá-lo a se manifestar e decidir.
8. Embora o licenciamento ambiental possa, conforme a natureza do empreendimento, obra ou atividade, ser realizado, conjunta ou isoladamente, pela União, Distrito Federal e Municípios, não compete a nenhum deles - de modo direto ou indireto, muito menos com subterfúgios ou sob pretexto de medidas mitigatórias ou compensatórias vazias ou inúteis - dispensar exigências legais, regulamentares ou de pura sabedoria ecológica, sob pena de, ao assim proceder, fulminar de nulidade absoluta e insanável o ato administrativo praticado, bem como de fazer incidir, pessoalmente, sobre os servidores envolvidos, as sanções da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (arts. 66, 67 e 69-A) e da Lei da Improbidade Administrativa, às quais se agrega sua responsabilização civil em regime de solidariedade com os autores diretos de eventual dano causado.
HIPÓTESE DOS AUTOS 9. O Recurso Especial em questão debate, entre outros pontos, os efeitos da suspensão de ofício da Licença de Operação 12/2008, emitida pelo órgão ambiental do Estado de Mato Grosso do Sul e incorporada às razões de decidir do acórdão recorrido. Nos Embargos de Declaração, o *Parquet* suscita, de maneira expressa, a suspensão de ofício da licença concedida, bem como diversas outras omissões. Em resposta, o respectivo acórdão limita-se a apontar pretensão supostamente infringente, sem examinar as impugnações, todas pertinentes para o deslinde da controvérsia. Por essa razão, vislumbro ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes do STJ em situações análogas.
10. Recurso Especial parcialmente provido para anular o acórdão dos Embargos de Declaração. (REsp 1245149/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 13/06/2013)(grifos nossos)

Outrossim, as obrigações de fazer ou não-fazer destinadas à recomposição *in natura* do bem lesado e a indenização pecuniária são perfeitamente cumuláveis, ao menos em tese, por terem pressupostos diversos, priorizando os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental, nos termos dos artigos 225, §3º, da Constituição Federal e 4º da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Os deveres de indenizar e recuperar possuem natureza de ressarcimento cível, os quais almejam de forma simultânea e complementar a restauração do *status quo ante* do bem ambiental lesado, finalidade maior a ser alcançada pelo Poder Público e pela sociedade.

A possibilidade de cumulação visa, em última análise, evitar o enriquecimento sem causa, já que a submissão do poluidor tão somente à reparação do ecossistema degradado fomentaria a prática de ilícitos contra o meio-ambiente.

Inexistindo, portanto, *bis in idem*, os réus não se eximem da obrigação de indenizar ainda que demonstrem o propósito de recuperar a área ambientalmente degradada.

De acordo com esse entendimento, é a pacífica jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE

VIOLAÇÃO. ARTS. 130 E 131 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, § 1º, DA LEI Nº 6.398/1981. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. MULTA DE QUE TRATA O ART. 538 DO CPC MANTIDA.

1. Não prospera a alegação de violação dos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, uma vez que os arestos recorridos estão devidamente fundamentados. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.

2. Não houve violação dos arts. 130 e 131 do CPC. Isso porque, tais artigos consagram o princípio da persuasão racional (livre convencimento), segundo o qual o magistrado fica habilitado a julgar a demanda, conforme seu convencimento, à luz do cenário fático-probatório dos autos, da jurisprudência aplicável ao caso concreto, da legislação adequada e das circunstâncias particulares da demanda.

3. A responsabilidade pelos atos que desrespeitam as normas ambientais é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa (art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81), mormente quando comprovado o nexo causal entre a conduta e o dano, como no caso presente. Precedentes: AgRg no AREsp 165.201/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/06/2012; REsp 570.194/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/11/2007.

4. *A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar.* Precedentes: REsp 1.227.139/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/04/2012; REsp 1.115.555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011.

5. A exigência da comprovação do cumprimento de "Condicionantes" impostas pelo IBAMA deverá ser realizada na fase do cumprimento de sentença, por demandar considerável lapso temporal.

6. Não se aplica a Súmula 98 do STJ quando há renovação de embargos declaratórios que apenas repetem os temas elencados nos embargos anteriores. Multa do art. 538 que deve ser mantida.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 1307938/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 16/09/2014)(grifos nossos)

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. *A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual.* Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. "O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem

e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos" (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido.

(REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015)(grifos nossos)

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 repristinação 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 influi, 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 imediata e completamente restaurado ao status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.
7. A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa. Daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável "risco ou custo do negócio", acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.
8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo.
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, porquanto, 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*.
> (REsp 1198727/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 09/05/2013)

Dessa forma, imperiosa a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos causados pela intervenção antrópica na área de preservação permanente, correspondente ao período temporal em que a coletividade esteve privada desse bem comum, cujo *quantum debeatur*, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, por se tratar de dano a direito e interesse difuso, deverá ser fixado na liquidação por arbitramento, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA PERTENCENTE A UNIÃO. DANO AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO. RECUPERACÃO DO MEIO AMBIENTE LOCAL. UNIÃO E IBAMA ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS. 1. Não há que se falar em ausência de fundamentação da sentença ou em julgamento *extra petita*. 2. Não houve violação à Lei Adjetiva Civil, na medida em que não ocorreu extrapolação do pedido. 3. A sentença proferida incorreu em julgamento *citra petita*. Omissão no tocante ao pleito de indenização pelo uso irregular da área da União, de uso comum do povo. 4. Não restou devidamente comprovado nos autos que o muro de contenção erigido era necessário à segurança da residência. 5. Demolição da obra e recomposição do local com pedregulhos, tendo em vista tratar-se de área marítima pertencente à União, com intuito de evitar degradações ambientais ainda maiores e corrigir, da melhor forma possível os danos causados. 6. Cabível a indenização por uso irregular e gratuito de área da União e os danos ambientais perpetrados. O valor deverá ser calculado em liquidação por arbitramento. 7. Apelações e remessa oficial providas.
> (AC 00074010320104036104, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

> DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO AMBIENTAL PROPOSTA PARA CONDENAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO DERRAMAMENTO DE "ACETATO DE VINILA" NA ÁGUA DO MAR DO ESTUARIO DO PORTO DE SANTOS, JULGADA IMPROCEDENTE. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO POR GLOBAL TRANSPORTE OCEÂNICO S/A NÃO CONHECIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DE OCEANUS AGÊNCIA MARÍTIMA RECONHECIDA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO: A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE É IMPRESCRITÍVEL (PRECEDENTES). INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DAS LEIS 6.938/81 E 7.347/85 (TEORIA DO RISCO INTEGRAL). EFETIVA PROVA DA OCORRÊNCIA DO VAZAMENTO DE SUBSTÂNCIA RECONHECIDAMENTE NOCIVA ÀS FORMAS DE VIDA. IRRELEVÂNCIA DA EXTENSÃO DO DERRAMAMENTO. INDENIZAÇÃO EM FACE DA TOXIDADE DA SUBSTÂNCIA QUÍMICA DERRAMADA, COM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO (PRECEDENTES). JUROS DE MORA, CORREÇÃO MONETÁRIA E VERBA HONORÁRIA.
> (...)
> 10. Verificando-se a ocorrência de dano ambiental, necessário se faz fixar o "quantum" indenizatório, o qual deve ser suficiente para repercutir na esfera patrimonial do poluidor, desestimulando-o a praticar atos deletérios ao meio ambiente. O valor da indenização, no caso

em tela, deverá ser estimado por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do Código de Processo Civil, cujos parâmetros a serem utilizados para a fixação do valor deverão ser: 1) a quantidade de "acetato de vinila" derramado: aproximadamente 100 (cem) litros; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do produto químico derramado: "acetato de vinila" (VAM - IMO 3.2.1. - ONU - 1301), derivado de petróleo leve; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

11. Ao valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, deverá ser observado o que dispõe o seu artigo 406, oportunidade em que os juros serão computados com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.

12. Considerando-se o grau do zelo profissional, bem como a complexidade da ação, razoável a fixação da verba de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da condenação nos termos do artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo mencionado no art. 13 da Lei 7.347/1985.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0013488-09.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 26/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2013)

Sobre o valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano até dezembro de 2002 (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, CC/16) e, a partir de janeiro de 2003, serão computados com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora (art. 406, CC/02), a partir do evento danoso.

A correção monetária deverá incidir com base nos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/10 do Conselho da Justiça Federal, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida pelos réus em apelação e, no mérito, nego-lhe provimento e dou provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal para condenar os réus ao pagamento de indenização pelos danos ambientais causados pela intervenção antrópica em área de preservação permanente, cujo *quantum debeatur* deverá ser fixado por ocasião da liquidação da sentença, nos termos dos artigos 475-C e 475-D do Código de Processo Civil, a ser revertido ao Fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

Direito Civil

APELAÇÃO CÍVEL
0029033-54.1997.4.03.6100
(2009.03.99.029174-2)

Apelante: CT TUCANO IND. E COM. LTDA.
Apelados: CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS - CPAD E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Parte ré: ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1452860
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

DIREITO CIVIL: PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. PRINCÍPIO FIRST TO FILE. SISTEMA ATRIBUTIVO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. PRECEDÊNCIA. INFRACLASSES. SUBCLASSES. INTERCLASSES. USUÁRIO DE BOA-FÉ. DIREITO DE PRECEDENCIA AO REGISTRO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO INSTAURADO. RECONVENÇÃO EXTINTA. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Considerando que, se reconhecida a nulidade do ato que indeferiu o primeiro pedido de registro da marca, seus efeitos retroagem, atingindo, dessa forma, a validade dos registros que foram concedidos a marcas que tenham como base tal ato nulo, não há que se falar em prejudicado o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo do INPI que inviabilizou o pedido de registro, em razão de já ter sido concedido, posteriormente, o registro da mesma marca à apelada.

II - Ressalte-se que, em anulando o ato administrativo que indeferiu o pedido de registro de marca, ao concedê-lo, há resultado prático aos atos decorrentes, uma vez que a concessão dos registros de marcas idênticas configuraria titularidade ilegítima, deve ser acolhido o pedido de nulidade da sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito.

III - No que tange à reconvenção, não compete à Justiça Federal o julgamento do pedido, formulado pela ré reconvinte em face da autora reconvinda, de condenação desta a abster-se do uso da marca ou dos hinos que a compõem, uma vez que é matéria restrita a direito autoral e às duas empresas privadas, não cabendo a intervenção do INPI.

IV - Tendo em vista que direito autoral é matéria de competência da Justiça Estadual, pois o bem jurídico protegido constitui propriedade intelectual e as partes interessadas, que alegam ser titular do direito de edição de hinos, são empresas privadas, não havendo violação a bem, interesse ou serviço da União ou autarquia federal, como o INPI, ou empresa pública federal, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para processar e julgar tal reconvenção. Assim sendo, julga-se extinta a reconvenção, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

V - Levando-se em conta a natureza da ação, tem-se que os fatos que se pretendem provar independem da produção de prova pericial, sendo certo que as provas juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia posta no feito.

VI - Da análise das marcas “ARPA” (nominativa), “ARPA” (mista) e “HARPA PENTE-

COSTAL" (nominativa), identifica-se semelhança fonética de parte dos seus elementos e o fato de estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, critérios estes entre os previstos no artigo 65, nº 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogada pela Lei 9.279/96) que dispõe sobre o impedimento do registro de marcas que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras marcas já registradas.

VII - No entanto, a semelhança é muito pequena, uma vez que é limitada, restrita à fonética de parte da marca "HARPA PENTECOSTAL", não havendo confusão nem mesmo com relação ao sentido: a) contém disparidade na forma e extensão da grafia; b) é similar na fonética de apenas um dos termos, apesar de, tanto no conjunto que a compõe quanto na parte fonética semelhante (harpa), individualmente, ser inconfundível, uma vez que tais elementos foneticamente semelhantes são diferentes tanto na grafia quanto no significado gramatical; c) a marca "HARPA PENTECOSTAL", apreciada no conjunto, não apenas pelos detalhes isolados dos elementos de composição: "PENTECOSTAL" e "HARPA" que a compõem, não deixa dúvida no observador.

VIII - De fato, a pequena semelhança fonética de um dos elementos entre as marcas é irrelevante, não induzindo a confusão ou associação entre elas, devendo ser apreciadas no conjunto e não pelos elementos que as compõem isoladamente.

IX - Além da marca "HARPA PENTECOSTAL" ser distinta da marca "ARPA", tanto pelo elemento de composição, com similaridade restritamente fonética, "HARPA" quanto no vocábulo "PENTECOSTAL", não reproduzindo ou imitando a marca "ARPA", a classificação de seus produtos também são distintos infraclasses, sendo que, apesar de fazerem parte da mesma classe genérica (Classe 16: papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos), são subclassificadas em itens limitadores diferentes ("ARPA"- item 10: Papel e papelão e "HARPA PENTECOSTAL" - Item 20: Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral), ou seja, fazem parte de diferentes infraclasses, não induzindo o consumidor a adquirir produto da empresa autora, pensando tratar-se de produtos da empresa ré.

X - Entre as marcas "ARPA" e "HARPA PENTECOSTAL", embora se observe identidade fonética em um dos dois elementos que compõe esta última, o remanescente é totalmente distinto, o elemento de mesma identidade fonética também é distinto tanto na forma gráfica quanto no significado, além de pertencer a infraclasse diferente, situação que, por si só, leva à conclusão de impossibilidade de erro, não cabendo o indeferimento de seu registro.

XI - Cabe por oportuno considerar que a marca nominativa "HARPA CRISTÂ", de produto na Classe 11.10 (Classe 11= revistas, jornais e publicações periódicas, item 10 = jornais, revistas e publicações periódicas em geral), concedida pelo INPI, em 25/06/76, à parte ré apelada CPAD, ou seja, 10 (dez) anos após a concessão à marca "ARPA", depositada esta em 22/05/61 e concedida em 18/10/66, impeditiva da marca "HARPA PENTECOSTAL", pedido depositado em 01/08/94, tendo em seu bojo o elemento "harpa", e convivendo sem qualquer notícia de conflito.

XII - Ainda que se diga que as marcas "ARPA" e "HARPA CRISTÃ" são de classes de produtos diferentes, 16.20 e 11.10 respectivamente, por isso a concessão de marca com o mesmo elemento que foi motivo para impedir o registro de outra marca ("HARPA PENTECOSTAL", classe 16.20), não seria o caso de evitar a colidência por afinidade

de produtos interclasses, como é o caso da Classe 11 e 16, ou evitar a delimitação inadequada, uma vez que o item 20, limitador da Classe 16, Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral, tem mais afinidade com o item 10 da Classe 11: jornais, revistas e publicações periódicas em geral, do que com o item 10: Papel e papelão, da classe 16, motivo do indeferimento do pedido de registro da marca destinada a assinalar uma coletânea de hinos evangélicos.

XIII - Como a reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17, da Lei 5772/71, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto, não há que se falar em anterioridade impeditiva em sendo a marca "HARPA PENTECOSTAL" para distinguir uma coletânea de hinos evangélicos (livro) e a marca "ARPA" para designar especificamente papel e papelão, produtos esses distintos e consumidores específicos, do contrário, seria o caso também de colidência por afinidade de produtos interclasses, ou seja, com a Classe 11.10, da marca "HARPA CRISTÃ".

XIV - Considere-se o já decidido em ação ajuizada pela parte ré, na Justiça Estadual, em face da parte autora apelante, com vistas a esta abster-se de usar a marca "HARPA PENTECOSTAL", onde se concluiu que a expressão "harpa", utilizada em composição com outras palavras, não induz à confusão, nem semelhança com a marca "HARPA CRISTÃ", sendo julgada improcedente a ação.

XV - Cabe salientar que os termos "arpa" e "harpa" são de uso comum, não cabendo sua apropriação exclusiva, tanto fonética, ortográfica quanto do sentido que carregam consigo, impedindo o registro, desta forma, signo distintivo que se utilize de qualquer um desses termos, mesmo em combinação com outro, como é caso da marca "HARPA PENTECOSTAL" e até mesmo "HARPA CRISTÃ". Dessa forma, conclui-se que nem mesmo a extrema desatenção do consumidor o levaria a erro. Além do fato de que nomes foneticamente iguais para produtos diferentes não dão o direito de uso exclusivo da marca.

XVI - Analisando os autos, a decisão administrativa que indeferiu, em 16/07/1996, o pedido, depositado em 01/08/94, de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", da parte autora apelante, e conduziu o seu arquivamento em 25/03/97, deve ser anulada, uma vez que tal marca possui característica e distintividade suficiente, podendo conviver pacificamente no mercado com as marcas nominativa e mista "ARPA", concedidas em 18/10/66 e 09/10/1994 respectivamente, apontadas como impeditivas, pois não enseja confusão ou associação indevida, além do fato de na época o INPI já ter concedido o registro para a marca "HARPA CRISTÃ", ue contém o elemento "HARPA", o que configuraria motivo idêntico para seu indeferimento, se considerada, como o instituto autárquico considerou com relação à marca em debate, colidência por afinidade de produto interclasses, o que não ocorreu, encerrando tal procedimento patente violação ao princípio da isonomia.

XVII - Considerando o caráter usual da expressão em tela, vide, inclusive, o decidido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, quando relacionado ao mesmo ramo mercadológico, não haveria como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, sem qualquer elemento que distinguisse o signo ou ressalva da não exclusividade de uso da expressão "arpa", isoladamente, mas somente do seu conjunto.

XVIII - Ressalte-se que a lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, atreladas exclusivamente a uma única empresa e impedindo, dessa forma, que sejam registradas

por outras empresas como marca mista, dentro de um conjunto marcário, este sim, de fato, protegido com exclusividade, como é caso das marcas "HARPA PENTECOSTAL" e "HARPA CRISTÃ", ou não teria o legislador inserido a ressalva "salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva", quer no aspecto gráfico ou no fonético.

XIX - O INPI, em reexame da matéria, reitera a colidência fonética entre os termos "ARPA" e "HARPA", apesar de, no mesmo dia em que indeferiu o pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", para a parte autora, 25/03/97, requerido em 01/08/94, concedeu a mesma marca "HARPA PENTECOSTAL", classe 11.10, nº 818.297.778, para a parte ré, 25/03/97, antes da cessão dos direitos da marca "ARPA", realizado em 16/04/1997, impeditiva do registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", sob o fundamento de que o outro pedido foi arquivado, coincidentemente no mesmo dia, 25/03/97, encontrando-se esse processo administrativo, segundo o INPI em contestação, com recurso de Revisão Administrativa, por parte da autora apelante.

XX - Assim, a manutenção de tal ato administrativo acarreta sérios prejuízos à apelante, uma vez que é impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeita a ver a sua marca sendo utilizada por terceiros, de forma injusta, decorrente de entendimento contraditório adotado por parte do INPI.

XXI - Como se não bastasse, em 17/03/98, o INPI concedeu o registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", classe 16.20, nº 818.297.786, depositada em 18/01/95 pela empresa ré, apesar de já se encontrar em curso a presente ação, ajuizada em 12/08/97, e a que tramitou na Justiça Estadual desde 1995, sendo negado provimento ao recurso de apelação em 14/05/97.

XXII - Cabe destacar que o direito para a proteção das marcas no Brasil se adquire através do registro no INPI e não pelo seu uso no comércio, conforme expresso no art. 129, caput, da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96.

XXIII - Ou seja, o direito sobre a marca se constitui de um ato administrativo do Estado, representado este pelo INPI, após o processo de registro da marca, concedido ao interessado se atendidos os requisitos da LPI, aplicando-se o princípio first to file, ou seja, concedido àquele que primeiro depositou a marca no INPI, sistema este atributivo, ao contrário do sistema declaratório em que o direito de propriedade sobre a marca é reconhecido a partir do seu uso no comércio.

XXIV - Como acima exposto, no sistema atributivo brasileiro, o direito de propriedade é constituído somente no ato de concessão do registro pelo INPI, cabendo apenas uma hipótese de exceção a tal regra, em que é reconhecido o direito ao usuário de boa-fé, conforme o disposto no § 1º do artigo 129 da LPI: "§ 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.".

XXV - Ressalte-se que o reconhecimento da precedência, acima exposto, é uma exceção ao princípio first to file, em que se considera à marca usada de boa-fé, com mais de 6 (seis) meses de antecedência em relação a um terceiro que primeiro depositou sinal idêntico ou semelhante no INPI, o direito de precedência ao registro.

XXVI - No entanto, tal direito de precedência deve ser exercido antes do ato de concessão do registro a terceiro, uma vez que a lei garante o direito de precedência do registro e não o direito ao registro, ou seja, o direito só pode ser exercido antes de haver registro no âmbito do procedimento administrativo instaurado junto ao INPI, não podendo ser reconhecido outro pedido de registro como uma oposição a um pe-

dido de registro já concedido.
XXVII - A lei assegura o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro, de modo que tal arguição só pode ser realizada no âmbito do procedimento administrativo de concessão instaurado perante o INPI, antes da concessão do registro marcário.
XXVIII - A utilização da marca "HARPA PENTECOSTAL" pela parte autora TC, antes dos depósitos dos pedidos das marcas "HARPA PENTECOSTAL" nºs 818.297.778 e nº 818.297.786 pela empresa apelada CPAD, restou comprovada nos autos, inclusive o próprio depósito do pedido de registro, rejeitado pela instituição competente para concede-lo, em desacordo com as disposições legais, e os recursos administrativos interpostos, são anteriores às indevidas concessões.
XXIX - O recorrente, além de utilizar, comprovadamente, de boa-fé a marca "HARPA PENTECOSTAL", a mais de 2 (dois) anos antes dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" pela empresa apelada, se opôs, administrativamente, antes e depois das concessões dos registros, realizadas de forma não isonômica, comprovando tal direito.
XXX - Desta forma, cabe tanto a nulidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591 quanto a nulidade dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas, não podendo o titular de tal direito ser protegido pelo registro marcário inválido e exercê-lo da maneira que melhor lhe aprouver, em afronta ao artigo 129, § 1º, da Lei de Propriedade Industrial.
XXXI - O recurso provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento do pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591, e os deferimentos dos pedidos de registro das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas.
XXXII - Enfim, o ato nulo não gera qualquer direito, porquanto os seus efeitos se dissolvem *ex tunc* desde o momento em que tenha sido decretada a nulidade, sendo descabida a alegação de boa fé da parte de alguém que tinha ciência de que estava requerendo uma marca que era imitação fiel, irmã gêmea de outra já em uso e em processo de análise do seu registro pelo INPI.
XXXIII - Reconvenção extinta, sem resolução de mérito. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso para desconstituir a sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e com fulcro no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, não conhecer dos pedidos formulados na reconvenção, declarando sua extinção sem resolução de mérito, conforme o art. 267, inciso IV, do CPC; e julgar procedente o presente pedido, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de apelação interposta por CT TUCANO IND. E COM. LTDA, contra r. Sentença de fls. 551/553 que, nos autos da ação, de rito ordinário, anulatória de ato administrativo, proposta em face da CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS - CPAD e do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, assim dispôs:

> (...)
> É relatório. Fundamento e decido.
> O caso é de julgamento da lide principal no estado atual, nos termos do artigo 329 do CPC, por ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a ausência superveniente de interesse processual.
> É que está prejudicado o pedido para decretar a nulidade "do ato administrativo que inviabilizou o pedido de depósito da marca "HARPA PENTECOSTAL" da Requerente, sendo então prontamente viabilizado".
> De nada adianta anular a decisão do INPI que determinou o desarquivamento do pedido de registro dessa marca.
> A titularidade da marca "HARPA PENTECOSTAL" foi concedida pelo INPI à ré CPDA em 17.3.1998, sob nº 818297786 (fl. 265), e não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade deste registro.
> Mesmo que se determinasse o desarquivamento no INPI do pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", formulado pela autora, tal pedido esbarraria no óbice da titularidade, pela ré CDPA, do registro da mesma marca no INPI sob nº 818297786.
> Do mesmo modo, a concessão desse registro à ré CPDA prejudica o pedido para anular o "ato administrativo que decidiu pela viabilização do pedido de depósito da marca "Harpa Pentecostal" da Requerida CPAD, que deve ser inviabilizado".
> Não haveria nenhum resultado prático em anular a decisão do INPI que decidiu pela viabilização do pedido de marca "HARPA PENTECOSTAL" em benefício da CPDA, porque esta é agora titular do registro dessa marca no INPI, e não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade deste registro.
> No que diz respeito à pretensão da autora, de "Abstenção ao uso da marca "Harpa Pentecostal" pela requerida CPDA", falece à Justiça Federal competência para julgá-la. Reporto-me aos fundamentos abaixo para decretar a incompetência absoluta da Justiça Federal para julgar a reconvenção apresentada pela ré reconvinte.
> Ainda, a pretensão de "Declaração de inexistência de colidência fonética entre a "Harpa" da "Harpa Pentecostal" da Requerente e a "Arpa" da Requerida Arpa Artefatos de Papel e Papelão Ltda." (cedida por esta à ré CPDA) também não tem mais nenhum sentido prático.
> Dessa declaração não decorreria a decretação de nulidade do registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" no INPI sob nº 818297786, que permanece existente, válida e eficaz, pois não há na presente demanda pedido de decretação de nulidade desse registro.
> Agora a reconvenção. O caso também é de julgamento no estado atual, nos termos do artigo 329 do CPC, por ser o caso de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a incompetência absoluta da Justiça Federal.
> Realmente, à Justiça Federal não compete o julgamento do pedido formulado na reconvenção pela ré reconvinte CPDA em face da autora reconvinda CT, de condenação desta a abster-se do uso da marca "HARPA PENTECOSTAL" ou dos hinos que a compõem.
> De um lado, não cabe a intervenção do INPI nessa reconvenção, restrita a duas empresas privadas, que não estão sujeitas à competência da Justiça Federal em razão da pessoa.
> De outro, não sendo a matéria determinante da competência da Justiça Federal (competência

em razão da matéria), esta não tem competência para processar e jugar demanda em que se pede abstenção de uso de marca.
Somente em uma única situação há competência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido de abstenção de uso de marca: quando tal pedido é formulado em demanda na qual se pede a decretação de nulidade marca, por força do artigo 173, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, que estabelece: "O Juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios".
No presente caso, conforme já afirmei, não há pedido de decretação de nulidade de registro de marca. Daí a impossibilidade de a Justiça Federal julgar o pedido.
Ainda que assim não fosse, a ré reconvinte, a CDPA, já ajuizou na Justiça Estadual demanda cominatória em face da autora reconvinda, a TC, pedindo exatamente a condenação desta a abster-se de usar a marca "HARPA PENTECOSTAL". Tal demanda foi julgada improcedente, conforme acórdão de fls. 30/33, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Esses fatos não foram negados pela CDPA, que não pode renovar na Justiça Federal demanda julgada improcedente pela Justiça Estadual. É certo que não se tem nos autos prova do trânsito em julgado desse acórdão. Mas no mínimo haveria litispendência.
Dispositivo
Não conheço dos pedidos formulados na lide principal e na reconvenção e decreto a extinção delas sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil.
Por haver a autora reconvinda sucumbido na lide principal e a ré reconvinte na reconvenção, há sucumbência recíproca integral, cabendo-lhes arcar com as custas que despenderam e com os honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, atualizado desde o ajuizamento pelos índices das ações condenatórias em geral, sem a Selic, previstos na Resolução 561/2007, do Conselho da Justiça Federal.
Certificado o trânsito em julgado, se nada for requerido no prazo de 5 (cinco) dias arquivem-se os autos.
(...)

Em suas razões de apelação (fls. 564/569), sustenta a empresa apelante:

1 - nulidade da sentença recorrida ante ao fato de ter aplicado o disposto no artigo 329 do CPC, sendo que o registro da apelada foi deferido posteriormente ao ajuizamento da presente demanda;

2 - que, se a apelante foi quem depositou primeiro a marca, a ela deve ser deferido o direito de uso;

3 - que o direito deve ser exercido por quem primeiro reivindica à autoridade administrativa;

4 - que a apelante é titular, exclusiva, do direito de edição dos hinos de Paulo Leivas Macalão, conforme contrato juntado aos autos;

5 - que a CPAD, sem autorização da apelante, edita e usa o título HARPA PENTECOSTAL em nítido ato de pirataria;

Requer seja reformada a sentença, determinando que a apelada, CPAD, se abstenha de usar a marca HARPA PENTECOSTAL.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões (fls. 583/597 e 666/671), subiram estes autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

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

Com razão a apelante.

Trata-se de ação, ajuizada por CT TUCANO IND. E COM. LTDA, cujo objetivo é:

a) a anulação do ato administrativo que, realizada com base no artigo 65, item 17 da Lei 5.772/71, inviabilizou o registro do pedido de depósito da marca nominativa "HARPA PENTECOSTAL", nº 817.967.591, de produto na classe 16.20, de titularidade da apelante, em razão, segundo o INPI, a anterioridade do registro das marcas "ARPA", nominativa e mista, de produto na classe 16.10, e colidência fonética entre elas, entendendo a autora apelante que as duas marcas são empregadas em produtos totalmente distintos, se destinando a marca "HARPA PENTECOSTAL" a assinalar hinários evangélicos e a marca "ARPA" à designação de artefatos de papel e papelão (bobinas ou resnas), devendo, assim, ser viabilizada;

b) a anulação do ato administrativo que viabilizou o pedido de depósito da marca nominativa "HARPA PENTECOSTAL", nº 818.297.778, de produto na classe 11.10, de titularidade da apelada CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS - CPAD;

c) a abstenção da CPAD ao uso da marca "HARPA PENTECOSTAL";

d) a declaração de inexistência de colidência fonética entre o elemento nominativo "harpa" da marca "HARPA PENTECOSTAL" e "arpa" da marca "ARPA", atualmente titular a CPAD e originariamente a ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA;

e) e a condenação dos apelados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

INTERESSE PROCESSUAL

A preliminar de carência de ação, por ausência de interesse processual, confunde-se com o mérito da causa e por isso com ele será apreciada, não havendo que se falar em estar prejudicado o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo do INPI que inviabilizou o pedido de registro, em 01/08/94, da marca "HARPA PENTECOSTAL" da autora apelante em razão de já ter sido concedido, posteriormente (17/03/98 e 25/03/97), o registro da mesma marca à apelada CPAD, considerando-se que, se reconhecida a nulidade do ato que indeferiu o primeiro pedido de registro da marca, seus efeitos retroagem, atingindo, dessa forma, a validade dos registros que foram concedidos a marcas que tenham como base tal ato nulo.

Havendo, portanto, resultado prático com relação à hipótese de declaração de inexistência de colidência entre as marcas "ARPA" e "HARPA PENTECOSTAL" e à decisão do INPI que concedeu o registro da mesma marca (HARPA PENTECOSTAL) a quem quer que fosse.

Ressalto que, em anulando o ato administrativo que indeferiu o pedido de registro de marca, ao concedê-lo, há resultado prático aos atos decorrentes, uma vez que a concessão dos registros de marcas idênticas configuraria titularidade ilegítima.

Conforme o acima exposto, deve ser acolhido o pedido de nulidade da sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, porquanto a discussão posta na ação originária visa anular o ato administrativo promovido pelo INPI e todos os seus efeitos.

Nada obstante a decisão de primeiro grau não ter enfrentado o pedido, configurada está a sua nulidade e, considerando que a matéria encontra-se madura para julgamento, passo à sua análise, conforme autorizado pelo artigo 515, §3º, do CPC:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. JULGAMENTO DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TAXA REFERENCIAL (TR). POSSIBILIDADE.

1. Não obstante o art. 515, § 3º, do CPC, utilize a expressão "exclusivamente de direito", ao permitir que o Tribunal conheça desde logo da lide, no caso de extinção sem exame de mérito, na verdade não excluiu a possibilidade de julgamento da causa quando não houver necessidade de outras provas. O mencionado dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 330, o qual permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente questões de direito ou, "sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência". Assim, firmada a conclusão adotada pelo Tribunal a quo na suficiência de elementos para julgar o mérito da causa, não pode esta Corte revê-la sem incursionar nas provas dos autos, providência vedada pela Súmula 07/STJ.

2. "No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei nº 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico" (REsp 969.129/MG, SEGUNDA SEÇÃO).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 619405/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 08/06/2010)

Preliminar superada, passo à análise da reconvenção e do mérito do recurso.

RECONVENÇÃO

No que tange à reconvenção, não compete à Justiça Federal o julgamento do pedido, formulado pela ré reconvinte CPDA em face da autora reconvinda CT, de condenação desta a abster-se do uso da marca "HARPA PENTECOSTAL" ou dos hinos que a compõem, uma vez que é matéria restrita a direito autoral e às duas empresas privadas, não cabendo a intervenção do INPI.

Tendo em vista que direito autoral é matéria de competência da Justiça Estadual, pois o bem jurídico protegido constitui propriedade intelectual e as partes interessadas, que alegam ser titular do direito de edição dos hinos de Paulo Leivas Macalão, são empresas privadas, não há violação a bem, interesse ou serviço da União ou autarquia federal, como o INPI, ou empresa pública federal, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para processar e julgar tal reconvenção.

É pacífica a jurisprudência neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Em face do princípio da especialidade, o crime do art. 184, § 2º, do Código Penal, prevalece sobre o delito de descaminho, independentemente da origem do fonograma ou videofonograma reproduzido com violação ao direito do autor. Precedentes.

2. *Cingindo-se a denúncia ao crime de violação de direito autoral, sem imputar aos Recorrentes qualquer conduta que possa evidenciar eventual crime de descaminho, inexiste ofensa a bem, interesse ou serviço da União, apto a ensejar a competência da Justiça Federal para decidir o feito.*

3. Recurso provido para reconhecer a competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito. (grifos meus)

(STJ - RHC nº 21.841-PR, 5ªTurma)

> PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE MARCA. EXISTÊNCIA DE COLIDÊNCIA COM MARCA ALHEIA ANTERIORMENTE REGISTRADA. LEI Nº 9.279/96. RECONVENÇÃO. ABSTENÇÃO DE USO DA MARCA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
> (AC 199551010029205, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 30/09/2008 - Página::268.)

Assim sendo, julgo extinta a reconvenção, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC.

PERICIA

É certo que foi dada oportunidade às partes, havendo nos autos despachos para que especificassem as provas que pretendessem produzir, (fls. 114,125 e 130) comprovando os fatos constitutivos de direito e de fato.

Consoante o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil:

> caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Diante de tal quadro, sendo o juiz o destinatário da prova, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, cabe a ele verificar a necessidade de realização de alguma das espécies admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Com relação à prova pericial, confira-se o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

> Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo juiz, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Destarte, levando-se em conta a natureza da ação, tenho que os fatos que se pretendem provar independem da produção de prova pericial, sendo certo que as provas juntadas aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia posta no feito.

SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA DOS PEDIDOS E CONCESSÕES DAS MARCAS, EM DEBATE, JUNTO AO INPI:

> (fl. 172)
> Marca Nominativa: "ARPA", 4º decênio (02/09/97)
> Classe: 16.10
> Especificação: papel e papelão
> Natureza: produto
> Situação: registro
> Marca: 003.411.109
> Depósito: 22/05/61
> Data da concessão: 18/10/66
> Vigência: 18/10/06
> Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD
> 02/09/97: ARPA Artefatos de Papel e Papelão Ltda
> 16/04/97: cessão (fl. 259)
> 12/08/97: ação ordinária, 8ª Vara Federal, processo nº 97.0029033-6
> 01/09/98: CED ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA

(fls. 550/551)
Marca Nominativa: "HARPA CRISTÂ", 3º decênio (16/04/96)
Classe: produtos/serviços: 11.10
Especificação dos produtos/serviços: jornais, revistas e publicações periódicas em geral.
Marca: 006.360.580
Data da concessão: 25/06/76
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 171)
Marca Mista: "ARPA"
Classe: 16.10
Natureza: produto
Especificação: papel e papelão
Marca: 811.166.376
Deposito: 12/05/1983
Data da concessão: 09/10/94
Situação: extinto
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD
14/02/95: Int Gobernat
21/10/97: CED ARPA Artefatos de Papel e Papelão ltda
14/04/98: Req Editora BRTRC Pet 052292 de 09/12/97
23/06/98 prestação de esclarecimentos qto ao objeto social da cessionária
23/06/98, transferência anotada na RPI 1403, em 21/10/97
01/09/98 CED ARPA ATEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA
29/11/05 EXTINTO inciso I do art. 142 da LPI

(fl. 61/62)
Marca Nominativa: "HARPA CRISTÃ"
Classe: 16.20
Natureza: produto
Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral
Marca: 817.924.868
Depósito: 27/07/94
Viável: 28/03/95 (fl. 61)
24/10/95: deferido
23/04/96: pedido exp rec
25/02/97: arquivamento, item 17, art 65 do CPI: REG 811.166.376
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fls. 21/40 e 168)
Marca Nominativa: "HARPA PENTECOSTAL"
Classe: 16.20
Natureza: produto
Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral
Numero do pedido: 817.967.591
Depósito: 01/08/94
Recurso contra o indeferimento: 05/01/1995
Resposta ao recurso: 24/02/1997 [obs.: fonética e graficamente (?) colidentes]
Indeferimento: 16/07/96
Arquivamento: 25/03/97

12/08/97: ação ordinária 8º Vara Federal, proc nº 97.0029033-6
Titular: Confecções Tucano Ind. Com. De Roupas Ltda

(fl. 7 e 30/36)
Ação nº 1203/95, 2ª Vara do Fora Regional de Vila Prudente/SP: abstenção do uso de marca com pedido cominatório.
12/08/1997 inicial

(fls. 63/64 e 36/39)
Marca Nominativa: "HARPA PENTECOSTAL"
Classe: 11.10
Natureza: produto
Especificação: jornais, revistas e publicações periódicas em geral
Marca: 818.297.778
Depósito: 18/01/95
24/02/1997: Resposta ao pedido da TC (05/01/1995), de Revisão Administrativa (art. 65, item 17, do CPI)
Data da concessão: 25/03/97 (antes da data de cessão do direito "ARPA")
Vigência: 25/03/97
16/04/97: cessão direito marca "ARPA"
14/05/97: Acórdão TJ/SP apelação cível nº 281.548-1/5
12/08/97: INICIAL JF
19/05/98: Pedido de Revisão Administrativa por TC (fl. 55 e doc. Fls. 63/64)
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 28)
24/02/1997: Resposta ao pedido da TC (fls. 35/39), em 05/01/1995, de Revisão Administrativa contra marca 818.297.778, (art. 65, item 17 do CPI), conforme acima.

25/03/97:
ARQUIVAMENTO do pedido de marca "HARPA PENTECOSTAL" a TC e;
CONCESSÃO do pedido de marca "HARPA PENTECOSTAL" a CPAD.

16/04/97 cessão da marca "ARPA" a CPAD

19/05/98: Revisão administrativa do despacho de Concessão do registro RPI 1373 de 25/03/1997, pedido de Revisão Administrativa da marca nº 818.297.778, por: Confecções Tucano Indústria e Comércio de Roupas LTDA.
Segundo o INPI em contestação:
- (fl. 55), este processo encontra-se com recurso de Revisão Administrativa (doc. 3, fls. 63/64);
- o registro da marca 818.297.778 foi deferido vez que a anterioridade impeditiva foi arquivada (fl. 58).
Pedido de cessão e transferência da marca ARPA: 16/04/97
Cessão e transferência à Casa Publicadora da Assembleia de Deus os direitos sobre a marca ARPA

(fls. 65/66 e 265)
Marca Nominativa: "HARPA PENTECOSTAL", 1º decênio (17/03/98)
Classe: 16.20
Natureza: produto
Especificação: livros, álbuns, moldes de papel e impresso em geral

Marca: 818.297.786
Depósito: 18/01/95
Ação JF/SP: 12/08/97
Acórdão TJ/SP: 14/05/97
Data da concessão: 17/03/98
Vigência: 17/03/98
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD
Data despacho: 02/06/98
Texto despacho: ação ordinária 8ª Vara Federal/SP, proc. 97.0029033-6
Já é registro e hoje se encontra sustado a vista da presente ação (fl 55 e doc 4)

(fl. 253)
Marca Nominativa: "HARPA CRISTÃ", 1º decênio 17/03/98
ncl(8)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: livros, impressos
Numero do pedido: 819.913.510
Depósito: 12/05/97
Data da concessão: 05/11/2002
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fl. 190)
Alega a CPAD que a cessão da marca "ARPA", 003.411.109, foi anterior (16/04/97) ao ajuizamento da presente ação (12/08/97).

(fl. 254)
Marca Nominativa: "HARPA", 1º decênio 26/09/2000
ncl (7)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: álbuns, calendários de folhas soltas, folhetos, livros, livros de canções.
Número do pedido: 819.913.529
Depósito: 12/05/97
Data da concessão: 26/09/2000
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

(fls. 30/36)
14/05/1997: Acórdão do TJSP, Apelação Cível nº 281.548-1/5, 7ª Câmara S.L.
Autor: CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS
Réu: TUCANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Pedido: não utilizar a expressão "HARPA" e deixar de plagiar o hinário da apelante.
Resultado da ação: improcedente e negado provimento ao recurso.
Segundo o entendimento do TJSP, a expressão "harpa" identifica instrumento musical de cordas dedilháveis e hinos religiosos, enquanto "arpa" vem do verbo arpar, não cabendo o uso exclusivo da expressão, por constituírem palavras de uso comum (fls. 33), incorporadas à linguagem comum, apesar de ambas as partes comercializarem produtos do mesmo ramo, mas não se verificando a confusão apontada pela CPAD.

12/08/1997 inicial

(fl. 252)
Marca Mista: "HARPA CRISTÃ", 1º decênio 05/11/2002

ncl(8)/Classe: 16
Natureza: produto
Especificação: livros, impressos (material)
Numero marca: 820.308.935
Depósito: 08/10/97
Data da concessão: 05/11/2002
Titular: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil CPAD

Conforme a Classificação Nacional de Produtos e Serviços e guia do usuário:

O ato normativo que criou a Classificação Nacional de Produtos e Serviços estabeleceu um limite: cada pedido de registro de marcas deverá assinalar uma única classe. Adicionalmente, dentro da classe escolhida, o pedido poderá compreender até o máximo de três itens. No caso de medicamentos, o limite é de dois itens. Duas premissas estiveram presentes na elaboração da Classificação:
- Estabelecer uma linguagem que agregasse produtos e serviços, utilizando denominações genéricas que delimitassem adequadamente o âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, permitissem a análise de colidências por *afinidade de produtos/serviços, intra e interclasse*s.
- Estabelecer um código, fixado em quatro dígitos, que traduzisse cada linha de produto/serviço, a fim de permitir a automação. Os dois primeiros dígitos *representam a classe do produto ou serviço e os dois dígitos finais o item específico dentro da classe.*
A classificação foi instituída pelo Ato Normativo 51, de 1981 e já existem estudos em andamento para sua atualização. A diretiva básica será sua compatibilização com a Classificação Internacional de Nice, adotada por diversos países, e que representa, a exemplo da congênere Classificação Internacional de Patentes, uma referência básica em termos de padronização internacional.
A Classificação atual é composta de 41 classes, sendo 35 referentes a produtos e seis a serviços. Conforme explicado, cada uma das classes é dividida em itens. Algumas classes, normalmente as mais demandadas, possuem grande número de itens.
(...).
Tabela de Classificação de Produtos e Serviços
(...)
Classe 11
Revistas, jornais e publicações periódicas.
Item 10
Jornais, revistas e publicações periódicas em geral.
Notas explicativas
Incluem-se neste item exclusivamente *publicações com previsão e compromisso de periodicidade,* cujo conteúdo de cada edição não represente mera atualização ou complementação da edição anterior.
Classe 16
Papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos.
Item 10
Papel e papelão.
Notas explicativas
Incluem-se neste item os papéis em bobina ou em resma, excluindo-se o papel para forrar interiores (item 27.20) e papel para cigarro (item 34.20).
Os confetes, serpentinas e demais papéis simplesmente cortados de qualquer forma também estão incluídos neste item, exceto os papéis higiênicos e papéis impregnados com substân-

cias para higiene pessoa (item 03.20), toalhas de papel (item 24.20), lenços de papel (item 25.50) etc.
Item 20
Livros, álbuns, moldes de papel e *impressos em geral.*
Notas explicativas
Consideram-se para efeito deste item, como impressos, os papéis para serem escritos, mesmo contendo pautas, timbres ou quaisquer indicações. Por exemplo: papel almaço pautado, cadernos escolares, livros de contabilidade, duplicatas, faturas, etiquetas etc.
Incluem-se, também, neste item, *os artigos para encadernação e gravuras*. (grifos meus)

Da análise das marcas "ARPA" (nominativa), "ARPA" (mista) e "HARPA PENTECOSTAL" (nominativa), identifica-se semelhança fonética de parte dos seus elementos e o fato de estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, critérios estes entre os previstos no artigo 65, nº 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogada pela Lei 9.279/96) que dispõe sobre o impedimento do registro de marcas que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras marcas já registradas.

No entanto, a semelhança é muito pequena, uma vez que é limitada, restrita à fonética de parte da marca "HARPA PENTECOSTAL", não havendo confusão nem mesmo com relação ao sentido, conforme abaixo:

- contém disparidade na forma e extensão da grafia;

- é similar na fonética de apenas um dos termos, apesar de, tanto no conjunto que a compõe quanto na parte fonética semelhante (harpa), individualmente, ser inconfundível, uma vez que tais elementos foneticamente semelhantes são diferentes tanto na grafia quanto no significado gramatical;

- a marca "HARPA PENTECOSTAL", apreciada no conjunto, não apenas pelos detalhes isolados dos elementos de composição: "PENTECOSTAL" e "HARPA" que a compõem, não deixa dúvida no observador.

De fato, a pequena semelhança fonética de um dos elementos entre as marcas é irrelevante, não induzindo a confusão ou associação entre elas, devendo ser apreciadas no conjunto e não pelos elementos que as compõem isoladamente.

Além da marca "HARPA PENTECOSTAL" ser distinta da marca "ARPA", tanto pelo elemento de composição, com similaridade restritamente fonética, "HARPA" quanto no vocábulo "PENTECOSTAL", não reproduzindo ou imitando a marca "ARPA", a classificação de seus produtos também são distintos infraclasses, sendo que, apesar de fazerem parte da mesma classe genérica (Classe 16: papel, livros, impressos de todos os tipos, pequenos artigos para escritório, material didático e de desenho, ornamentos, manequins, caracteres de imprensa, plantas, flores e frutas artificiais e artigos religiosos), são subclassificadas em itens limitadores diferentes ("ARPA"- item 10: Papel e papelão e "HARPA PENTECOSTAL" - Item 20: Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral), ou seja, fazem parte de diferentes infraclasses, não induzindo o consumidor a adquirir produto da empresa autora, pensando tratar-se de produtos da empresa ré.

Entre as marcas "ARPA" e "HARPA PENTECOSTAL", embora se observe identidade fonética em um dos dois elementos que compõe esta última, o remanescente é totalmente distinto, o elemento de mesma identidade fonética também é distinto tanto na forma gráfica quanto no significado, além de pertencer a infraclasse diferente, situação que, por si só, leva à conclusão de impossibilidade de erro, não cabendo o indeferimento de seu registro.

Partindo das duas premissas utilizadas na elaboração da Classificação Nacional de Produtos e Serviços para o registro de marcas, conforme anteriormente transcrito:

> 1)- Estabelecer uma linguagem que agregasse produtos e serviços, utilizando denominações genéricas que delimitassem adequadamente o âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, permitissem a análise de colidências por afinidade de produtos/serviços, intra e interclasses;
> 2)- Estabelecer um código, fixado em quatro dígitos, que traduzisse cada linha de produto/serviço, a fim de permitir a automação. Os dois primeiros dígitos representam a classe do produto ou serviço e os dois dígitos finais o item específico dentro da classe.

Cabe por oportuno considerar que a marca nominativa "HARPA CRISTÂ", de produto na Classe 11.10 (Classe 11= revistas, jornais e publicações periódicas, item 10 = jornais, revistas e publicações periódicas em geral), concedida pelo INPI, em 25/06/76, à parte ré apelada CPAD, ou seja, 10 (dez) anos após a concessão à marca "ARPA", depositada esta em 22/05/61 e concedida em 18/10/66, impeditiva da marca "HARPA PENTECOSTAL", pedido depositado em 01/08/94, tendo em seu bojo o elemento "harpa", e convivendo sem qualquer notícia de conflito.

Ainda que se diga que as marcas "ARPA" e "HARPA CRISTÃ" são de classes de produtos diferentes, 16.20 e 11.10 respectivamente, por isso a concessão de marca com o mesmo elemento que foi motivo para impedir o registro de outra marca ("HARPA PENTECOSTAL", classe 16.20), não seria o caso de evitar a colidência por afinidade de produtos interclasses, como é o caso da Classe 11 e 16, ou evitar a delimitação inadequada, uma vez que o item 20, limitador da Classe 16, Livros, álbuns, moldes de papel e impressos em geral, tem mais afinidade com o item 10 da Classe 11: jornais, revistas e publicações periódicas em geral, do que com o item 10: Papel e papelão, da classe 16, motivo do indeferimento do pedido de registro da marca destinada a assinalar uma coletânea de hinos evangélicos?

Como a reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17, da Lei 5772/71, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto, não há que se falar em anterioridade impeditiva em sendo a marca "HARPA PENTECOSTAL" para distinguir uma coletânea de hinos evangélicos (livro) e a marca "ARPA" para designar especificamente papel e papelão, produtos esses distintos e consumidores específicos, do contrário, seria o caso também de colidência por afinidade de produtos interclasses, ou seja, com a Classe 11.10, da marca "HARPA CRISTÃ".

Nessa linha é o entendimento jurisprudencial:

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RESPONSABILIDADE DO INPI NAS AÇÕES DE CANCELAMENTO DE MARCA. USO DE NOMES IGUAIS A PRODUTOS DIFERENTES NÃO DÁ DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA MARCA. AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO.
> 1. Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
> 2. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento à apelação, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
> 3. *Nomes iguais para produtos diferentes não dá direito a uso exclusivo da marca. Esse foi o entendimento firmado pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao*

julgar o caso de duas empresas que possuem produtos distintos, embora pertencentes a um mesmo segmento.
4. Em relação ao pedido do INPI de que não pode ser incluído no polo da ação, nada a deferir, tendo em vista que o INPI pode ser incluído como assistente litisconsorcial nas ações de nulidade de marca.
5. No presente caso, a parte agravante não trouxe subsídios suficientes para afastar a aplicação do art. 557, do Código de Processo Civil ou mudar meu entendimento acerca da matéria em debate no presente agravo.
6. Agravo legal improvido. (grifos meus)
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AC 0000398-77.2004.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 18/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2015)

ADMINISTRATIVO - NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 65, ITEM 17 DO CPI - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO - DECLARAÇÃO DE REGISTRO NO INPI. I - *A reprodução proibida, de que trata o art.65, item 17 do CPI, é apenas aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto. Portanto, sendo a apelante um Veículo de Comunicação e a apelada um Agente de Propaganda, prestadoras de distintos serviços, com consumidores específicos, não há que se falar em anterioridade impeditiva. II - Ato administrativo ilegítimo, que nega a proteção ao nome fornecido pelo registro, a marca já existente e registrada. III - Recurso provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) por serem ilegítimas e sejam deferidos os pedidos de registro da ora apelante.* (grifos meus)
(AC 9802059706, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SEGUNDA TURMA, DJU - Data: 08/08/2003 - Página::309.)

Considere-se o já decidido em ação ajuizada pela parte ré CDPA, na Justiça Estadual (fls. 30/36), em face da parte autora apelante TC, com vistas a esta abster-se de usar a marca "HARPA PENTECOSTAL", onde se concluiu que a expressão "harpa", utilizada em composição com outras palavras, não induz à confusão, nem semelhança com a marca "HARPA CRISTÃ", sendo julgada improcedente a ação, conforme acórdão abaixo transcrito:

(...)
Trata-se de apelação interposta contra a decisão (fls. 92/95), cujo relatório se adota, prolatada na ação Ordinária de Preceito Cominatório aforada pela CASA PUBLICADORA DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS contra TUCANO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, julgada improcedente condenando a autora no pagamento de honorários arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa.
Apela a vencida, buscando a reforma do julgado (fls. 97/102). Sustenta que utilizando da faculdade contida na Lei 5.772/71 atual Código de Propriedade Industrial (CPI) obteve junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), o registro da marca "HARPA CRISTÂ" com direito ao uso exclusivo no território nacional, face a anterioridade de registro - Certificado 00630580, na classe 11.10. Entretanto, a ré está copiando o hino relativos a obra mencionada de forma irregular em concorrência desleal. Somente o titular de uma marca registrada é que tem o direito de usá-la.
A ré ingressou com pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" na classe 16, sendo o pedido indeferido (art. 65 item 17 do CPI), porquanto os registros 003411109 e 81116637, pertencem a titular da marca "ARPA ARTEFATOS DE PAPEL E PAPELÃO LTDA". A requerida justifica a utilização da marca por ser o nome "HARPA" nome comum e vulgar, sem originalidade. Requer o provimento do recurso para obrigar a requerida a não utilizar a expressão "HARPA" e deixar de plagiar o hinário da apelante.

Contra-arrazoado (fls. 106/112), requer a apelada o desprovimento do recurso. Tece comentários quanto a prova produzida. Diz que a matéria posta em discussão se restringe a discussão de edição de livros e não relativa a edições periódicas de revistas e jornais. A expressão "HARPA" não colide com a expressão "Arpa Artefatos de Papel e papelão Ltda". Diante do indeferimento do pedido de registro, ingressou com recurso administrativo. A expressão "Harpa" é vulgar, sem originalidade (art. 65, item 20 do CPI). Requer o desprovimento do recurso. Efetuado o preparo (fls. 103/104), subiram os autos.

RELATÓRIO

A matéria posta em discussão revela que a ré estaria utilizando a marca "Harpa Pentecostal" em suas edições de hinários religiosos, fato que estaria causando confusão entre o público consumidor da autora, visto ser esta detentora de registro de marca "Harpa Cristã" junto ao INPI, e ter portanto direito de uso exclusivo à sua utilização em todo o território nacional.

"Harpa" segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira - Novo Dicionário da Língua Portuguesa pelo Latim Vulgar identifica Instrumento de cordas dedilháveis, conhecidos desde a Antiguidade. Hoje, instrumento aproximadamente triangular, de cordas desiguais, que se tangem com os dedos das duas mãos, e dotado de um mecanismo de pedais ... que não se confunde com "Arpa" do verbo arpar.

No escólio de JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES - Tratado da Propriedade Industrial, Editora Resenha Tributária, 1988 Vol. I, pg. 280, diz que sob o título de Denominação necessária ou vulgares Gama Cerqueira leciona que as denominações necessárias ou vulgares dos produtos também podem servir de marca, mas precisam revestir de forma distinta, não podendo o comerciante ou industrial se apropriar dos nomes do produto que vende ou fabrica, impedindo que seus concorrentes exerçam o direito de se servirem dele. O uso exclusivo dessas denominações violaria, sem dúvida, a liberdade de comércio, estabelecendo o monopólio direito da venda ou fabricação de toda espécie de produto, uma vez que se fosse lícito a qualquer comerciante ou industrial apropriar-se da denominação empregada, de modo corrente, pelo público e pelo comércio para designá-los.

A denominação necessária ou vulgar de um produto pode ser adotada de modo exclusivo para assinalar produtos diversos, constituindo, nesse caso, simples denominação de fantasia, salvo se for suscetível de induzir o consumidor em erro sobre a natureza, a qualidade e composição do produto. Em nosso direito as denominações "necessárias" distinguem-se das denominações "vulgares", embora na prática conforme observação de Carvalho de Mendonça, sejam empregadas como uma única expressão - denominação necessárias ou vulgares - ou como expressões equivalentes.

Com efeito, as duas expressões não possuem o mesmo sentido, pois a denominação necessária pode ser vulgar sem ser necessária ... a respeito das denominações necessárias e vulgares, nenhum desses nomes e denominações podem dizer-se indispensáveis por não serem os únicos. Mas tanto a denominação científica do produto ou artigo, como os seus nomes corretos, inclusive denominações populares, não podem ser apropriados privativamente por qualquer pessoa (Obra citada pg. 281). O artigo 65, item 20 do CPI estabelece ainda não ser registrável nome, denominações, sinal, figura ou símbolo de uso necessário ou vulgar, quando tiver relação com produto, mercadoria ou serviço, salvo se revestirem de suficiente forma distintiva, não merecendo, assim, melhores considerações os fatos apontados no curso do processo.

Restou incontroverso que a expressão "HARPA" que não se confunde com expressão "Arpa - verbo" vem sendo utilizada desde a Antiguidade para identificar instrumento de corda e na atualidade para identificar instrumento musical triangular dotado de pedais, como também para identificar Livro de Cântico Religioso e não uma determinada marca, incorporando-se a linguagem comum do povo. Em outras palavras, o uso exclusivo da expressão "Harpa" não tem cabimento, por constituir palavra de uso comum da população que expressa o sentido a identificar instrumento musical como também a Livro de Cântico Religioso. A expressão quando incorporada á linguagem comum de um povo torna-se vulgar, sem originalidade como

é o caso da expressão "Harpa" que vem sendo utilizada não só para identificar instrumento musical como hinos religiosos.
Como bem salientou o MM. Juiz a "quo" (fls. 94), inobstante ambos os litigantes comercializem produtos do mesmo ramo, não se verifica a confusão apontada pela autora, porquanto a palavra "Harpa" é ordinariamente utilizada pela população e, portanto, não serve de elemento identificador de nenhuma empresa, produto ou estabelecimento comercial. A referida expressão gera apenas efeitos como marca de expressão, não se podendo sustentar que a expressão "HARPA CRISTÃ" seja semelhante à expressão "HARPA PENTECOSTAL".
(...)
Assim, o uso da expressão "Harpa" utilizado em composição com outras palavrar não induz a nenhuma confusão, nem constitui concorrência desleal. A expressão "Harpa Pentecostal" não apresenta nenhuma semelhança com a expressão "Harpa Cristã" seja semelhante à expressão "HARPA PENTECOSTAL". Por medida de cautela, deixa-se de apreciar os argumentos ofertados pela autora no sentido de que o pedido formulado pela apelada perante o órgão competente e por se tratar de matéria estranha a esse procedimento.
Assim, o uso da expressão "Harpa" utilizado em composição com outras palavras não induz a nenhuma confusão, nem constitui concorrência desleal. A expressão "Harpa Pentecostal" não apresenta nenhuma semelhança com a expressão "Harpa Cristã".
Por fim, o farto de estar a apelada plagiando o hino da autora é matéria impertinente a esse procedimento, porquanto é resguardada pelo Direito Autoral. O objeto do pedido formulado na inicial se restringe a utilização da marca que viola os direitos da recorrente.
Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.
Júlio Vidal.

Cabe salientar que os termos "arpa" e "harpa" são de uso comum, não cabendo sua apropriação exclusiva, tanto fonética, ortográfica quanto do sentido que carregam consigo, impedindo o registro, desta forma, signo distintivo que se utilize de qualquer um desses termos, mesmo em combinação com outro, como é caso da marca "HARPA PENTECOSTAL" e até mesmo "HARPA CRISTÃ".

Dessa forma, conclui-se que nem mesmo a extrema desatenção do consumidor o levaria a erro. Além do fato de que nomes foneticamente iguais para produtos diferentes não dão o direito de uso exclusivo da marca.

Nesse sentido, assim já decidiu esta Egrégia Corte:

ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA DE REGISTRO DE MARCA. INPI. "PEG PAG" E "PAG-LEVE" MARCAS QUE NÃO SE CONFUNDEM. CARÁTER SUBJETIVO DO EXAME. APELO PROVIDO.
1. Conforme o art. 65, item 17, da Lei nº 5.772/71, não basta que a marca cuja anulação de registro se pretende seja semelhante, incidindo a irregistrabilidade apenas se constatado que a mesma possa causar erro, dúvida ou confusão com outra anteriormente registrada, a evidenciar o caráter necessariamente subjetivo do exame que deve ser feito sobre a questão.
2. Entre as marcas "PEG PAG" e "PAG-LEVE" embora observe-se identidade gráfica e fonética em um dos dois elementos que as compõem, o remanescente é totalmente distinto, além de colocado em posição invertida em relação ao similar, situação que, por si só, já poderia levar à conclusão de impossibilidade de erro.
3. De outro lado, encaradas as duas marcas como um todo, aqui abstraindo-se o elemento que as aproxima, a pronúncia completa deixa claro que, sob a ótica estritamente fonética, nenhuma similaridade existe entre os termos, levando à conclusão de que somente exacerbada desatenção do consumidor poderia levá-lo ao erro temido pela Apelada e vislumbrada na r. sentença.
4. Isoladamente considerado, o termo "PAG", embora inovador por constituído da corruptela

> do modo imperativo do verbo "pagar", somente faz sentido se associado ao elemento anterior "PEG" deixando clara a indicação do modo de funcionamento da empresa Autora que, por se tratar de um supermercado, orienta seus consumidores a se servirem em suas gôndolas e, ao final, pagar a conta devida.
> 5. Nesse quadro, não se pode dizer que o registro da marca "PAG-LEVE" pela empresa Ré constitua cópia indevida ou possa confundir o consumidor, pois, aqui, clara é a indicação do funcionamento distinto, pagando o consumidor o preço da mercadoria e levando-a consigo.
> 6. Apelo provido. Pedido julgado improcedente, com inversão dos ônus da sucumbência.
> (TRF 3ª Região, TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO, AC 0643277-90.1984.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO CARLOS LOVERRA, julgado em 02/08/2007, DJU DATA:04/10/2007)

Analisando os autos, entendo que a decisão administrativa que indeferiu, em 16/07/1996, o pedido, depositado em 01/08/94, de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", da parte autora apelante, e conduziu o seu arquivamento em 25/03/97, deve ser anulada, uma vez que tal marca possui característica e distintividade suficiente, podendo conviver pacificamente no mercado com as marcas nominativa e mista "ARPA", concedidas em 18/10/66 e 09/10/1994 respectivamente, apontadas como impeditivas, pois não enseja confusão ou associação indevida, além do fato de na época o INPI já ter concedido o registro para a marca "HARPA CRISTÃ", que contém o elemento "HARPA", o que configuraria motivo idêntico para seu indeferimento, se considerada, como o instituto autárquico considerou com relação à marca em debate, colidência por afinidade de produto interclasses, o que não ocorreu, encerrando tal procedimento patente violação ao princípio da isonomia.

Nessa linha, trago à colação os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE ANULOU REGISTRO DE MARCA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTPOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA - AGRAVO PROVIDO. I - Além da clara distinção gráfica e fonética entre as alegadas marcas colidentes, segundo manifestou-se nos autos, a agravada não se utiliza comercialmente da marca "FLEBONITRIN", e tampouco tem interesse em mantê-la sob sua propriedade, o que afasta completamente o risco de se gerar confusão ao público consumidor; II - *O ato administrativo que anulou o registro da marca "FLEBON", de propriedade da agravante, encerra patente violação ao princípio da isonomia, na medida em que o INPI, antes da concessão do registro da marca da agravada, já havia concedido o registro, na mesma classe de produto, para várias marcas contendo o radical "FLEBO"; III - A manutenção da decisão agravada poderá acarretar sérios prejuízos à agravante, uma vez que poderá vir a ser impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeitar a ver a sua marca sendo utilizada parasitariamente por terceiros*; IV - Agravo de instrumento provido. (grifos meus)
> (AG 201202010178919, Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 06/12/2013.)

> APELAÇÕES - REMESSA NECESSÁRIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - COLIDÊNCIA ENTRE MARCAS - EXPRESSÃO DE USO COMUM - RECURSOS IMPROVIDOS I - A sistemática da lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, nos casos em que o significado corriqueiro da palavra possa de alguma forma invocar o produto, ou suas qualidades, ainda que remotamente - ou não teria o legislador inserido a ressalva "salvo quando revestidos

de suficiente distintividade", inserto no artigo 124, VI, da LPI. II - Sabe o legislador que a linguagem é instrumento imprescindível a todas as atividades humanas, exigindo, por óbvio, que o uso de uma expressão extraída de um idioma vivo - a título de marca - importe em grande dose de criatividade do interessado, de modo a lhe conferir um novo significado, sem prejuízo daquele já empregado corriqueiramente pelos falantes da língua, sob pena de traduzir-se em título sem capacidade de impedir outros registros (com a mesma expressão) resultando no que a doutrina denomina de "marca fraca". III - Entendimento sobejamente adotado pelo INPI no dia a dia de suas atribuições, e que pode ser conferido em seu cadastro, constituído por inúmeras marcas, como bem visto na sentença, que se utilizam das expressões FRUT E FRUIT. IV - Apelações e Remessa Necessária improvidas.
(TRF - 2ª Região - AC 2006.51.01.530157-6 - v.u. - Rel. Des. Messod Azulay Neto - j. 30/06/2009 - DJU em 10/07/2009 - pág. 156, grifos nossos)

Com efeito, tais evocativos, sendo de uso comum, não poderiam ser apropriados com exclusividade, cabendo a convivência, desde que haja uma mínima diferença, procedendo, portanto, a pretensão da empresa autora apelante, uma vez que as marcas em questão são gráfica e gramaticalmente diferentes.

Tanto é assim que, considerando o caráter usual da expressão em tela, vide, inclusive, o decidido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 30/36), quando relacionado ao mesmo ramo mercadológico, não haveria como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, sem qualquer elemento que distinguisse o signo ou ressalva da não exclusividade de uso da expressão "arpa", isoladamente, mas somente do seu conjunto.

Cabe salientar que as expressões de uso comum não são suscetíveis de uso exclusivo.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do julgado a seguir transcrito e o entendimento jurisprudencial:

COMERCIAL. MARCA. VOCÁBULO DE USO COMUM. Não obstante o registro como marca, a expressão "off price" pode ser usada no contexto da denominação de um centro comercial. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 237.954/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 15/03/2004, p. 264)
(STJ - REsp nº 62.754, SP, Relator o Ministro Nilson Naves, D.J.U. 03.08.98);
(STJ - REsp nº 242.083, RJ, Relator o Ministro Menezes Direito, D.J.U. 05.02.2001);

Ressalte-se que a lei, no que diz respeito a expressões de uso comum, não tem por escopo impedir o registro, mas vedar a concessão em caráter exclusivo, atreladas exclusivamente a uma única empresa e impedindo, dessa forma, que sejam registradas por outras empresas como marca mista, dentro de um conjunto marcário, este sim, de fato, protegido com exclusividade, como é caso das marcas "HARPA PENTECOSTAL" e "HARPA CRISTÃ", ou não teria o legislador inserido a ressalva "salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva", quer no aspecto gráfico ou no fonético.

Confiram-se, por todos, os Julgados cujas ementas seguem reproduzidas:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO. REGISTRO. LIMITAÇÃO DE USO. ART. 124, INCISO VI, LEI Nº 9.279/96. 1. A marca registrada junto ao INPI sem direito ao uso exclusivo torna possível o uso por empresas do mesmo ramo de atividades, desde que no sentido comum e em conjunto com outros elementos identificadores. 2. O art. 124, inciso VI, da LPI veda o registro como marca do "sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou sim-

plesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva". 3. A expressão "PERSONAL PARK" tem caráter necessário, comum ou vulgar, relacionando-se intrinsecamente com o serviço a distinguir, inserido na classe NCL (8) 39, referindo-se a serviços de administração e locação de estacionamentos e estacionamento de carros. 4. O registro da locução "PERSONAL PARK" só é efetivamente possível sob a forma de apresentação mista, vale dizer, porque está associada a outros elementos identificadores que lhe conferem a distintividade suficiente a autorizar o registro, que, todavia, deverá ostentar a ressalva de não exclusividade sobre o uso do elemento nominativo. Considerando o caráter usual da expressão em tela, quando relacionado ao ramo mercadológico da empresa-autora, não há como admitir a sua registrabilidade sob a forma meramente nominativa, dada a ausência de elementos que propiciem a necessária distintividade ao signo. 5. Apelação provida.
(AC 200751018107507, Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::05/05/2009 - Página::180/181.)

DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AGRAVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA VER RECONHECIDA A DISTINTIVIDADE DA MARCA "ACESSORIOS MODERNOS" E COMPELIR O INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI A EXCLUIR OU ALTERAR A RESSALVA FEITA EM SEU REGISTRO NO SENTIDO DE QUE A SUA TITULAR NÃO TEM "DIREITO AO USO EXCLUSIVO DO ELEMENTO NOMINATIVO". I - O elemento nominativo da marca mista ACESSORIOS MODERNOS é descritivo dos produtos para os quais foi registrado (artigos de vestuário, calçados, chapelaria e bijuteria), motivo porque não se cogita da apropriação dessa expressão de uso comum e apenas é possível o deferimento da exclusividade em função do conjunto formado pela disposição figurativa diferenciada, inexistindo qualquer ilegalidade na restrição feita no certificado de registro quanto ao uso exclusivo do elemento nominativo, de forma a impedir a concessão de uso exclusivo a sinais genéricos e designativos de qualidade. II - Agravo desprovido.
(AGV 200702010062430, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::30/01/2008 - Página:: 302/303.)

O INPI, em reexame da matéria, reitera a colidência fonética entre os termos "ARPA" e "HARPA" (fls. 54/58), apesar de, no mesmo dia em que indeferiu o pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591, para a parte autora TC, 25/03/97, requerido em 01/08/94, concedeu a mesma marca "HARPA PENTECOSTAL", classe 11.10, nº 818.297.778, para a parte ré CPAD, 25/03/97, antes da cessão dos direitos da marca "ARPA", realizado em 16/04/1997, à CPAD, impeditiva do registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", sob o fundamento de que o outro pedido foi arquivado, coincidentemente no mesmo dia, 25/03/97, encontrando-se esse processo administrativo, segundo o INPI em contestação às fl. 55, com recurso de Revisão Administrativa (doc. 3 às fls. 63/64), por parte da autora apelante TC.

Assim, a manutenção de tal ato administrativo acarreta sérios prejuízos à apelante, uma vez que é impedida de utilizar a marca de seu produto, bem como se sujeita a ver a sua marca sendo utilizada por terceiros, de forma injusta, decorrente de entendimento contraditório adotado por parte do INPI.

Como se não bastasse, em 17/03/98, o INPI concedeu o registro da marca "HARPA PENTECOSTAL", classe 16.20, nº 818.297.786, depositada em 18/01/95 pela empresa ré CPAD, apesar de já se encontrar em curso a presente ação, ajuizada em 12/08/97, e a que tramitou na Justiça Estadual desde 1995, sendo negado provimento ao recurso de apelação em 14/05/97,

Cabe destacar que o direito para a proteção das marcas no Brasil se adquire através do registro no INPI e não pelo seu uso no comércio, conforme expresso no art. 129, caput, da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96, *in verbis*:

> Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Ou seja, o direito sobre a marca se constitui de um ato administrativo do Estado, representado este pelo INPI, após o processo de registro da marca, concedido ao interessado se atendidos os requisitos da LPI, aplicando-se o princípio *first to file*, ou seja, concedido àquele que primeiro depositou a marca no INPI, sistema este atributivo, ao contrário do sistema declaratório em que o direito de propriedade sobre a marca é reconhecido a partir do seu uso no comércio.

Como acima exposto, no sistema atributivo brasileiro, o direito de propriedade é constituído somente no ato de concessão do registro pelo INPI, cabendo apenas uma hipótese de exceção a tal regra, em que é reconhecido o direito ao usuário de boa-fé, conforme o disposto no § 1º do artigo 129 da LPI:

> § 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Ressalte-se que o reconhecimento da precedência, acima exposto, é uma exceção ao princípio *first to file*, em que se considera à marca usada de boa-fé, com mais de 6 (seis) meses de antecedência em relação a um terceiro que primeiro depositou sinal idêntico ou semelhante no INPI, o direito de precedência ao registro.

No entanto, tal direito de precedência deve ser exercido antes do ato de concessão do registro a terceiro, uma vez que a lei garante o direito de precedência do registro e não o direito ao registro, ou seja, o direito só pode ser exercido antes de haver registro no âmbito do procedimento administrativo instaurado junto ao INPI, não podendo ser reconhecido outro pedido de registro como uma oposição a um pedido de registro já concedido.

A lei assegura o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro, de modo que tal arguição só pode ser realizada no âmbito do procedimento administrativo de concessão instaurado perante o INPI, antes da concessão do registro marcário.

Nessa linha, trago à colação os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 2ºe 5ª Região, assim como desta Egrégia Corte:

> ADMINISTRATIVO. CIVIL. INPI. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO. UTILIZAÇÃO DE MARCA DESDE A INAUGURAÇÃO DO ESTABELECIMENTO NO ANO DE 2005. COMPROVAÇÃO. PRECEDÊNCIA AO REGISTRO. LEI 9279/1996, ART. 129, PARÁGRAFO 1. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA ("PER RELATIONEM"). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF. 1. Cuida-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para determinar que o instituto proceda à análise do pedido de registro da marca "DONNA CASA" (P.A. 902608622) com precedência sobre o pedido de registro da marca "DONNA DONNA CASA" (PA. 901187178), nos termos do art. 129, parágrafo 1, da Lei

9279/96, sob o fundamento de que os documentos acostados à exordial atestam que a autora utiliza formalmente sua marca desde o ano de 2005, a despeito de não se poder precisar o tempo de uso da outra marca em questão, em decorrência da ausência de documentos e da revelia do segundo réu. 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. (...) "*Na hipótese vertente, é nítida a colisão entre as marcas em epígrafe. Vejamos: (a) os signos ostentam o mesmo elemento característico - DONNA; (b) há identidade mercadológica entre os produtos ofertados pelas partes, os quais são comercializados em estabelecimentos da mesma natureza; (c) é bastante acentuada a possibilidade de se gerar confusão entre o público consumidor. Diante desse fato, imperioso dirimir qual delas deve preponderar, dada a impossibilidade de coexistirem simultaneamente no mundo jurídico,* ex vi *do art. 129 da Lei 9279/96". 4. (...) "Embora a autora só tenha pedido o registro da marca "DONNA CASA" em 17.05.2010, posteriormente ao pedido de registro da marca "DONNA DONNA CASA", formulado pelo segundo réu em 17.09.2008 (fls. 36 e 89), verifico que aquela tem precedência sobre esta". 5. (...) "Com efeito, os documentos colacionados à vestibular dão conta de que a autora utiliza formalmente sua marca desde 2005, quando seu estabelecimento foi inaugurado no Shopping Midway Mall (fls. 40/63)". 6. (...) "Ao revés, não se pode precisar o tempo de uso da marca "DONNA DONNA CASA", em virtude da ausência de documentos e da revelia do segundo réu, cujos efeitos nos levam a inferir que, de fato, a marca "DONNA CASA" já existia quando se resolveu fazer o depósito daquela".* 7. (...) "Registre-se, por oportuno, que o art. 129, parágrafo 1, da Lei 9279/96 apenas estabelece o direito de precedência ao registro e não o direito ao registro. Assim, levando-se em conta que ainda não houve a superveniência da concessão do registro ao segundo réu, o exercício de tal benefício, o qual, diga-se de passagem, constitui exceção ao sistema atributivo, não se encontra precluso". 8. (...) "Noutro passo, consigno que o INPI em momento algum deu causa aos eventuais transtornos da autora. Isso porque ele apenas se imiscuiu do seu mister de processar o pedido administrativo 901187178 (fl. 89), após a competente verificação da ausência de registro de marca idêntica/semelhante em seu sistema e de proceder à referida publicação exigida pelo art. 158 da Lei 9279/96". Apelação improvida. (grifos meus)
(AC 00035933220104058400, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 25/07/2013 - Página::126.)

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NULIDADE DE REGISTRO DE MARCA. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDÊNCIA. NOME COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO. 1.Indeferido o requerimento formulado no procedimento administrativo instaurado perante o INPI, referente à nulidade do registro de marca concedida, o prazo de prescrição para propositura de ação, na forma do art. 174 da Lei de Propriedade Industrial, deve ser contado a partir da decisão exarada pela autoridade marcaria no referido procedimento. 2. *Como exceção à regra prevista no art. 129 da Lei nº 9.279/96 (sistema atributivo), temos o direito de precedência, segundo o qual o utente de boa-fé pode, sob determinadas condições, fazer prevalecer o uso anterior sobre pedido de registro depositado, impugnando-o com base no uso anterior (in Comentários à Lei de Propriedade Industrial, Instituto Dannemann Siemsem de Estudos de Propriedade Industrial, Ed. Renovar, São Paulo, 2005, pg. 257).* Porém, não havendo qualquer documento nos autos indicando que a parte autora ofereceu oposição ao registro da parte ré no momento oportuno, o qual, segundo bem leciona parte da doutrina, seria o prazo concedido para terceiros impugnarem o pedido de registro de marca, ou seja, o prazo de oposição previsto no art. 158 da LPI (60 dias), descabe invocar tal direito para anular judicialmente tal registro. 3. O art. 124, inciso V da LPI, determina que não são registráveis como marca reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador

de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos, de modo que, afastada a possibilidade de confusão, não se aplica tal proibição. 4. O direito de precedência ao registro da marca importa em conceder tal registro à parte interessada que o postula, ainda que ela não tenha apresentado o depósito anteriormente, seja com base na comprovação de uso anterior da marca (art. 129, §1º da LPI), seja pela proteção conferida ao nome comercial (art. 124, V da LPI) ou pelo fato de deter uma marca notória (art. 126 da LPI), devendo tal direito ser afastado na hipótese em que a parte autora não formulou qualquer pedido de registro, pretendendo, tão-somente, a proteção de seu nome comercial. 5. Recurso de apelação provido, para afastar a prescrição e, com base no disposto no art. 515, §1º, do CPC, julgado improcedente o pedido. (grifos meus). (AC 201151018039980, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 14/05/2013.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO DA MARCA "VILLA COUNTRY". DIREITO DE PRECEDÊNCIA. ART. 129, §1º, DA LEI 9.279/96. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. PERTINÊNCIA. 1. *Trata-se de ação declaratória de nulidade de marca, proposta por Villa Country Maclemon Ltda. em face de Água das Rochas Ltda e do INPI, objetivando o reconhecimento do direito da autora à utilização da marca "Villa Country".* 2. Consoante se extrai das disposições do art. 129, caput, da Lei 9.279/96, o sistema vigente em nosso ordenamento jurídico é o atributivo, de acordo com o qual a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido, que assegura a seu titular uso exclusivo em todo o território nacional. Excepcionando a regra acima, temos o direito de precedência, segundo o qual aquele que utilizava de boa-fé a marca pode, sob determinadas condições, fazer prevalecer o uso anterior sobre pedido de registro depositado por terceiro, conforme previsão do art. 129, § 1º, da LPI. 3. *Hipótese em que o depósito do pedido de registro da marca, pela* agravada Água das Rochas Ltda., foi realizado em 19/04/2002, ou seja, posteriormente à constituição social da agravante Villa Country Maclemon Ltda., cuja data de abertura consta de 08/10/2001. À vista da anterioridade de sua constituição social em relação ao pedido de registro formulado pela ré, vislumbra-se, em sede de cognição sumária, a pertinência da prova pericial requerida, sendo plausível a necessidade de se constatar se, por ocasião do requerimento do registro pela agravada Água das Rochas Ltda., a marca "Villa Country" já estava sendo usada de boa-fé pela agravante, há pelo menos seis meses, a ensejar eventual direito de precedência. 4. A identidade entre a marca registrada pela agravada (Água das Rochas Ltda.) e o nome empresarial da agravante indica a presença de indícios de possível utilização da marca "Villa Country" pela agravante, anteriormente ao depósito do pedido de registro da marca pela corré Água das Rochas Ltda, tratando-se, por certo, de fatos, cuja comprovação, por prova exclusivamente testemunhal e/ou documental, pode mostrar-se insuficiente. 5. Desnecessidade do pedido de expedição do mandado de constatação, com vistas a verificar, nas dependências da agravada, a atual utilização da marca, por tratar-se de medida que não guarda correspondência com o aludido direito de precedência. É certo que, a partir do registro junto ao INPI, eventual utilização da marca pela agravada Água das Rochas Ltda goza de presunção relativa de legitimidade. 6. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento. (grifos meus)
(AI 00154735020134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO CIVEL. Lei 9.276/96 - ART. 173LIMINAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO REGISTRO E USO DA MARCA. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. USO EMPRESARIAL. DOCUMENTOS COMBROBATÓRIOS. EXERCIDA OPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA E AÇÃO JUDICIAL. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. APELOS IMPROVIDOS. I. *Consoante ao art. 173 a ação de nulidade poderá ser*

proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse, no parágrafo único consta que o juiz poderá, nos autos da ação de nulidade, determinar liminarmente a suspensão dos efeitos do registro e do uso da marca, atendidos os requisitos processuais próprios. II - O ordenamento jurídico vigente adota o sistema atributivo, no qual a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, assegurando-se a seu titular uso exclusivo em todo o território nacional. Excepciona-se esta regra através do direito de precedência do pré-utente de boa-fé, desde que alegado até a concessão do registro. Inteligência do art. 129, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.279/96. III - Comprovação pelo pré-utente, dentro do prazo de oposição, nos termos do artigo 158 da Lei 9.279/96 e judicialmente nos termos do art. 178 do mesmo diploma legal. IV - *A tese de defesa apresentada pelos apelantes de que o direito de oposição foi exercido fora do prazo, porquanto somente em abril de 2002 não prevalece porque os apelantes confundem a oposição apresentada em 22.11.1999, documentos às fls. 20; 110 e 118, com a petição inominada apresentada pelos apelados 5.04.2002 às fls. 20. V - Verifica-se nos documentos juntados pelo próprio INPI às fls.110/118, a oposição intentada pela empresa apelada titular do CGC 44944668000162 - Justino de Morais Irmãos S/A, tal afirmação consta do processo de número 821812076, especificamente às fls. 110 e 118 dos autos. VI - Pelos documentos comprobatórios, a marca Magnum foi depositada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial pela empresa "Case Corporation" em 03/09/1999, havendo registro de oposição em 22.11.1999, pela empresa apelada titular do CGC 44944668000162 - Justino De Morais Irmãos S/A, entretanto não consta dos autos resultado da oposição mencionada, demonstrando desídia por parte do INPI quando não justificou nem se manifestou acerca decisão denegatória da oposição, mas que em 21.12.2004 concedeu o registro da marca Magnum à empresa requerida, consoante documento de fls. 110. VII - Há documentação comprobatória que demonstra uso anterior da marca pela apelada de 1989 à 2005. VIII - Reexame necessário e Apelos improvidos.* (grifos meus)
(AC 00001094620054036102, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/02/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

A utilização da marca "HARPA PENTECOSTAL" pela parte autora TC, antes dos depósitos dos pedidos das marcas "HARPA PENTECOSTAL" nºs 818.297.778 e nº 818.297.786 pela empresa apelada CPAD, restou comprovada nos autos, inclusive o próprio depósito do pedido de registro, rejeitado pela instituição competente para concede-lo, em desacordo com as disposições legais, e os recursos administrativos interpostos, são anteriores às indevidas concessões.

O recorrente, além de utilizar, comprovadamente, de boa-fé a marca "HARPA PENTECOSTAL", a mais de 2 (dois) anos antes dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" pela empresa apelada, se opôs, administrativamente, antes e depois das concessões dos registros, realizadas de forma não isonômica, comprovando tal direito.

Desta forma, cabe tanto a nulidade do ato administrativo que indeferiu o pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591 quanto a nulidade dos registros das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas, não podendo o titular de tal direito ser protegido pelo registro marcário inválido e exercê-lo da maneira que melhor lhe aprouver, em afronta ao artigo 129, § 1º, da Lei de Propriedade Industrial.

O recurso deve ser provido para determinar que sejam anuladas as decisões de indeferimento do pedido de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591, e os deferimentos dos pedidos de registro das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, proferidas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por serem estas últimas ilegítimas.

Por fim, até se poderia concordar com o INPI em sua atitude excessivamente rigorosa caso se tratasse de política efetivamente geral e indiscrepante. Porém, como bem demonstrado, merece anulação o ato indeferitório do pedido do autor, determinando-se ao INPI seu processamento.

Destaco, a seguir, trecho do voto prolatado pela e. Ministra Nancy Andrighi no julgado colacionado, acerca da nulidade, quando se reconhece a existência de determinado vício apto a macular a concessão do registro desde seu início, e, justamente por ser inviável a manutenção de algo válido por ser nulo ab ovo é que se operam os efeitos retroativos (*ex tunc*):

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO E AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL INOCORRENTES. CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. CADUCIDADE. EFEITOS PROSPECTIVOS (*EX NUNC*). FINALIDADE DA LEI.
> [...]
> 3. Denomina-se técnica de política judiciária a discussão sobre a direção - para frente (*ex nunc*) ou para trás (*ex tunc*) - e a extensão - limitada ou ilimitada - da atividade temporal dos efeitos de determinado instituto jurídico.
> Quando o legislador é silente acerca de sua definição, cabe ao Poder Judiciário preencher essa lacuna. Precedente do STF.
> 4. A nulidade do registro de marca industrial ocorre quando se reconhece a existência de determinado vício apto a macular a concessão do registro desde seu início. Quando for impossível manter a validade de algo nulo *ab ovo*, operam-se efeitos retroativos (*ex tunc*).
> 5. Já a caducidade do registro implica a declaração de determinada circunstância fática, que pode ser verificada pela inexistência de uso da marca desde seu registro ou pela interrupção do uso por prazo além do limite legal. Quando a condição para manutenção do registro deixa de existir, operam-se efeitos prospectivos (*ex nunc*).
> 6. A prospectividade dos efeitos da caducidade é a mais adequada à finalidade do registro industrial, pois confere maior segurança jurídica aos agentes econômicos e desestimula a contrafação.
> 7. Embargos de divergência acolhidos para prevalecer a orientação do REsp 330.175/PR, que reconhece efeitos *prospectivos (ex nunc)* da declaração de caducidade da marca industrial. (grifos meus)
> (EREsp 964780/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 29/08/2011)

Ressalto, do voto prolatado pela e. Ministra Nancy Andrighi no julgado colacionado acima, que alguns registros conferidos pelo INPI são, além de anuláveis, nulos, uma vez que, nascendo mortos, consequentemente, não valem nada, em outras palavras, a "imprestabilidade da MARCA" como consequência é marca nula, sem necessidade de, sequer, ser proclamada nula, bastando ignorá-la, ao contrário do presente caso, em que se apregoa e constam nos autos documentos que relatam o fato e, mesmo assim, segundo a douta Ministra, "A marca NULA você a desconhece" e se o juiz conhecê-la ou julgar, "em face da mesma, não a reconhece, deixa-a de lado como se nada houvesse".

A questão é: como falar em exercício regular de direito se o seu fato gerador é impróprio, inadequado ou em descompasso com a lei, incapaz, afinal, de provocar a incidência da norma atribuidora de efeitos jurídicos; se o alegado direito sequer existiu, uma vez que declarar o ato nulo é o mesmo que declarar sua ineficácia para produzir qualquer efeito?

Enfim, o ato nulo não gera qualquer direito, porquanto os seus efeitos se dissolvem *ex tunc* desde o momento em que tenha sido decretada a nulidade, sendo descabida a alegação

de boa fé da parte de alguém que tinha ciência de que estava requerendo uma marca que era imitação fiel, irmã gêmea de outra já em uso e em processo de análise do seu registro pelo INPI.

Portanto, merece anulação o ato indeferitório do pedido do autor que desde o início tinha direito ao deferimento do registro de sua marca, determinando-se ao INPI seu processamento.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para desconstituir a sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, e, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, não conheço dos pedidos formulados na reconvenção, declarando sua extinção sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC; julgo procedente o presente pedido, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para anular o ato indeferitório de registro da marca "HARPA PENTECOSTAL" nº 817.967.591 da autora apelante, determinando que o INPI processe o referido pedido, oportunizando à apelante o pagamento das taxas pertinentes, e para anular os atos do INPI de deferimento dos pedidos de registro das marcas "HARPA PENTECOSTAL" de nºs 818.297.786 e 818.297.778, condenando as partes apeladas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 20% sobre o valor da causa, corrigidos segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente à época da liquidação, que deverão ser partilhados entre as partes rés apeladas.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0023489-80.2000.4.03.6100
(2000.61.00.023489-9)

Agravante: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB
Apelada: MENU MODERNO ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe de Processo: AC 1495558
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2015

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO.
I - De acordo com o disposto no Decreto nº 1.102/1903, o prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, sendo inaplicável o disposto no artigo 177 do Código Civil de 1916, em decorrência do princípio da especialidade. Precedentes.
II - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de setembro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de *agravo legal* interposto por *Cia. Nacional de Abastecimento - CONAB* em face de decisão que negou seguimento ao seu recurso de apelação, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido ressarcimento de valores.

Em suas *razões*, a parte agravante pugna pela reforma da decisão pelos seguintes motivos: *a)* que o Código Civil de 1916 revogou expressamente os decretos referentes à matéria de Direito Civil, consoante o disposto no artigo 1.807, de modo que não há que se falar em prescrição trimestral, aplicando-se a prescrição vintenária, prevista no artigo 177 daquele Código; *b)* que o entendimento adotado constitui cerceamento de defesa, pois afasta da apreciação do Poder Judiciário alegação de lesão ou ameaça a direito, demonstrando excessivo e desnecessário apego ao formalismo (fls. 1033/1047).

É o breve relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

A decisão agravada foi proferida com base em jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual reitero os seus fundamentos para a resolução do presente recurso, *verbis*:

> Trata-se de ação de indenização ajuizada pela COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB, em face de MENU MODERNO ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS LTDA, objetivando o ressarcimento dos valores referentes à perda técnica de 1371 kg de carne, conforme disposto em contrato de depósito.
> A r. sentença de fls. 1002/1003 vº, acolheu a preliminar de prescrição trimestral, a teor do artigo 11 do Decreto 1.102/1903, julgando o mérito nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas por isenção legal.
> Apelação:
> Irresignada, a CONAB apela requerendo a anulação da decisão, para retorno dos autos à origem, a fim de que seja dado prosseguimento ao feito, prosseguindo-se com a instrução probatória, por ser aplicado ao caso, a prescrição vintenária, prevista no art. 177 do CC/16.
> Devidamente processado o recurso, os autos vieram a esta E. Corte.
> É o relatório. Decido.
> A matéria posta em desate comporta julgamento nos termos do art. 557, *caput* do Código de Processo Civil, posto que a matéria em debate já foi sedimentada no âmbito do C. STJ e desta E. Corte.
> A extinção do feito deve ser mantida, com o mesmo fundamento tendo em vista a ocorrência de prescrição.
> A Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, ajuizou ação de indenização contra MENU MODERNO ARMAZÉNS E FRIGORÍFICOS, objetivando o ressarcimento dos valores perdidos em mercadorias depositadas em armazém da apelada, por perda técnica decorrente de contrato de depósito, nos termos do art. 1.056 do Código Civil de 1916 e do art. 11, item I do Decreto nº 1.102/93.
> Aduz que armazenou nas dependências da Ré, 1750 (mil setecentos e cinqüenta) toneladas de carne bovina, no período de 1991 a setembro de 1993, ocorrendo quebra técnica acima da quantidade técnica admissível com um prejuízo correspondente a 1371 Kg, equivalente à R$ 3.978,95, atualizado em 17 de maio de 2000.
> Sem razão a apelante.
> À época dos fatos, vigia em nosso ordenamento jurídico o prazo vintenário, previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Entretanto, tendo em vista o princípio da Especialidade, o artigo mencionado deve ser afastado e ser aplicado o § 1º do art. 11 do Decreto nº 1.102/1903: "§ 1º - A indenização devida pelos armazéns gerais nos casos referidos neste artigo, será correspondente ao preço da mercadoria e em bom estado no lugar e no tempo em que devia ser entregue. O direito à indenização prescreve em três meses, contados do dia em que a mercadoria foi ou devia ser". Inclusive, a divergência já foi solucionada pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ, que assim se posicionou em julgado recente:
> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO. TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. Art. 177 DO CÓDIGO

CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." ..EMEN:(AGRESP 200501903413, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 11/11/2010 ..DTPB:.).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARMAZÉNS GERAIS. PRESCRIÇÃO. TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.

2. Aplica-se a Súmula 182/STJ ao agravo regimental que não traz impugnação específica ao um dos fundamentos da decisão agravada.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AGRG no AGRAVO, MARIA ISABEL GALLOTTI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 16/08/2012 ..DTPB:.).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DEPÓSITO EM ARMAZÉNS GERAIS. PRAZO PRESCRICIONAL TRIMESTRAL. DECRETO Nº 1.102/1903. SÚMULA 83/STJ.

1. Não se conhece de recurso especial cujos dispositivos legais ditos por violados não foram objeto de análise e discussão pelas instâncias ordinárias, nem mesmo implicitamente, e não opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão. Ausente o indispensável prequestionamento.

2. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.

3. Se o acórdão recorrido julgou a demanda no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte, fica impedido o conhecimento do recurso especial, diante da súmula 83/STJ.Agravo regimental improvido".

(AGRG no RESP, MINISTRO HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 02/04/2013 ..DTPB:.).

No mesmo sentido, precedentes desta E. Corte Regional e dos demais:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. ARMAZÉNS GERAIS. CONAB. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. SÚMULA Nº 50 DESTE TRIBUNAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EMBARGOS PREJUDICADOS. 1. Dispõe a Súmula o nº 50 TRF - 1ª Região que 'prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*)'. 2. A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício, consoante o §5º do art. 219 do CPC, incluído pela Lei nº 11.280/06. Esse dispositivo visa atender aos princípios da celeridade, economia e utilidade processuais, evitando-se a prática de atos desnecessários nas demandas em que o direito material controvertido foi fulminado pela prescrição. 3. Reconhecimento, de ofício, de ocorrência da prescrição. Embargos de declaração prejudicados". (EDAC 199835000096474, JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 27/02/2014 PAGINA: 83.).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos termos da Súmula 50 da Terceira Seção deste Tribunal: 'Prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi

ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*)', hipótese dos autos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AGRAC 200635030020773, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:12/02/2014 PAGINA:271.).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE DEPÓSITO. ARMAZÉNS GERAIS. CONAB. PRESCRIÇÃO TRIMESTRAL. SÚMULA Nº 50 DESTE TRIBUNAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EMBARGOS PREJUDICADOS. 1. Dispõe a Súmula o nº 50 TRF - 1ª Região que 'prescreve em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*)'. 2. A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício, consoante o §5º do art. 219 do CPC, incluído pela Lei nº 11.280/06. Esse dispositivo visa atender aos princípios da celeridade, economia e utilidade processuais, evitando-se a prática de atos desnecessários nas demandas em que o direito material controvertido foi fulminado pela prescrição. 3. Reconhecimento, de ofício, de ocorrência da prescrição. Embargos de declaração restam prejudicados." (EDAC 199843000007400, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 12/02/2014 PAGINA: 260..)

"DIREITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. OMISSÃO DO JULGADO RESCINDENDO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AÇÃO RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Trata-se de ação rescisória interposta com a finalidade de rescindir decisão na qual a Desembargadora Federal Selene de Almeida negou seguimento à apelação de sentença em que fora julgado procedente pedido da CONAB e condenada 'a parte ré a entregar à autora, em 24 horas, a mercadoria não restituída e objeto da presente ação, no montante de 46.980 kg. de arroz em casca ensacado, do mesmo gênero e qualidade do produto depositado, ou o seu valor em dinheiro, corrigido, a partir da notificação administrativa, até o efetivo pagamento, e mais juros de 6% ao ano, a partir da citação'. 2. Alegou-se, inicialmente, que a petição inicial (da ação rescindenda) teria contrariado 'o art. 267 inc. IV e VI do CPC; logo, a respeitável Decisão contrariou o art. 295 incisos I, II e V do CPC. E, no mérito a respeitável decisão também contrariou o art. 1.277 do CC, ajustando-se ao art. 485 incisos V e IX, do Código de Processo Civil; merecendo ser rescindida (reformada) essa Decisão proferida'. 3. A CONAB contestou o pedido, alegando não ter havido violação a literal disposição de lei. Não foram especificadas provas. Em razões finais, além da matéria já arguida, a Autora alega que o julgado rescindendo não atentou para a ocorrência de prescrição. O Ministério Público Federal é de parecer que 'a ação rescisória não se presta à rediscussão das teses já afastadas pelo Tribunal na decisão rescindenda'. Instada a se manifestar sobre a alegação de prescrição, a CONAB argumenta que não se aplica ao caso a prescrição trimestral do Decreto nº 1.102/1903. 4. De acordo com a Súmula 50 desta Seção, 'prescrevem em 3 (três) meses para a CONAB, o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue' (Decreto nº 1.102/1903, art. 11, *in fine*). 5. Estabelece o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil que 'o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição'. A sentença rescindenda contrariou esse dispositivo legal. 6. Presente, portanto, violação a literal disposição de lei. Rescisão do julgado e, em rejulgamento, indeferimento do pedido na ação rescindenda, com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, invertendo-se os ônus da sucumbência." (AR , DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:13/01/2014 PAGINA:32.).

"AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. CONTRATO DE DEPÓSITO. ANUÊNCIA PELA CONAB DA REPOSIÇÃO DOS PRODUTOS NO ARMAZÉM DA AUTORA. ABUSO DE DIREITO. PRETENSÃO DA COBRANÇA FULMINADA PELA PRESCRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1- É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, *caput*, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. A existência de jurisprudência dominante

nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores já seria suficiente. 2- A CONAB reconheceu, no parecer conjunto, que o depósito no estabelecimento da autora foi excepcionalmente autorizado, em razão da 'inexistência de espaços disponíveis em outros armazéns credenciados naquele Estado para uma eventual remoção por parte da depositária interessada a fim de possibilitar a reposição'. 3- No nosso ordenamento, as relações jurídicas são regidas pela cláusula geral da boa-fé objetiva, da qual decorrem o dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes. Assim, a conduta da CONAB de contradizer seu próprio comportamento, após produzir na parte autora legítima expectativa de aceitação do produto oferecido, configura abuso de direito enquadrado na proibição *nemo potest venire contra factum proprium*. 4- Ainda que não se pudesse declarar o cumprimento integral do contrato e a inexistência do débito pelo adimplemento contratual, fato é que a pretensão da cobrança desses valores pela CONAB restou fulminada pelo instituto da prescrição. 5- Com efeito, após o advento do Código Civil de 1916, ocorreu a revogação de todas as normas de direito civil anteriores que fossem incompatíveis com o novo diploma legal, conforme previa seu artigo 1.807; todavia, tal revogação não alcançou o Decreto nº 1.102, de 1903, uma vez que este traz regras específicas a respeito do contrato de depósito no que tange às empresas de armazéns gerais. 6- Dessa forma, é correto aplicar-se, ao caso, o prazo prescricional de 3 (três meses), previsto no artigo 11 do Decreto nº 1.102, de 1903. 7 - Agravo legal desprovido." (AC 00008630719994036002, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DEPÓSITO. PERECIMENTO DE PRODUTOS. ARMAZÉM GERAL. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 11, PARÁGRAFO 1º, DO DECRETO Nº 1.102/1903. PRAZO TRIMESTRAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREJUDICIAL DE MÉRITO ACOLHIDA. EXTINÇÃO DO FEITO NOS TERMOS DO ART. 269, IV, DO CPC. APELO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO. 1. 'O prazo prescricional nas ações de indenização contra armazéns gerais é de três meses, consoante o disposto no art. 11 do Decreto nº 1.102/1903, afastada a incidência do art. 177 do Código Civil de 1916, tendo em vista o princípio da especialidade.' (AgRg no REsp 797.733/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010) 2. Provimento da apelação da PERPART - PERNAMBUCO PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S/A para acolher a prejudicial de prescrição suscitada e extinguir o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. 3. Condenação da CONAB - COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC. 4. Apelo da empresa pública prejudicado." (AC 200983000184643, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::20/09/2012 - Página::956.).

"ADMINISTRATIVO. CONAB. DEPÓSITO. GRÃOS DE ARROZ. PERDA PARCIAL. RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA. 1. A situação dos autos é disciplinada pelo art. 11 do Decreto 1.102/1903, que prevê o prazo prescricional de 3 (três) meses para a pretensão indenizatória em casos de perda/desvio/perecimento de mercadoria depositada em armazém-geral. 2. Embargos infringentes providos." (EINF 200871000001019, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, D.E. 09/12/2009.).

A disposição do artigo 1.807, do Código Civil de 1916, previa a revogação de todas as normas de direito civil anteriores que lhe fossem incompatíveis, entretanto tal revogação não alcançou o Decreto nº 1.102 de 1903, que trazia regras específicas a respeito do contrato de depósito referente às empresas de armazéns gerais.

Assim, estando em vigor o § 1º do artigo 11 do Decreto nº 1.102/1903, supra transcrito, a prescrição trimestral é medida que se impõe, devendo a r. sentença ser mantida tal como lavrada.

Por todo exposto, *nego seguimento à apelação*, os termos do artigo 557, *caput* do Código de

Processo Civil.

Anoto, enfim, que a aduzida alegação de cerceamento de defesa decorrente de entendimento apegado a formalismo não consta das razões recursais, tratando-se de inovação descabida e destituída de qualquer fundamento.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo legal.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Constitucional

APELAÇÃO CÍVEL
0937212-35.1986.4.03.6100
(2009.03.99.002372-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Partes Rés: CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AC 1390604
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/09/2015

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPORTAÇÃO DE LEITE E DERIVADOS. ACIDENTE NUCLEAR NA USINA DE CHERNOBYL. ÓBICE À IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUE CONTENHAM QUALQUER ÍNDICE DE CONTAMINAÇÃO RADIOATIVA ARTIFICIAL, EXCETO O NATURAL. PRELIMINARES REJEITADAS E APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A concessão de liminar, ainda que de caráter satisfativo, não prejudica o objeto de qualquer ação ou lhe retira o interesse processual. Precedentes jurisprudenciais.

2. O fato de a insurgente não concordar com os argumentos que ensejaram a decisão objeto da apelação não a torna viciada, írrita ou nula.

3. O objeto da ação é primacialmente impedir a importação, venda, comercialização, exposição à venda ou qualquer outra forma de acesso ao consumidor de *leite ou produto derivado e importado*, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*.

4. O monitoramento e o controle de radiação a que o ser humano está exposto direta ou indiretamente é de fundamental importância para a saúde. A contaminação por radiação não diz respeito apenas àqueles que vivem próximos ou trabalham em usinas nucleares. Todos são expostos diariamente a uma quantidade de radiação proveniente do ambiente ou dos alimentos ingeridos.

5. A maior parte da radiação é natural, ou seja, é originária de fontes terrestres (na superfície ou no interior da terra) ou de uma infinidade de raios cósmicos que atingem a terra constantemente. O restante é devido às fontes artificiais criadas pelo ser humano: aplicações médicas e industriais, armas e usinas nucleares etc.

6. Em função da conjuntura econômica específica (Plano Cruzado) e em decorrência da carência de leite e derivado para consumo da população do país, órgãos e instituições brasileiras (CINAB, SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS) promoveram sua importação. No tocante aos que viessem do Mercado Comum Europeu, a COBAL, no edital de concorrência pública, à vista do acidente nuclear de Chernobyl (26.04.1986), previu que a mercadoria contivesse zero de contaminação radioativa e que a CNEN pudesse analisá-la nos portos de destino e vetar a descarga do navio.

7. A CNEN editou a Resolução nº 07/86 e fixou níveis máximos permitidos para produtos importados, que revelaram desconsideração para com a saúde da população e falta de embasamento em estudos interdisciplinares, porquanto baseou-se inopina-

damente em índices da CEE e adotou-os para Cs 134 e 137, em valores maiores para o leite do que para os demais produtos (3.700 Bq/kg e 600 Bq/kg). Os interesses do Brasil a respeito não poderiam ser mais diversos dos da Europa, já que esta exportava algo sob risco, bem como não se concebe a incongruência de se fixarem tetos maiores justamente para alimentos cuja ingestão alcançaria, em princípio, crianças e gestantes.
8. Não fosse a ação do Ministério Público e a jurisdição prestada com presteza na concessão de liminar, o que foi importado seria consumido com consequências que a CNEN não se preocupou em impedir ou que poderia evitar com uma atitude mais responsável.
9. A prova colacionada nos autos só confirma o acerto da liminar e da sentença recorrida. Os vários laudos detectaram a presença de elementos radioativos artificiais em amostras dos produtos importados. São desconhecidos os critérios utilizados, as quantidades de amostras, mas todos levam em conta limites da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg para o leite em pó).
10. Não há estudos dos efeitos a longo prazo dos contaminantes radioativos, nem tampouco de curto prazo, não obstante, quanto ao último aspecto, as experiências de Hiroshima, Nagazaki e Three Mile Island.
11. Os vários órgãos consultados e especialistas ouvidos permitem algumas conclusões que se mantêm válidas até o presente, já que no longo de tantos anos, as partes não se desincumbiram de mostrar o contrário.
12. A par da nocividade à saúde da ingestão de alimento contaminado por radioisótopos, persiste uma indefinição quanto a quais índices assegurariam que a população correria risco zero dos possíveis malefícios (danos nos órgãos formadores de sangue e gônada, câncer, leucemia, efeitos genéticos).
13. Por envolver a população brasileira como um todo, afigura-se inconsequente que, sem pesquisas de campo específicas, que demandam tempo e dinheiro, se adote qualquer tipo de índice, já que não se duvida do risco envolvido na ingestão de alimentos contaminados artificialmente.
14. Muitos invocaram a relação custo-benefício, contudo, sob tal aspecto seria extremamente grave deferir ao administrador público esse juízo, seja porque é difícil estabelecer uma situação concreta em que seria mais importante subordinar a saúde dos brasileiros a interesses de natureza econômica, seja porque estes últimos têm alcance imediato geralmente, ao passo que o comprometimento da vida e higidez física pode revelar-se anos à frente.
15. Não é razoável importar produtos que contenham qualquer índice de radiação artificial e correr qualquer tipo de risco à saúde da população que somente se verificará no futuro.
16. O tema, objeto desta ação, atinge o direito à vida e à saúde, à vista dos efeitos cancerígenos do consumo. A Constituição Federal de 1967/E.C. nº 01/69 já os contemplava (arts. 8º, incisos XIV e XVII, "c", e 153, *caput*). Na Constituição de 1988, relevante indicar o artigo 5º, *caput*, artigo 6º, *caput*, e toda a seção II do capítulo II do título VIII. Era e é dever do Estado proteger a vida e a saúde dos seus cidadãos, direitos fundamentais de natureza individual e social. Sem estudos consistentes não é possível afirmar, como fizeram alguns, que não há nocividade ou que qualquer tipo de leite tem algum grau de radiação artificial.
17. Sob o ângulo da jurisdição, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição estabelece a indeclinabilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito. Na espécie,

o Parquettraduziu nesta ação civil pública o objetivo de tutelar a vida e a saúde dos cidadãos, sobretudo crianças e gestantes, dos efeitos deletérios do consumo de leite ou produto derivado, importados com contaminação radioativa, e o Judiciário deve cumprir sua missão constitucional.

18. O STF, em algumas oportunidades, entendeu que o Judiciário estava autorizado à adoção de provimentos jurisdicionais para a tutela e eficácia dos direitos fundamentais como a vida e saúde, independentemente das competências próprias do Executivo e do Legislativo (AgRg no RE nº 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, AI nº 455.802/SP, rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 475.571/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 401.673/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 402.024/SP, rel. Min. Carlos Velloso). Da mesma forma e sentido julgado do STJ (Ag no REsp 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins). Em consequência, não se enxerga, *in casu*, qualquer afronta ao artigo 2ª da CF ou dispositivos que estabelecem competência a órgão do Executivo (CNEN ou outro) para regular assuntos relativos à política nacional de energia nuclear (Lei nº 4.118/62, Lei nº 6.189/74, art. 2º e demais).

19. Caso semelhante, embora não na mesma extensão, concernente à carne importada da Europa, foi julgado pela Primeira Turma do TRF da 4ª Região (AC 89.04.01659-2/RS).

20. Não bastassem os acidentes nucleares ocorridos (Three Mile Island, Chernobyl e Fukushima), que afetaram gravemente populações próximas pela ação direta e, em função das nuvens radioativas, as distantes, não é razoável que para o leite e produtos derivados importados do continente europeu não se exija índice zero de contaminação radioativa artificial.

21. À vista da incerteza dos reais efeitos para o futuro que elementos radioativos, que muitas vezes têm meia-vida extremamente longa, cabe se socorrer da sabedoria do filósofo Hans Jonas (O Princípio da Responsabilidade, PUC Rio, 2007) sobre a responsabilidade dos seres humanos e, em especial, dos políticos ou políticas públicas de longo prazo em relação ao futuro: "Portanto, para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo".

22. Preliminares rejeitadas e 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 e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de agosto de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação da União contra sentença (fls. 3106/3118 - vol. IX) que condenou as Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, Petrobrás Comércio Internacional S/A - INTERBRÁS e Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL "a se absterem de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contiverem quaisquer indícios de contaminação radioativa, exceto os naturais e a efetuarem diligências junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados, cujas sedes na capital do estado estão relacionadas em documento, e importadores para que não comercializem mais o produto proveniente da Europa". Embargos de declaração rejeitados às fls. 3134/3136 - vol. IX, 3157/3159 - vol. IX, fls. 3176/3177 - vol. IX e fls. 3216/3218 - vol. X.

Sustenta a apelante (fls. 3237/3262 - vol. X) que:

a) impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito pela falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, CPC);

b) a sentença está eivada de nulidade insanável, posto que é totalmente inexequível e sem a devida fundamentação, pois:

b1) não fixou qual seria o índice natural de contaminação radioativa e não esclareceu qual a razão pela qual deixou de fazê-lo (art. 460, CPC, art. 93, IX, CF);

b2) a incerteza do decisum poderá acarretar graves prejuízos ao comércio exterior;

c) o documento do CNEN de fls. 3213/3214 oferece índice de radioatividade aceitável que deve ser adotado;

d) a fixação do índice pelo Judiciário violaria o art. 2º da Constituição.

Em suas contrarrazões (fls. 3269/3276 - vol. X), o MPF argumenta:

a) há de se confirmar a liminar concedida com o julgamento do mérito da ação com o provimento jurisdicional que proíba definitivamente a importação, venda, exposição à venda, ou qualquer outra forma de disponibilização de leite e derivados contaminados. Daí, o interesse processual;

b) a sentença não é nula, porquanto está fundamentada no conjunto probatório dos autos e no direito à saúde garantido na Carta Magna; é certa e exequível: estabelece a proibição e indica-a para o que excede o natural índice de contaminação;

c) não houve a fixação de índices e, em consequência, não foi violado o princípio da separação de poderes.

Não houve contrarrazões das outras partes (fls. 3266, 3267 e 3268 - vol. X).

Parecer da Sra. Procuradora Regional da República para se negar provimento à apelação.

Relatado, encaminhem-se os autos ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

O Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal propuseram,

em 18.11.1986, ação civil pública contra a Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, Petrobrás Comércio Internacional S/A - INTERBRÁS e Companhia Brasileira de Alimentos - COBAL para:

> a) absterem-se os órgãos declinados nas letras "A", "B" e "C" da presente de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais, sob pena do pagamento de multa para cada dia de descumprimento da tal medida ("astreintes"), à razão de Cz$ 1.000.000/dia (um milhão de cruzados por dia), a ser suportado pelo Tesouro Nacional, sem prejuízo de direito de regresso contra o funcionário faltoso, e medidas de ordem penal a serem adotadas pelo Ministério Público Federal, multa essa a ser destinada ao fundo de que falam o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e seu regulamento (Decreto nº 92.302, de 16.01.1986);
> b) diligências a serem efetivadas pelos mesmos órgãos requeridos, e sob as mesmas cominações, junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados cujas sedes na Capital do Estado de São Paulo se acham colacionados às fls. 353/354 do I.C., e importadores, a exemplo da denominada "Encontrading S.A. - Comércio Exterior" (item "f" de fls. 266 do I.C.) para que igualmente não comercializarem mais o produto proveniente da Europa até que, nos moldes do decreto nº 72.718, de 29.8.73, sobrevenham avisos e rotulagem adequada no sentido de informar-se devidamente aos consumidores, a fim de que tenham o livre direito de escolha garantido com relação àqueles produtos, a exemplo do que estão fazendo, aliás, países até do nosso terceiro mundo, como é o caso das Filipinas (vide fls. 347/348) e, é natural, os países ditos civilizados, como Itália e Austrália (vide documentos de fls. 346 e 349/352 do I.C.). Observe-se que no caso deste último país, o leite que apresente 100 bequeréis por quilograma, é rejeitado (os brasileiros, inobstante, devem aturar 370 Bq/litro ou 3.700 Bq/kg.pó). (fls. 10/11)

Baseados em inquérito civil público, afirmam que, em decorrência da carência de leite para consumo da população do país, a CINAB deliberou importá-lo de diversas nações. Para implementação da decisão, foram envolvidas a SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS. A COBAL fez publicar edital de concorrência pública, cujos itens 4.4 e 4.5, em razão do acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido em 26.04.1986, previam que os bens provenientes do Mercado Comum Europeu deveriam estar acompanhados de atestado que garantisse a inexistência de índice de contaminação radioativa e que, nos portos de destino, poderiam ser analisados pela CNEN, a qual poderia vetar a descarga do navio. Informam que, consoante laudos do IRD e de outras instituições, grande parte do carregamento de leite em pó importado do continente europeu, pós acidente nuclear, apresentava índices de contaminação radioativa e que os mais elevados eram os do navio "Monte Pascoal" da Irlanda. Em face do problema, a CNEN editou a Resolução 7/86, de 10.09.86, que fixou limites de radiação, com vigência até 28.02.87 (leite em pó - 3.700 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137; demais produtos - 600 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137). Observam que os tetos estabelecidos visavam aproveitar os alimentos contaminados e não os deitar fora. Ponderam que, segundo estudos que citam, não há consenso sobre se referidos índices garantem suficientemente a saúde humana, principalmente das crianças, já que as radiações podem provocar, de acordo com a ciência médica, diversos males, destacadamente o câncer. Ressaltam o direito à vida, à saúde, à segurança da população (art. 153 da E.C.1/69) e o Decreto nº 72.718, de 29.08.73, que estabelece normas gerais sobre irradiação de alimentos, bem como o Decreto-Lei nº 986, de 21.10.69, que institui normas básicas sobre alimentos.

À fl. 366 - vol. II, concedida liminar. Às fls. 430/431 - vol. II, suspensa a liminar. Restabelecida à fl. 448 - vol. II.

Contestações da COBAL, às fls. 472/477 - vol. II, da COFRANLAIT, às fls. 881/890 - vol. II, e da INTERBRÁS, às fls. 1110/1119 - vol. IV.

Admissão da COFRANLAIT como litisconsorte passiva (fl. 1053 - vol. IV).

Manifestação da União, às fls. 1073/1078 - vol. IV.

Decisão de indeferimento de decretação de revelia da SEAP e INTERBRÁS, à fl. 1156 - vol. IV.

Admissão da GISA Comércio e Importação Ltda. como assistente da COFRANLAIT, à fl. 1187 - vol. IV.

Manifestação ministerial, às fls. 1189/1196 - vol. IV, com pedido de prova.

Decisão que defere inutilização de leite em pó à fl. 1374 - vol. IV.

Admissão da J. M. G. Importação e Exportação Ltda. como assistente da COFRANLAIT e deferimento de provas à fl. 1407 - vol. IV. À fl. 1419 - vol. IV, deferida prova pericial.

Ouvidas as testemunhas Epaminondas Sansigolo de Ramos Ferraz, Emico Okuno, Otaviano Augusto Marcondes Helene, Gian Maria Agostinho Ângelo Sordi (fls. 1751/1755- vol. V).

À fl. 1755 - vol. V, desistência das demais testemunhas e da prova pericial requerida.

Memoriais da INTERBRÁS, às fls. 1795/1801 - vol. V, do Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal, às fls. 1803/1815 - vol. V, da União, às fls. 1817/1823 - vol. V, da COBAL, às fls. 1815/1829 - vol. V (com documentos - fls. 1830/1865), da GISA, às fls. 1867/1871 - vol. V, da COFRANLAIT, às fls. 1873/1877 - vol. V.

Foi prolatada sentença, ora recorrida, cujo dispositivo foi citado no relatório, a qual se baseou nos fundamentos seguintes:

a) o leite é naturalmente radioativo, mas o que exceder à radioatividade natural pode ser prejudicial;

b) não existe consenso quanto ao índice de radioatividade a partir do qual o organismo humano passaria a sofrer danos;

c) os índices fixados por ocasião do acidente nuclear para os países europeus levaram em consideração as necessidades locais e o interesse em não perder todo o produto existente. Além disso, foi estabelecida a data-limite de fevereiro de 1987;

d) os critérios utilizados para a Europa não podem valer para o Brasil, país distante do local do acidente. A situação emergencial e anormal é diferente do desabastecimento temporário resultante de plano econômico da época;

e) os direitos à vida, à integridade física e à saúde tinham e têm assento constitucional, razão pela qual, para protegê-los, não há segurança quanto aos efeitos do consumo do leite e derivados contaminados pelos elementos Césio 134 e Césio 137, não pode o produto ser oferecido para a população nem a título gratuito e, menos ainda, sem que ela seja informada a respeito daquilo que está consumindo e dos riscos a que está sujeita.

Registre-se que a União responde tanto pela INTERBRÁS como pela SEAP. A primeira, nos termos da Lei nº 8.029/90 e do Decreto nº 99.226/90, foi sucedida por ela; a segunda, de acordo com a Lei nº 7.776/89, é órgão do Ministério da Fazenda. A Cobal, criada pela Lei Delegada nº 06/62, transformou-se (Lei nº 8.029/90, Lei nº 8.171/91 e Lei nº 8.174/91) em CONAB, uma empresa pública.

I - DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

A concessão de liminar, ainda que de caráter satisfativo, não prejudica o objeto de qual-

quer ação ou lhe retira o interesse processual. É o que tem decidido a jurisprudência, de que são exemplos os julgados que cito, *verbis*:

> MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. AGRAVO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. NÃO OCORRÊNCIA.
> - O mandado de segurança é a ação que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (artigo 1º da Lei nº 12.016/2009).
> - *A alegada perda de objeto do processo pressupõe a inutilidade do provimento e a superveniente ausência do interesse de agir das impetrantes. Ensina-nos Humberto Theodoro Júnior que: falta interesse, em tal situação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação* (*In* Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 66).
> - No caso, a ato impugnado pelas impetrantes é o impedimento estabelecido pelo artigo 4º da Portaria Ministerial nº 655/93, que obsta a adesão ao parcelamento de débitos objeto de depósito judicial. A decisão recorrida analisou a questão ao entendimento de que: a concessão e respectivas condições do ajuste de parcelamento de débitos se insere no âmbito de competência do Executivo. Todavia, a motivação oferecida, no caso, pela autoridade administrativa, com esteio no art. 4º da Portaria nº 655/93 está a merecer a devida correção pelo Judiciário (fl. 212 v).
> - *O decurso do tempo, a realização do parcelamento mediante autorização judicial, bem como a conversão em renda dos depósitos realizados em ação autônoma, não subtraem o interesse processual do mandamus, tampouco permitem a extinção do feito sem a resolução do mérito, pois a eventual satisfatividade da decisão concedida em primeira instância não encerra a prestação da tutela jurisdicional, indispensável para conferir legitimidade ao ato praticado e segurança jurídica às partes e aos terceiros virtualmente atingidos.*
> - *Consoante lição de Hely Lopes Meireles, no mandado de segurança não são os fatos que estão em litígio, mas sim a legalidade do ato da autoridade coatora perante o direito líquido de certo do impetrante* (*in* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 141). Desse modo, não há que se falar na aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil.
> - Agravo improvido. (sublinhei)
> (TRF3, 4ª TURMA, REOMS 0008193-28.1994.4.03.6100, Rel. DES. FEDERAL ANDRE NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 10/09/2013)

> DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL: MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ELEITA. LIMINAR SATISFATIVA. LAUDÊMIO E CERTIDÃO DE AFORAMENTO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ARTIGO 5º, XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.
> I - O mandado de segurança é via processual adequada para se exigir do Poder Público uma resposta a um pedido formulado pelo cidadão, dentro dos prazos fixados em lei, ou, na ausência deles, em tempo razoável.
> *II - O cumprimento da liminar de natureza satisfativa concedida em mandado de segurança não implica na perda de objeto da ação, ficando o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre o mérito, a fim de que, na sentença, seja confirmado ou não o direito alegado pelo impetrante.*
> (...). (sublinhei)

(TRF3, 2ª TURMA, AMS 0004412-75.2006.4.03.6100, Rel. DES. FEDERAL CECILIA MELLO, DJU 06/09/2007)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR SATISFATIVA. PERDA DE OBJETO NÃO CONFIGURADA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIA A SER EXPORTADA. GREVE DOS SERVIDORES DO IBAMA.
A liminar, ainda que satisfativa, tem caráter provisório. Portanto, não há que se falar em perda de objeto superveniente do mandado de segurança em razão do deferimento de liminar dessa natureza, devendo o direito líquido e certo ser reconhecido na Instância a quo, e, posteriormente, confirmado em sede recursal. (...). (sublinhei)
(TRF3, 3ª TURMA, AMS 0010938-17.2004.4.03.6104, Rel. DES. FEDERAL MÁRCIO MORAES, DJe 23/08/2010)

II - DA NULIDADE DA SENTENÇA

A recorrente reputa a sentença nula por não ser certa e exequível, além de faltar-lhe fundamentação. Invoca o artigo 460 do CPC e o artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Anteriormente foram listados os argumentos que ensejaram a decisão objeto da apelação. O fato de a insurgente não concordar com eles não a torna viciada, írrita ou nula.

O comando judicial foi proibitivo para quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*. A sentença não limitou a contaminação natural. Logo, seria desarrazoado fixar índices para ela. De outro lado, o evento deflagrador da própria ação foi o acidente nuclear de Chernobyl, que diz com a contaminação artificial. Em consequência, os dispositivos entendidos por ofendidos não o foram.

III - DO MÉRITO

O objeto da ação é primacialmente impedir a importação, venda, comercialização, exposição à venda ou qualquer outra forma de acesso ao consumidor de *leite ou produto derivado e importado*, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, *exceto os naturais*.

III.a - DA SENTENÇA

Baseado nos documentos e depoimentos existentes nos autos, o MM. Juízo *a quo* decidiu, *verbis*:

Embora o leite seja naturalmente radioativo, o que exceder à radioatividade natural, pode ser prejudicial. Não existe consenso quanto ao índice de radioatividade a partir do qual o organismo humano passaria a sofrer danos. Os índices fixados por ocasião do acidente nuclear, para os países da Europa, levaram em conta as necessidades locais e o interesse de não deitar fora todo o produto existente. E foi fixado até o mês de fevereiro do ano de 1987.
A fixação, portanto, do mesmo índice para o Brasil, país da América do Sul, bastante distante do local do acidente, não tem sentido. Uma coisa é se pesar a relação custo-benefício em uma situação anormal e emergencial, como a da Europa, na ocasião, e outra, bastante diferente, é se fazer a mesma relação para outro país, de outro continente. Ainda que houvesse um desabastecimento temporário no Brasil, resultante do plano econômico da época, isso não justificaria a importação do leite contaminado. O governo tinha, e tem, outros meios de suprir eventual falta do produto.
Ora, o direito à saúde e à integridade física era garantido na Constituição anterior e ainda é na atual.
Com efeito, a CF de 1967/69, em seu art. 153, ao tratar dos direitos e garantias individuais, prevê o direito à vida.
Por sua vez, a atual Constituição da República, em seu art. 5º, também garante o direito à vida.

E, dentro deste, encontra-se o direito à integridade física.
A respeito do tema, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina:
"Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí por que as lesões corporais são punidas pela legislação penal."
(*in* CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Malheiros Editores, 21ª ed, 2002, pág. 198)
O direito à saúde também decorre do direito à vida. Em última análise, a falta de saúde leva à morte.
A atual Carta Magna prevê o direito à *saúde* em artigo próprio e específico: o art. 196. "A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam." (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 806).
Estando tais direitos previstos constitucionalmente, os administradores têm obrigação de respeitá-los e, consequentemente, não praticar atos que importem em ameaçá-los. Não existindo segurança quanto aos efeitos do consumo de leite e derivados contaminados pelos elementos césio 134 e césio 137, não pode o produto ser oferecido para a população nem a título gratuito. E, menos ainda, sem que esta seja informada a respeito daquilo que está consumindo e dos riscos a que está sujeita.
Entendo, portanto, que a decisão que concedeu a liminar foi acertada e deve ser mantida.
A importação do produto só será possível quando não mais houver nenhum índice de contaminação além do natural.
Diante do exposto, julgo procedente a ação para condenar as rés a se absterem de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contiverem quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais e a efetuarem diligências junto a todos os adquirentes de leite da Europa, notadamente os supermercados, cujas sedes na capital do estado estão relacionadas em documento, e importadores para que não comercializem mais o produto proveniente da Europa.
Tendo em vista que a presente ação foi proposta pelos Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios. (fls. 3115/3117 - vol. IX)

III.b - DA FIXAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Em decorrência da situação econômica do país e da adoção do PLANO CRUZADO, verificada a carência de leite para consumo da população, o CINAB deliberou importá-lo de diversos países. SEAP, COBAL e INTERBRÁS participaram das providências. A COBAL fez publicar edital de concorrência pública, com o objetivo de adquirir manteiga extra sem sal e/ou leite em pó desnatado, de origem externa, para a formação de estoques reguladores do governo federal, cujos itens 4.4 e 4.5 estipulavam:

4.4 - se a manteiga e/ou leite em pó forem originárias do Continente Europeu, somente serão aceitas propostas de produtos procedentes de países membros do Mercado Comum Europeu - MCE, e as mercadorias deverão ser acompanhadas, necessariamente, de atestado emitido pela autoridade competente, garantido que os produtos embarcados não apresentam nenhum índice de contaminação radioativa. (fl. 156 - vol. I)

4.5 - Nos portos de destino, os produtos poderão ser analisados pela Comissão Nacional de Energia Nuclear, a qual, dependendo do resultado dos exames realizados, terá amplos po-

> deres para vetar a descarga do navio, correndo por conta do importador todas as despesas decorrentes da imediata retirada do produto do Brasil (fl. 156 - vol. I)

As medidas se justificavam, à vista do recente acidente nuclear de Chernobyl (26.04.86) e, em função disso, a CNEN editou a Resolução nº 7/86, de 11.09.86, da qual é citado o texto:

> A COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR (CNEN), usando das atribuições que lhe confere a Lei nº 6.169, de 16 de dezembro de 1974, por decisão da sua COMISSÃO DELIBERATIVA, adotada em sua 530ª Sessão, realizada em 10 de setembro de 1986, considerando que:
> 1. A Comunidade Econômica Europeia, através do regulamento nº 170/86, de 30 de maio de 1986, após o acidente de Chernobyl, estabeleceu limites para níveis máximos de radioatividade em produtos a serem importados.
> 2. Os valores adotados pela Comunidade Econômica Europeia são os mais restritivos dentre os existentes.
> RESOLVE:
> Adotar os seguintes valores como níveis máximos permitidos para produtos importados:
> Leite em pó - 3700/Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137
> Demais produtos - 600 Bq/kg para Césio 134 mais Césio 137. (fl. 102 - vol. I).

A liminar concedida no bojo da ação, à fl. 366 - vol. II, foi no sentido, *verbis*:

> Processe-se.
> Concedo a liminar no sentido de determinar às empresas SEAP "Secretaria Especial de Abastecimento e Preços", Interbrás - Comércio Internacional S.A. e Cobal "Cia. Brasileira de Alimentos" a absterem-se de importar, vender, comercializar, expor à venda, ou de qualquer forma outra possibilitar o consumo de leite ou qualquer outro produto dele derivado e importado, que contenham quaisquer índices de contaminação radioativa, exceto os naturais.
> Determino a imediata retirada e suspensão da comercialização do produto proveniente da Europa, tendo em vista o alto risco à saúde pública, consoante noticia a inicial, até ulterior deliberação deste Juízo.
> Oficie-se, nos termos requeridos, aos adquirentes relacionados às fls. 353/354 - vol. II.
> Dê-se ciência aos órgãos sanitários federal e estadual, bem como à SUNAB, para fiscalização do cumprimento desta decisão.

Independentemente do evento histórico motivador da propositura da ação, o seu pedido final, que já tinha relevância à época, adquiriu maior importância ao longo do tempo, à evidência. É preciso definir, juridicamente, se nenhum índice de contaminação radioativa artificial é admissível ou algum o é, em que medida e a quem compete fixá-lo.

III.c - DO BALIZAMENTO DO TEMA

O monitoramento e o controle de radiação a que o ser humano está exposto direta ou indiretamente é de fundamental importância para a saúde. A contaminação por radiação não diz respeito apenas àqueles que vivem próximos ou trabalham em usinas nucleares. Todos estão expostos diariamente a uma quantidade de radiação proveniente do ambiente ou dos alimentos ingeridos.

A maior parte da radiação é natural, ou seja, é originária de fontes terrestres (na su-

perfície ou no interior da terra) ou de uma infinidade de raios cósmicos que atingem a terra constantemente. O restante é devido às fontes artificiais criadas pelo ser humano: aplicações médicas e industriais, armas e usinas nucleares etc.

A seguir tabela das unidades de dose de radiação mais utilizadas atualmente:

Bequerel (Bq): Nome especial da unidade de atividade. Um bequerel equivale a uma desintegração por segundo.
Gray (Gy): Nome especial da unidade de dose absorvida. Está relacionada com quantidade de energia da radiação ionizante absorvida pela matéria.
Siviert (Sv): Nome especial da unidade de dose equivalente. Está relacionada ao dano que a radiação causa nos seres humanos.

A título de esclarecimento, quadros de distribuição das fontes de radiação e dos componentes da radioatividade natural:

Fontes de radiação	Dose Efetiva Anual (mSv)
Total	2,4
Natural	1,6
Médica	1,0
Fallout de armas nucleares	0,01
Ocupacional	0,002
Energia nuclear	0,0002

Componentes da radioatividade natural	Dose Efetiva Anual (mSv)
Total	2,4
Terrestre (interna)	1,6
Terrestre (externa)	0,41
Cósmica	0,36

(Dados extraídos de Radiation: Doses, Efects, Risks United Nations Environment Programme, second edition, Cambridge, 1991, p. 11).

Destacam-se como fontes artificiais o "*fallout*" de armas nucleares e o vazamento de energia nuclear por acidentes como o de Chernobyl e Fukushima. No primeiro, ocorrida uma explosão nuclear, uma nuvem de gás e vapor, alta temperatura é produzida e, dependendo da potência da bomba nuclear, há a decomposição de elementos radioativos na superfície terrestre. É proveniente de testes com armas nucleares que se deram entre 1952 e 1963, quando foi assinado o tratado de proibição. Quanto ao acidente nuclear, a contaminação se dá com a importação de alimentos e seu consumo, como é o caso dos autos.

Uma série de radionuclídeos naturais, como o K-40 e Th-232, com meia-vida de mais de bilhões de anos, existe no ambiente terrestre desde que o planeta foi criado. Há também os que são produzidos quando partículas de radiação cósmica interagem com átomos da atmosfera, tais como C-14 e H-3. Há outros produzidos artificialmente, resultantes de testes nucleares ou de acidente, os quais fazem parte das paredes das casas, do alimento que se ingere e do ar que se respira.

O leite contém naturalmente K-40 e a água, entre outros, o RA 226 e o Rn-222, mas não se afirma que estão contaminados radioativamente, expressão que se refere a radionuclídeos artificiais, dos quais se destaca o Cs-137, que pode ser carregado por ventos da estratosfera e da alta troposfera e se depositar nas folhagens usadas na alimentação de animais e seres humanos.

O Ministério da Saúde do Japão adotou, em 24.02.2012, menos de um mês dos acidentes nucleares de Fukushima, medidas restritivas sobre a radioatividade em alimentos. Foi imposto um limite de 100 bequeréis de Césio radioativo por quilograma para alimentos em geral: carnes, peixes, frutas e legumes. Quanto aos alimentos destinados a crianças e bebidas em geral, o teto foi de 50 bequeréis. No caso do leite, o rigor foi maior: 10 bequeréis.

III.d. - DA PROVA DOCUMENTAL E ORAL PRODUZIDA

III.d.I - LAUDOS DO INSTITUTO DE RADIOPROTEÇÃO E DOSIMETRIA

Às fls. 56/94 (vol. I), encontram-se laudos periciais, datados de agosto e setembro de 1986, relativos a leite em pó de diversos países europeus e dos EUA. Todos detectaram elementos radioativos artificiais (Césio-134, Césio-137, Ru-103 e I-131). Não há notícia sobre a quantidade da amostra e detalhes do procedimento. Todos levaram em consideração à época o limite de 3.700 Bq/kg.

Às fls. 1426/1735 (vol. V), estão laudos periciais, datados de setembro de 1986 a novembro de 1987, relativos a leite em pó de diversos países europeus, dos EUA e outros. Todos encontraram elementos radioativos artificiais (Césio-134, Césio-137, Ru-103 e I-131). A maioria esmagadora atesta a contaminação, mas considera o limite de 3.700 Bq/kg. Uma pequena minoria, embora registre valores de Bq/kg, afirma não haver contaminação, o que só pode ser explicado pelo limite que implicitamente tenha adotado. Não há notícia sobre a quantidade de amostras e detalhes do procedimento.

Às fls. 2033/2074 (vol. VI), laudos periciais, datados de dezembro de 1988, relativos a leite em pó da Irlanda, Holanda e França. Todos verificaram elementos radioativos artificiais (Césio-134 e Césio-137). Não há notícia sobre a quantidade da amostra e detalhes do procedimento. Todos levaram em consideração à época o limite de 370 Bq/kg.

III.d.II - LAUDO DO INSTITUTO DE PESQUISAS ESPACIAIS

Nele se examinou o leite em pó da Irlanda vindo pelo navio "Monte Pascoal". Constataram-se valores entre 260 Bq/kg e 1030 Bq/kg, com valor médio de 570 Bq/kg, relativamente ao Césio-137. Entre 100 Bq/kg e 400 Bq/kg, com valor médio de 230 Bq/kg para Césio-134. Houve conclusão positiva para o consumo, segundo valores máximos permissíveis da "Food and Drug Administration" (5.500 Bq/kg) ou da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg). Nesse sentido, *verbis*:

> 1 - Leite em pó oriundo da República da Irlanda pelo Navio Monte Pascoal armazenamento no Armazém "COBEC" em São Bernardo do Campo.
> 2 - Os gêneros alimentícios examinados mostraram a presença de elementos radioativos artificiais. Os valores achados para as atividades do radioelemento 137Cs foram compreendidos entre 260 Bq/kg de pó e 1030 Bq/kg de pó com um valor médio de 570 Bq/kg de pó (4 medidas "in loco" no meio de lotes de diferentes datas de fabricação; incertezas sobre medidas, calibrações e geometria: 35% aproximadamente). Nas mesmas condições de medida, os valores achados para as atividades do radioelemento 134Cs foram compreendidos entre 100 Bq/kg de pó e 400 Bq/kg de pó, com um valor médio de 230 Bq/kg de pó.
> 3 - No que se refere à contaminação radioativa e considerando o critério de valores máximos permitidos segundo o "Food and Drug Administration" (5.500 Bq/kg de pó) ou segundo a Comunidade Econômica Europeia (3.700 Bq/kg de pó), os gêneros alimentícios examinados são próprio para o consumo humano. (fl. 54 - vol. I)

III.d.III - OFÍCIO DO COORDENADOR DO GRUPO DE ESTUDOS DE RADIOCONTAMINAÇÃO DA USP

Em outubro de 1986, o Prof. Celso Orsini encaminhou ofício ao Ministério Público Estadual, do qual se extraem as seguintes informações:

a) quanto à radioatividade máxima admissível nos alimentos, notadamente o leite, a OMS, a IAEA e a FAO não têm recomendações para - Sr-90, Cs-134 e Cs-137; a CEE adotou normas provisórias (válidas até 28.02.87): 370 Bq/kg no leite e alimentos destinados às crianças e 600 Bq/kg nos demais alimentos; a Food and Drug Administration fixou em 20 Bq/kg para Sr-90 e 370 Bq/kg para Cs-134 mais Cs-137 para o leite em pó;

b) a CNEN - Comissão Nacional de Energia Nuclear (Res. 07/86) fixou para o leite em pó o índice máximo de 3.700 Bq/kg para Cs-134 mais Cs-137 e demais produtos 600 Bq/kg;

c) o CENA - Centro de Energia Nuclear na Agricultura da USP realizou medições em leite em pó importado e nacional. Evidenciou-se que as amostras de países atingidos pela nuvem radioativa e fabricados após o evento apresentaram atividades bem acima das demais;

d) sugeriu a revisão da Res. 07/86 da CNEN;

e) não há consenso sobre se os índices estabelecidos garantem suficientemente a saúde humana, principalmente a das crianças, dos efeitos deletérios das radiações ionizantes produzidas pelos contaminantes radioativos;

f) diz não ter notícias de índices estabelecidos com base em pesquisas com amostras de populações brasileiras. É o objetivo da comissão, mas os estudos são de longo prazo e dependem de recursos expressivos;

g) as radiações ionizantes por elementos radioativos são agentes potencialmente mutagênicos. São responsáveis por males como o câncer. As crianças incorporam parte dos contaminantes às suas estruturas orgânicas. A incorporação é cumulativa. A ingestão periódica só faz alimentar o potencial mutagênico do organismo. Os padrões devem assegurar que, mesmo no caso de ingestões muito frequentes, esse potencial mantenha-se incapaz de gerar efeitos deletérios (fls. 174/177 e 182 - vol. I).

III.d.IV - OFÍCIO DA SEÇÃO DE RADIOISÓTOPOS DA USP, CENTRO DE ENERGIA NUCLEAR NA AGRICULTURA, CAMPUS PIRACICABA

Nele, em outubro de 1986, Epaminondas S. B. Ferraz comunica o resultado da análise de material radioativo em amostra de leite: o procedente da Dinamarca - índice menor de 1 Bq/kg de Cs-134 e Cs-137 e o procedente da Irlanda - índice de 73,5 Bq/kg de Cs-134 e Cs-137 (fl. 270 - vol. II).

III.d.V - OFÍCIO DO DELEGADO FEDERAL DA AGRICULTURA EM SÃO PAULO

Nele, em novembro de 1986, João Bosco Loureiro informa valores máximos, mínimos e médios de concentração de Cs-137 e Cs-134 de alguns países da Europa, obtidos da análise feita pelo Instituto de Radioproteção e Dosimetria (IRD), órgão da CNEN. Destaca que o leite do navio "Monte Pascoal" acusou média de 494 Bq/kg para Cs-137 e Cs-134 e todos estavam dentro dos níveis da CNEN (3.700 Bq/kg). Nas amostras verifica-se que foram encontrados níveis máximos de entre 10 e 2.413 Bq/kg (fls. 279/281 - vol. II).

III.d.VI - OFÍCIO DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIBEIRÃO PRETO/SP

Nele, em novembro de 1986, o Dr. Luís Carlos Raya refere-se à gravidade do acidente nuclear de Chernobyl. Lembra de "Three Mile Island" nos EUA e de Angra dos Reis (vazamento no sistema primário de resfriamento da usina Angra I, em 30.09.86). Critica a importação de leite europeu, a fixação dos índices pela CNEN nos moldes da Europa, os perigos do consumo

para a saúde e sugere a revisão da resolução da CNEN (fls. 325/333).

III.d.VII - DOCUMENTOS DO INSTITUTO DE RADIOPROTEÇÃO E RADIOTERAPIA

Às fls. 341/364 do vol. II, estão elementos encaminhados pelo instituto em epígrafe para o CINAB - Conselho Interministerial de Abastecimento, com advertência em relação aos altos índices de Cs-137 do leite procedente da Irlanda e as medidas tomadas por países europeus, as Filipinas e a Austrália.

III.d.VIII - OFÍCIO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES MÉDICAS

Em 21 de novembro de 1986, provocada pelo Ministério Público Estadual, a Dra. Verônica Rapp de Eston, Presidente da Associação Brasileira de Mulheres Médicas - ABMM, fez considerações sobre o tema objeto destes autos. Disse que qualquer radiação ionizante que atinge o núcleo celular altera a estrutura química do DNA; que todo radionuclídeo apresenta uma meia-vida característica que indica o tempo necessário para que a radioatividade de uma amostra se reduza à metade; que são necessárias 10 (dez) meias-vidas para que a radioatividade chegue a níveis desprezíveis; que, no caso do Cs-137, principal contaminante dos alimentos da CEE após Chernobyl, a meia-vida física é de 30 (trinta) anos e, em consequência, levará 300 (trezentos) anos para que a radioatividade alcance níveis irrelevantes; que, no caso de irradiação aproximadamente uniforme do corpo inteiro (situação do radiocésio), o maior dano seria para os órgãos formadores de sangue e gônada; que, além de uma diminuição inespecífica de resistência do indivíduo, poderá resultar da irradiação, após vários anos (de 5 a 15 anos), leucemia; que as mutações genéticas que possivelmente tenham ocorrido poderão manifestar-se somente após várias gerações; que, quanto à DMP (dose máxima permissível), a ICRP - Comissão Internacional de Proteção Radiológica afirma que, nas últimas duas ou três décadas, observou-se que, para o câncer e efeitos genéticos, não existe uma dose limite definida; que a ICRP recomenda que as exposições que acontecem sejam mantidas em níveis tão baixos quanto possíveis, levando-se em consideração as circunstâncias econômicas e sociais: é o princípio ALARA; que não entende a importação de leite ou alimentos contaminados pela radioatividade, porque existem fontes alternativas de alimentação (fls. 599/602 - vol. III). Às suas ponderações acostou artigo de sua autoria ("Consequências médicas dos acidentes nucleares") e texto de Luiz Tauhata e Elizabeth Santos de Almeida (Energia Nuclear e suas aplicações) (fls. 604/622 - vol. III).

III.d.IX - OFÍCIO DO CENTRO DE ENERGIA NUCLEAR NA AGRICULTURA - USP PIRACICABA

Em 28 de janeiro de 1987, Epaminondas S. B. Ferraz, instado pelo Ministério Público Estadual, afirmou:

> Conforme solicitação de V. Sa. contida no Ofício Od. COOPROCON - P - nº 026/87 e referente ao assunto "Contaminação de Leite Importado por Radioatividade", passo a responder conforme os parágrafos do referido Ofício:
> § 1º - A Tabela anexa contém a listagem completa de todas as análises de amostras de leite em pó realizadas em nossos laboratórios, até a presente data. Esta Tabela atende aos 04 (quatro) primeiros itens solicitados. Não possuímos informações sobre os outros 02 (dois) itens, "importador" e "comerciante que detém o produto", mas cremos que eles poderão ser fornecidos pelos órgãos estaduais da área de saúde que encomendaram as análises (São Paulo, Paraná e Bahia).
> § 2º - Conforme já ficou esclarecido nas várias reuniões e debates técnicos que se realizaram no Brasil nos últimos meses, *a qualquer dose diferente de zero está associada uma probabilidade de risco não nulo*. O presidente da Comissão Nacional de Energia Nuclear, Dr. Rex Nazareth

> Alves, declarou recentemente (09/01/87) que "a ingestão de leite contaminado com Césio 137 e 134 apresenta uma probabilidade pequena, porém não nula, de incidência de cancerização na população" (vide recorte em anexo). O presidente da CNEN declara ainda que "a ingestão do leite contaminado com Césio 137 poderá ser mais ou menos danosa, dependendo do valor da dose recebida pelo indivíduo", isto é, quanto maior for a dose, maior será o risco. Aliás, isso que o Sr. Presidente declara agora é exatamente o mesmo que os cientistas de vários pontos do Brasil haviam alertado aos órgãos governamentais, 08 (oito) meses antes. *Portanto, não há como se assegurar cientificamente um risco nulo para uma dose diferente de zero.* (fl. 615-vol. III)

Ao ofício acostou listagem das amostras de leite em pó analisadas no laboratório de Radioisótopos do CENA (fls. 617/619 - vol. III), considerações pessoais sobre o assunto (fls. 620/622 - vol. III), cronologia dos fatos (fls. 623/624 - vol. III), com respectivos adendos (artigos de jornal, dados sobre presença de Cs-137 e Cs-134 em leite em pó, telex, laudo pericial, parecer do grupo técnico designado pelo governo sobre os índices de concentração radioativa em alimentos importados, textos da Res. CNEN - 07/86 e da Portaria GR 2141/86, carta da mãe Rosa Maria Muller da Silva Opice Blum ao Ministro Lauro Leitão, ata do GERACON, Res. nº 06, de 19 de junho de 1973, o texto "A CNEN e a Análise dos Alimentos Importados", Prefácio de trabalho do Sr. Anselmo S. Paschoa, sugestões de Anselmo S. Paschoa à CNEN (fls. 624/801 - vol. III).

III.d.X - OFÍCIO DA PUC DO RIO DE JANEIRO - DEPARTAMENTO DE FÍSICA

Em 01 de dezembro de 1986, Anselmo Salles Paschoa, por solicitação do Ministério Público Estadual, faz comentários e propostas sobre o tema dos autos. No item 4 foi feita a seguinte pergunta:

> 4. A ingestão de Leite contendo radiação de Césio 137 e Césio 134 pode causar danos às pessoas e aos animais? Quais e em que condições?

A resposta foi:

> Sim.
> - Entretanto, existe uma considerável faixa de incerteza associada aos danos que podem ser causados aos seres humanos expostos a baixos níveis de radiação ionizante.
> A ICRP, admitindo uma extrapolação linear para a origem na curva de dose versus resposta (ou causa-efeito), adota uma dose equivalente efetiva que não deveria jamais ser excedida e que estabelece a base para o que se convencionou chamar limite primário.
> A ICRP recomenda a adoção de um limite primário para exposição ocupacional, no caso de efeitos estocásticos, cujo valor é 50 mSv (5 rem) num ano. Por efeitos estocásticos deve-se entender uma doença maligna (câncer, por exemplo) ou hereditária, cuja probabilidade de ocorrência, independente de sua severidade, seja função (linear?) da dose sem que se admita a existência de um limiar inferior abaixo do qual não ocorreria qualquer efeito. Os ALI para cada radionuclídeo são limites derivados, estabelecidos para efeitos práticos, a partir do limite primário.
> Para o caso de populações, o ICRP considerou os riscos aceitos no dia a dia como sendo a linha de base da aceitabilidade de riscos fatais para o público em geral. Admitindo que tais riscos estivessem em ordem de grandeza abaixo dos riscos ocupacionais, o ICRP estabeleceu a faixa de 10-6 a 10-5 como sendo o nível mais provável de risco fatal aceitável por qualquer membro individual do público. Admitindo ainda que houvesse poucas práticas expondo o público e pouca exposição fora do grupo crítico de pessoas expostas às radiações provenientes

dessas práticas, o ICRP estabeleceu que uma dose anual equivalente menor que 5 mSv (0,5 rem) para membros individuais do público, resultaria numa dose média anual equivalente menor que 0,5mSv (0,05 rem). Contudo, deve-se entender que o termorisco conforme utilizado acima refere-se especificamente à probabilidade de que um dado indivíduo sofra um efeito deletério resultante de uma dose de radiação e que pode ser expresso matematicamente de forma bem definida. Por outro lado, o ICRP substituiu anteriormente a palavra risco, usada livremente, pelo termo detrimento, no sentido de expectância matemática da ocorrência de dano (para um dado indivíduo) devido à dose de radiação, considerando-se as probabilidades de ocorrência de cada tipo de efeito deletério e da probabilidade dos mesmos.

Toda essa modificação conceitual foi feita para que se introduzisse as técnicas custo-benefício associada a análises de risco versus benefícios ao caso da proteção radiológica. Além disso, seria necessário introduzir estas técnicas nos processos de decisão, de modo a comparar fatores intangíveis (como a importância relativa da exposição de seres humanos à radiação) com outros mais tangíveis como os fatores econômicos. Assim, a proteção radiológica dependeria não só de dados químicos, físicos e biológicos, como também de juízos de valor. Como um grau de risco estaria sempre associado com a exposição à radiação, não importando quão baixa fosse esta exposição, a Sociedade teria de consignar explícita ou implicitamente valores monetários à diminuição do risco, quando comparado a outros riscos. Houve portanto uma mudança na filosofia de proteção radiológica dentro do próprio ICRP. Entretanto, na prática esta mudança de filosofia não foi entendida e assimilada pela grande maioria dos países que continuaram a tentar adotar as recomendações do ICRP introduzidas em 1977 e mais tarde adotadas pela AIEA. O fato é que não há como evitar que uma determinada população seja submetida a uma grande parcela de riscos, enquanto os benefícios sejam usufruídos por diferentes populações vivendo em outra parte do mundo. Isto ficou dramaticamente evidenciado no recente acidente de Chernobyl, mas já estava claro anteriormente no caso da indústria de extração e exploração de urânio. Por exemplo, o continente africano detém mais de 20% das reservas uraníferas disponíveis no mundo, enquanto produz menos de 2% de sua energia pela via nuclear.

É fundamental que o processo de decisão relativo a exposição de populações à radiação ionizante passe por um amplo e lúcido debate no Brasil, antes que se prossiga na adoção cega de limites adotados em outras partes do mundo. (fls. 806/808 - vol. III)

No item 6 foi feita a pergunta:

6. Sabe essa Comissão que no Edital de Concorrência Pública da COBAL para importação de Leite em Pó foi (a CNEN) eleita para vetar mercadorias em caso de contaminação e que no mesmo Edital foi estabelecida como condição de aceitação a inexistência de índice de contaminação radioativa?

A resposta foi:

Inexistência de índice de contaminação radioativa é um conceito vago, pois seria necessário especificar o significado de contaminação radioativa. Todo e qualquer produto, industrializado ou não, tem uma pequena contaminação radioativa, seja natural ou artificial. Assim, caso este edital fosse tomado ao pé da letra, o Brasil estaria impedido de importar qualquer mercadoria, viesse de onde viesse. Por outro lado, definindo-se cuidadosamente o significado de contaminação radioativa, seria possível especificar o(s) radionuclídeo(s) que se desejaria evitar e, mais ainda, determinar os limites de tolerância para importação dos mesmos. Entretanto, cabe aqui mais um comentário sobre o processo de decisão que permite a importação de alimentos, usualmente livres de contaminação significativa por 137Cs, numa época

> em que sabidamente estes produtos provenientes do mercado produtor europeu pode estar contaminado com o radionuclídeo em questão.
> A técnica de riscos versus benefícios exige que estes aspectos da questão sejam considerados *durante* o processo de decisão e não *a posteriori*. (fls. 808/809 - vol. III)

Em ofício posterior, de 14 de janeiro de 1987, enviou à Curadoria ressalvas, nas quais, contrapondo-se os níveis adotados na Res. CNEN 06/73, informou que o nível recomendado pela Comunidade Europeia, após o acidente de Chernobyl, era de 370 Bq/kg para Cs-137 e da Áustria era 20 Bq/kg, devido a razões de ordem ético-políticas que não soube precisar. Finalizou dizendo existirem evidências na literatura científica de que o Cs-137 pode ser responsável pelo aparecimento de neurofibrosarcomas quando incorporado a seres humanos durante longos períodos de tempo (fls. 811/812 - vol. III).

III.d.XI - OFÍCIO DA SBPC AO CURADOR

Em 17 de dezembro de 1986, Ennio Candotti, vice-presidente da entidade, sugeriu a seguinte alternativa:

> ... . O correto seria glosar as partes de radioatividade próximas de 0 e as partes de teores muito elevados. Uma vez que dificilmente será consumido um produto obtido da mistura das diferentes partes, não há garantias de que isso venha a ocorrer e é difícil o seu controle, *corre-se o perigo de ver o leite contaminado ser vendido diretamente para a população que, inclusive, poderá fazer usos diferentes da mera reidratação em proporções 1:10*. (fl. 813 - vol. III)

III.d.XII - DECLARAÇÃO DO PROF. OTAVIANO A. M. HELENE

Em acréscimo ao que dissera em reunião do IRD de 27 de novembro de 1986, o Prof. Otaviano A. M. Helene declarou:

> Os níveis de contaminação radioativa tolerados em alimentos importados parecem-me excessivamente altos. O consumo de alimentos contaminados nesses níveis corresponderiam a uma dose equivalente de 0,3 rem a cada ano e, portanto, a cerca de 10 rem durante 30 anos. Tal dose supera o limite de 5 rem em 30 anos, limite este correspondente ao máximo aceitável para a população como um todo conforme estabelecido pela CNEN em 1973, para irradiações por fontes não naturais. Dessa forma parece-me adequado: a) diminuir significativamente os níveis de contaminação radioativa tolerados em alimentos importados (essa diminuição poderia ser de um fator 10); b) que se estabeleça uma data limite para a tolerância dessa contaminação; c) que nova decisão quanto aos níveis de contaminação tolerados após essa data seja adotando-se um procedimento que leve em conta um balanço risco/benefício e d) que o destino final do leite contaminado seja controlado. (fl. 815 - vol. III)

III.d.XIII - REUNIÃO NO IRD NO RIO DE JANEIRO

Em 27 de novembro de 1986, no Instituto de Radioproteção, no Rio de Janeiro, foi realizado encontro do qual participaram promotores de justiça, a Diretora do Instituto, Dra. Anamélia Habib Mendonça, o Dr. Mário A. Signorelli, Chefe de Gabinete da Presidência da CNEN, os Profs. Celso Orsini e Otaviano Helene, da USP, Ennio Candotti, Presidente em exercício da SBPC - Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Luiz Pinguelli Rosa e Solange Cuiabana de Barros, da UFRJ, Anselmo Salles Paschoa e Gilson Baptista, da PUC/RJ, Antônio Roberto Alves Teixeira e Wanda Lúcia Prado da Silva, da UERJ, e Norberto Majlis, da UFF.

Segue da reunião relato das manifestações:

> Para expor as razões científicas do IRD, adotadas pela CNEN, manifestaram-se os Drs. Ha-

roldo Lessa Peixoto de Azevedo e Luiz Fernando de Carvalho Conti, os quais relataram seus estudos e suas diligências, ressaltando que fizeram investigações com uso de Cintilômetro nos navios Monte Pascoal e Pioneiro chegados ao Brasil e com as aparelhagens do IRD mediram os fluxos de cargas Médio/Máxima, sendo a média de 25,8 Bq/kg de contaminação pelos radioisótopos Césio-137 e Césio-134 que vazaram quando do acidente nuclear de Chernobyl. Esclareceram que a média dos níveis de contaminação foi tomada segundo somatório das diversas amostras colhidas diretamente pelos funcionários do Ministério da Agricultura e encaminhadas ao Instituto, sendo que só o Navio Monte Pascoal recebeu vistoria direta, pelos altos níveis de contaminação radioativa encontrados em sua carga. No tocante ao estabelecimento de 3.700 Bq/kg de Leite em Pó como máximo tolerável de contaminação radioativa, os técnicos esclareceram que esta dose "não é para ser alcançada, mas para não ser atingida como limite de tolerabilidade". A seguir os técnicos fizeram comparativos sobre as cargas de radionutridos naturais de uma pessoa, situadas em 0,19 mSv, onde 0,17 mSv são de Potássio. Foram os técnicos aparteados e consultados pelos acompanhantes dos Drs. Curadores, da área científica, os quais demonstraram pontos divergentes e convergentes na ótica acadêmica. Usando a palavra, cada um por sua vez, manifestaram-se os cientistas acompanhantes: Prof. Anselmo Paschoa (PUC-RJ) demonstrando a cadência sequencial dos estudos feitos pelo IRD e concluindo que - seguindo-se a mesma cadência - os níveis de contaminação radioativa encontráveis, deveriam ser cientificamente menores que os identificados pelos técnicos do IRD. Sobre os malefícios dos radioisótopos de Césio, afirmou que acarretam eles quebras cromossômicas. Por isso, a Áustria estabeleceu o limite máximo de 20 Bq/kg para a contaminação admitida. Prof. Luiz Pinguelli Rosa (UFRJ e Sociedade Brasileira de Física) que demonstrou terem os técnicos do IRD se despreocupado das formas de distribuição do Leite, pois consideradas ingestões diárias de mais de 1 copo de leite por dia pelas pessoas, os níveis de contaminação passam a ser altíssimos. Afirmou que "com certeza alguns casos de câncer adicional serão gerados pelo leite importado" e que "não seria porque uma pessoa já tenha radionuclídeos naturais, que se poderia permitir mais radionutridos, pois se há em nosso ambiente tipos de contaminação como tuberculose, sarampo, hepatite, nem por isso poderíamos disseminar para as crianças vírus adicionais para ingestão de tais doenças". Profs. Celso Orsini e Otaviano Helene (USP), que analisaram os graus de poluição e contaminação, ante um Estado de Subjetividade Social. O Prof. Orsini considerou que "A CNEN concluiu que há contaminação, mas que esta contaminação não é preocupante, porque não diferem dos níveis naturais ..., mas, de qualquer forma, é indesejável a importação de Leite com qualquer nível de radiação, se há possibilidade de se evitar isso. A importação é indesejável. Não temos que enfrentar um problema de risco/benefício, se não temos motivos para enfrentar um risco." O Prof. Helene sustentou, considerando o estado de subjetividade dos graus de poluição e contaminação, que aceitar o Brasil o leite contaminado que aí está é admitir um limite de 50 Bq/kg, quando a ordem natural deveria ser de 5 a 25 Bq/kg, sobre as cargas de contaminação; demonstrou que a ingestão de 1 litro/dia de Leite contaminado na média de 25,8 Bq/kg de Pó, uma pessoa absorve 0, 23 mSv/dia, o que representa mais de 5 mSv/ano de carga retida; comparando-se com níveis de contaminação de Potássio (0,17 mSv) e de cargas de radionuclídeos naturais da pessoa (0,19 mSv), a carga adicional é indesejável. Por fim, manifestou-se o Prof. Ennio Candotti, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, que afirmou ter o IRD adotado o índice que o Mercado Comum - exportador para o Brasil - aceita como admissível para importar Leite da União Soviética ou do Leste Europeu, onde se localizou o acidente. Considerou não haver qualquer razão de risco/benefício que deva cientificamente o Brasil enfrentar, pois não temos aqui estado de emergência nuclear; ademais, os níveis adotados pelos Estados Unidos e pelos países europeus, são muito altos em razão da radioatividade que lá existe, em si muito altas em relação aos níveis brasileiros, pela diferença das atividades industriais. E "Usar o Leite que está no Brasil é aceitar chantagem de vendedor, que se aproveita de nossa crise de abastecimento para descarregar Leite

Contaminado". A seguir, considerou os números apresentados pelos técnicos do IRD sobre as quantidades volumétricas de Leite em Pó importado da Europa, que correspondem a: tm (toneladas métricas) importadas = 60.000; Leite sem contaminação = 35.000 tm; Leite Contaminado = 25.000 tm. Embora os técnicos do IRD lhe parecessem pessoas dignas e honestas, concluía o expositor que "foram ingênuos em não considerar o grande perigo de se importar tão grande parte proporcional de Leite Contaminado, certamente porque este Leite está baratíssimo de preço, já que ninguém o deseja" ... "O Brasil foi passado prá trás". Considerou, também, que os critérios de indicar o nível de contaminação, por meio de média aritmética, é um erro científico, pois "o correto seria glosar as partes de 0 ou próximas de 0 e também as partes de teores muito elevados, para se chegar a uma média, quando se procura esta média ..., mas, se num carregamento foram encontradas partes com teores muito elevados, estas deveriam ser imediatamente condenadas, pois há o perigo de serem vendidas em Pó, a granel, para a população, ou de serem utilizadas de forma diferente da mera reidratação em usinas". (fls. 820/823 - vol. III)

O ato foi encerrado com auto de constatação do qual cabe destacar:

I - Os índices estabelecidos pelos estudos do IRD não levaram em consideração as condições risco/benefício para a população;
II - Daí significativas cargas de Leite em Pó contaminado foram recebidas no país e distribuídas sem monitoramento sequencial dos seus destinos;
III - Ao serem liberadas as cargas aceitas, não houve acompanhamento das suas utilizações nas fases de industrialização;
IV - Os técnicos do IRD só se ativeram nas considerações das quantidades utilizáveis para as reidratações pelas usinas de processamento e beneficiamento de Leite, na média 100/1.000 (cem gramas de Pó para 1.000 mililitros d'água);
V - Os critérios de estipulação dos níveis de Contaminação Radioativa, adotados pelo IRD, foram os de mera média aritmética das diversas amostras colhidas em cada carregamento;
VI - Por tais critérios, partes com elevados índices de contaminação foram somadas às de não ou pouco contaminadas, para de forma meramente matemática chegarem a uma média, sem serem condenadas as partes com elevados níveis de contaminação;
VII - Desconheceram os técnicos as possibilidades de uma só parte contaminada ser destinada ao envasamento para venda do produto no estado, ou em Pó, na forma de latas ou pacotes de parcelamento a varejo;
VIII - Desconheceram também os técnicos as possibilidades das utilizações do Leite, em uso familiar, nas doses superiores a 100/1.000;
IX - Desconheceram mais os técnicos as possibilidades das utilizações do Leite nas fabricações de doces e leite condensado, onde as quantidades de água são reduzidas;
X - Desconheceram mais ainda os técnicos as hipóteses de famílias adquirirem caixas fechadas de 12, 24 ou 36 latas ou pacotes de Leite em Pó e com isto estocarem grandes quantidades de Leite contaminado, para uso em longo tempo;
XI - Os níveis estabelecidos pelos estudos do IRD, decorreram da estimativa de consumo de Leite com qualquer grau de contaminação por período pequeno, no máximo entre 3 e 6 meses;
XII - As possibilidades de estocagens industriais ou domésticas, levarão a população a utilizar Leite contaminado por período excedente ao "de risco" previsto pelos técnicos;
XIII - A falta da imposição de constarem nos rótulos dos produtos advertências sobre suas contaminações radioativas, é cientificamente condenável;
XIV - Os níveis de contaminação de Césio 137 e Césio 134, estabelecidos pelos técnicos em 3.700 Bq/kg são indesejáveis do ponto de vista científico, posto que não-sabidos os limites de permanência destes contaminantes no corpo humano, sem causação de sequelas;
XV - Tais contaminantes atuam principalmente nos sistemas fibrosos dos corpos dos ma-

míferos, provocando ou podendo dar origem a neuro-fibro-sarcomas (câncer nas fibrinas);
XVI - Não há certezas de que as pessoas contaminadas pela ingestão de Leite Contaminado por aqueles rádio-isótopos possam estar livres de apresentar degenerações genéticas;
XVII - Admitir-se a ingestão de Leite Contaminado pelos mesmos rádio-isótopos, sem existir razões de perigo comum a suportar, é um erro científico;
XVIII - Não há razões científicas para serem admitidos, no Brasil, os índices gerais de contaminação admissíveis para a região do Mercado Comum Europeu, em período de emergência decorrente de acidente nuclear, mormente quando alguns estados-membros daquela organização econômica de altas partes contratantes, de si desprezam os elevados índices gerais e adotam níveis inferiores, correspondentes a 10 a 28% dos adotados pela mesma organização;
XIX - É cientificamente indesejável a disseminação à população de Leite Contaminado por aqueles rádio-isotópos, quando há possibilidade de ser consumido leite sem tal contaminação, mormente porque já tendo o Leite uma contaminação normal de Potássio, qualquer acréscimo é pernicioso;
XX - Sobrelevam como razões para que não haja ingestão de Leite ou qualquer outro produto alimentar contaminado por tais rádio-isótopos, o perigo que representam como contaminantes "estocásticos", caso em que a gravidade do efeito pernicioso da radioatividade no homem independe da dose recebida. Embora a probabilidade de ocorrência de efeito pernicioso seja considerada proporcional à dose recebida pelo homem, não existe limiar de dose abaixo da qual essa probabilidade seja nula. (fls. 824/827- vol. III)

Às fls. 835/836 - vol. III, estão comentários complementares de alguns participantes.

III.d.XIV - OFÍCIO DO PRESIDENTE DA CNEN AO CURADOR DE JUSTIÇA DE CONSUMIDORES

Em 22 de dezembro de 1986, o então Presidente da CNEN, Rex Nazaré Alves, encaminhou respostas a quesitos formulados pelo Curador de Justiça de Consumidores. Afirma que a Resolução CNEN nº 06, de 19.06.73, se aplica não só aos trabalhadores, mas aos indivíduos do público, relativamente à radiação ionizante. Sobre a Resolução CNEN nº 07, de 10.09.86, esclareceu:

Como o valor obtido pela CNEN para o limite autorizado de atividade no leite foi de 550 Bq/kg (pronto para consumo, isto é, em forma líquida, decidiu-se adotar o valor de 370 Bq/kg como limite autorizado, tendo em vista o consumo simultâneo de carne e leite, uma vez que seria mais restritivo. (fl. 831 - vol. III)

Sobre o índice informou:

Como pode ser observado no anexo 1, não foi feita nenhuma consideração sócio-econômica (análise risco/benefício) o que significa que o limite autorizado estipulado é apenas um valor que não pode ser ultrapassado, tendo em vista o consumo direto de carne e leite pelo indivíduo do público (grupo crítico-crianças). Além do que adoção deste procedimento justifica-se em situações temporárias e/ou excepcionais.
No entanto, cabe ressaltar que, no caso de extensão do período de importação e/ou aumento da diversidade de material importado, bem como de sua utilização, uma avaliação mais aprofundada torna-se necessária. Este fato é mencionado explicitamente no item 3 do primeiro laudo de exame pericial enviado ao Ministério da Agricultura, datado de 25 de agosto de 1986 (anexo II). Diz o item 3 do laudo: "levando-se em consideração que cada contribuição para exposição da população causada pela ação do homem deve ser justificada por seus benefícios, o limite para a irradiação de uma população como um todo deve ser claramente encarado

> como sendo um somatório de contribuições mínimas necessárias, e não como um total permissível a ser alcançado (ICRP 26). Portanto, no caso de o Brasil continuar importando produtos alimentícios de várias origens, deve-se levar em consideração os níveis de atividade encontrados, para a liberação do produto, uma vez que não se pode prever a contribuição dos próximos alimentos a serem importados para a exposição total da população". (destaques do original) - (fl. 831 - anexo III)

Sobre os danos às pessoas e aos animais, disse:

> Os efeitos provocados pela exposição à radiação são dependentes da dose de radiação (equivalente de dose), qualquer que seja o elemento radioativo que emite radiação ou a forma pela qual o ser humano se expõe a essa radiação. Todos estes fatores já são considerados no cálculo da dose. Desta forma, a ingestão de leite contaminado com Cs-137 poderá ser mais ou menos danoso dependendo do valor da dose recebida pelo indivíduo.
> No caso de baixas doses, os efeitos possíveis de ocorrer são os não determinísticos, como cancerização e/ou hereditários, denominados de "estocásticos" (probabilísticos). Contudo, a probabilidade de ocorrência desses efeitos em função da dose, foi avaliada através dos resultados, observados em grupos críticos (como sobreviventes de Hiroshima e Nagazaki, primeiros radiologistas, pintores de relógio com tinta radioativa). Como esses grupos críticos foram submetidos a altas doses de radiação, extrapolações tiveram que ser feitas para baixas doses. No caso de baixas doses adota-se a filosofia de que qualquer dose produz um efeito (modelo linear) sempre que se pretenda estabelecer limites em proteção Radiológica, objetivando ser o mais restritivo possível. No entanto, o modelo linear quadrático (apresentando uma probabilidade próxima de zero para baixas doses) é o mais adequado aos dados experimentais. Esta dúvida se deve ao fato de que é impossível, estatisticamente, demonstrar-se uma maior incidência de câncer numa população exposta a baixas doses de radiação em comparação com a incidência normal de cancerização.
> Baseado no que foi exposto, pode-se dizer que a ingestão de leite contaminado com Cs-137 e Cs-134 apresenta uma probabilidade pequena, porém não nula, de incidência de cancerização na população. Contudo, os valores de dose são tão baixos que será impossível provar-se, um aumento da incidência de câncer nessa população (ver anexo IV). Cabe ressaltar que os animais são menos sensíveis à radiação que o ser humano. (fl. 832 - vol. III)

Sobre o edital de concorrência pública da COBAL para a importação de leite em pó, assentou:

> Nos laudos técnicos emitidos pelo IRD-CNEN constam todos os resultados das análises realizadas, os quais se situaram abaixo dos níveis limites adotados quanto à tolerabilidade para o consumo humano, mas que encontraram-se acima dos limites fixados no Edital da COBAL. (fl. 833 - vol. III)

III.d.XV - CONSIDERAÇÕES SOBRE LEITE CONTAMINADO DO PROF. EDUARDO PENNA FRANÇA

Em trabalho datado de 16 de março de 1987, o Prof. Eduardo Penna França, do Instituto de Biofísica da UFRJ, intitulado "Considerações sobre o problema do leite contaminado com Césio radioativo", apresenta várias informações sobre contaminação radioativa. Sobre os efeitos das doses menores pontuou:

> Doses menores de radiação na faixa de 0,05 Sv (5 rem) a 1 Sv (100 rem), podem provocar dois tipos de efeitos graves no homem que aparecem após longos prazos:

Cancerização: o aumento da incidência de vários tipos de tumores malignos foi observado em estudos epidemiológicos nos sobreviventes das explosões atômicas de Hiroxima e Nagasaki e em vários grupos de operários ou de doentes, superexpostos à irradiação ocupacional (radônio, rádio etc) ou médica (raios X). (Tabela 1)
Efeitos genéticos: foram observados em experiências com animais mas aceita-se por inferência que possam ocorrer na descendência de indivíduos irradiados.
A exposição de populações à doses ainda menores de radiações (< 0,05 sv) como ocorre em instalações nucleares, em laboratórios que manipulam substâncias radioativas, no uso médico de raios-x e devido à própria radiação natural ambiental que a todos atinge, potencialmente pode induzir os mesmos efeitos que na faixa anterior (cancerização e efeito genético). não foi possível até hoje demonstrar praticamente estes efeitos em estudos epidemiológicos pelas seguintes >
- a frequência da incidência de câncer na população induzida por todas as causas, na maioria desconhecidas, é muito alta;
- o tempo de latência do aparecimento de câncer induzido por baixas doses de radiação é muito longo;
- a dose de radiação natural a que toda população do globo está exposta é relativamente alta (em média 1 mSv/ano nos países tropicais e 2 mSv/ano na Europa e América do Norte).
Esta dose, porém, varia muito de um lugar para outro, com a altitude, com o tipo de habitação, tipo de solo da região etc.. Como o acréscimo de cancerização que poderia ser provocado na população por radiações artificiais é muito pequeno em relação aos casos que ocorrem normalmente, todos os estudos epidemiológicos já realizados não deram resultados conclusivos. No entanto, os organismos internacionais de proteção radiológica, particularmente a Comissão Internacional de Proteção Radiológica (ICRP) e os de vários países, decidiram estimar estatisticamente a possível indução de cânceres por baixas doses de radiação. Para isto extrapolaram a curva de: *taxa de cancerização* x *dose de radiação* obtida por grupos expostos a doses mais elevadas (maior de que 0,05 Sv) até dose zero de radiação. Obtiveram então o que hoje se denomina de *taxa de risco de cancerização* que é segundo o ICRP uma estimativa estatística da máxima probabilidade de indução de câncer por irradiação com baixas doses e não uma certeza de efeito e se destina a planejar práticas de proteção radiológica visando reduzir o risco nos indivíduos expostos à radiações. O seu valor aceito atualmente é de: *1 caso de câncer em cada 100.000 pessoas expostas a 1 mSv*. Vários estudos estão em andamento sobre o assunto que levam a crer que esta faixa possa ser 2 a 10 vezes menores do que o estimado pelo ICRP. (destaques do original) - (fls. 1080/1081 - vol. IV)

Assinala o professor que, para efeitos de proteção radiológica, parte-se do princípio de que qualquer dose de radiação, por menor que seja, tem um certo risco de induzir cancerização ou efeito genético na população irradiada. Acerca dos critérios então considerados para a proteção radiológica, cita:

1 - A adoção da *filosofia de risco x benefício*, ou seja: os benefícios do uso ou exposição a qualquer tipo de radiação devem ser maiores do que os riscos correspondentes para a população.
2 - O estabelecimento de um *limite máximo* de risco para os indivíduos mais expostos da população que não deve ser excedido em nenhum caso. Todos os esforços devem ser feitos porém para que ele não seja atingido.
3 - *O risco total para população exposta deve ser tão baixo quanto realmente alcançável, levando-se em conta considerações econômicas e sociais*. Isto na prática significa que os riscos de irradiação devem ser cotejados com outros tipos de riscos que a população está regularmente exposta antes de decidir se eles são aceitáveis. (destaques do original) - (fl. 1082 - vol. IV)

Sobre a irradiação interna, o professor sustenta:

> No caso de irradiação interna, ou seja, de radionuclídeos introduzidos no organismo por inalação ou ingestão, a dose de radiação produzida por cada tipo de radionuclídeo vai depender de sua natureza química, de como ele se distribui no organismo, de quanto tempo permanece assim por diante. Estes estudos foram realizados por várias instituições e hoje em dia estão disponíveis para a maioria dos radionuclídeos. Assim é possível por exemplo relacionar-se a quantidade de 137Cs ingerida com a dose que ele vai provocar no organismo, e calcular o respectivo risco. Inversamente, estipulando-se o máximo risco aceitável para um país calcula-se para trás e obtém-se a máxima concentração de 137Cs (em Bq/litro ou Bq/kg) que se permite no leite ou na carne, por exemplo. Estes valores se denominam limites derivados. (fls. 1083/1084 - vol. IV)

Sobre os critérios de proteção radiológica, assevera:

> Segundo os critérios básicos de proteção radiológica o benefício da prática envolvendo irradiação dever ser maior do que o risco. Os economistas e membros do governo é que podem avaliar o benefício de importar leite com compra já contratada antes do acidente de Chernobyl, com a alternativa de cancelar a compra ou embargar a venda e diminuir a oferta de leite à população. (fl. 1087 - vol. IV)

Sobre a probabilidade de cancerização, disse:

> Se um milhão de pessoas ingerisse leite com 10% de concentração máxima de césio radioativo (370 Bq/kg pó) durante um ano inteiro, a dose de radiação individual seria de 0,5 mS e há um risco hipotético de indução de 5 casos de câncer nos próximos 50 anos nessa população. A incidência normal de câncer nesta população é de 2600 casos por cada ano, com uma variação provável de +/- 500 casos/ano. Comparando com o risco de câncer de pulmão para fumantes de cigarro o risco é equivalente ao de se fumar 5 cigarros durante um ano e então parar de fumar. A radioatividade ambiental natural pode variar apreciavelmente de uma casa para outra, mesmo na mesma cidade, e mais ainda quando se muda de uma cidade para outra. (fl. 1088 - vol. IV)

III.d.XVI - TESTEMUNHOS DE EPAMINONDAS SANSIGOLO DE BARROS FERRAZ, EMICO OKUNO, OTAVIANO AUGUSTO MARCONDES HELENE e GIAN MARIA AGOSTINO ÂNGELO SORDI (fls. 1751/1755 - vol. V)

De Epaminondas Sansigolo de Barros Ferraz destacam-se as seguintes declarações:

> a) inexiste consenso no tocante à fixação de um índice máximo de radiação nuclear em alimentos e, em especial, no leite;
> b) a fixação é variável atendendo mais a fatores econômicos e sociais do que nitidamente técnicos;
> c) à época do acidente nuclear, dirigiu-se à Organização Mundial de Saúde - OMS, que respondeu que a entidade não fixa grau máximo, deixando a critério de cada comunidade;
> d) a Comunidade Europeia fixou o índice de 370 Bq por causa do acidente para vigorar até fevereiro seguinte, sendo prorrogado posteriormente;
> e) desconhece os motivos que levaram a CNEN a fixar o índice de 3.700 Bq;
> f) a USP realizou pesquisa para aferição de radioatividade em partidas de leite em pó e, pessoalmente, o depoente as empreendeu encontrando índices após o acidente;

g) os elementos Cs 137, Cs 134 e Estrôncio 90 foram encontrados após o acidente nuclear;
h) o Césio 137, atualmente, em face das diversas experiências nucleares, é encontrado naturalmente em alimentos em quantidades pequenas;
i) qualquer dose, por menor que seja, é nociva à saúde, segundo sua opinião não técnica;
j) nas análises que fez constatou Césio 137 e Césio 134;
k) em razão do Princípio Alara e dos efeitos estocásticos, entende não justificável, exceto numa situação de emergência extrema, a distribuição de qualquer elemento contaminado, porque qualquer dose é nociva;
l) a radioatividade natural existe sem a fixação de qualquer índice, pois é naturalmente aceita;
m) a radioatividade existente em determinados locais, em dosagem mais alta, sendo natural, não aparecerá no leite, nem tampouco será fixada no organismo humano;
n) para eventual fixação de um índice entre 3.700 e 370 Bq, o risco só seria justificável se o benefício fosse maior e, considerando que qualquer dosagem, ainda que mínima, é nociva, injustificável a adoção de índices elevados;
o) injustificável que as autoridades fixem índices, cujos riscos deveriam ser suportados pela população;
p) das amostras que analisou a maioria teve seu índice abaixo de 200, não podendo fixar uma média, pois não teve acesso a amostras provenientes de todo o leite importado, ressaltando que algumas apresentaram índices de até 2.000 Bq;
q) o Césio 137 se encontra, em dosagem pequena, incorporado à natureza, sendo considerado como radioatividade natural, porque esta é verificável tanto em produtos provenientes do Hemisfério Norte como do Hemisfério Sul, mesmo antes do acidente nuclear;
r) os índices de 3 a 4 Bq podem ser considerados pequenos, desde que não haja opção, pois a radioatividade é natural, embora o desejável fosse que nenhuma radioatividade houvesse.

De Emico Okuno extraem-se os pontos arrolados:

a) inexiste consenso para a fixação de um grau aceitável de radiação nuclear em alimentos, pois os resultados são variáveis, de pessoa a pessoa;
b) as crianças apresentam riscos maiores;
c) quanto ao índice da CNEN, qualquer radiação é nociva: quanto maior, maior o risco;
d) existe a radiação natural no ambiente a que todos estão sujeitos;
e) exposição interna é da ingestão de alimentos;
f) em relação ao leite em pó, foi constatada a presença de Césio 137, Césio 134 e Estrôncio 90. Inexiste a probabilidade de dano imediato, só ocorrente quando a dosagem é muito elevada;
g) a ingestão de doses pequenas mas constantes pode provocar efeitos tardios, ocasionando danos genéticos e somáticos;
h) o leite é naturalmente radioativo, apresentando por litro 30 a 40 bequeréis;
i) se o acidente tivesse ocorrido no Brasil, não teríamos alternativa, senão aceitar índices elevados;
j) a radiação natural existente no leite é produzida pelo Potássio, que equivale ao Césio, no tocante à sua eliminação pelo organismo: 150 dias para o adulto e cerca de 40 dias para as crianças, para expelir metade do que foi ingerido;
k) desconhece o laudo elaborado pela USP, fixando índices para o quilo de leite em pó;
l) entende não haver possibilidade de fixar-se dose mínima, média ou máxima, porque qualquer dose é danosa, ressaltando seu aspecto probabilístico;
m) em toda a Europa variou muito, de local para local, o índice de contaminação, dependendo da ocorrência ou não das chuvas após o acidente nuclear.

De Otaviano Augusto Marcondes Helene ressaltam-se as seguintes afirmações:

a) não pode precisar um grau máximo aceitável de radiação nuclear em alimentos, pois tal fato depende de uma relação custo-benefício;
b) para o leite importado, outros fatores existem como o problema da distribuição e alimentação da população e interesses econômicos;
c) não foi vantajosa a importação desse leite, atentando-se ao custo-benefício;
d) o índice adotado pela Comunidade Europeia deve ter atentado para a situação de emergência ocorrida após o acidente nuclear;
e) o índice da resolução da CNEN de 5 REM seria superado se uma pessoa ingerisse diariamente o leite importado, considerando-se os demais elementos radioativos a que o organismo humano naturalmente está sujeito;
f) a resolução foi elaborada em setembro de 1986, após a importação, quando não havia anteriormente nada disciplinando o assunto especificamente;
g) o leite apresenta elemento radioativo natural, o Potássio 40;
h) o Césio e o Potássio contêm propriedades químicas semelhantes;
i) não tem condições de informar qual a média de Potássio 40 existente no leite;
j) o limite máximo permissível estaria relacionado com o tempo de uso de determinado produto;
k) participou de algumas análises efetuadas no leite em pó importado, bem como das feitas pelo CENA;
l) constatou a presença de elementos radioativos provenientes do acidente nuclear, muito variável considerando-se o leite, a procedência e a marca do produto;
m) havia dados anteriores a respeito da presença de Césio no leite europeu e o consequente aumento em decorrência do acidente nuclear foi cientificamente comprovado, tendo em vista que esses elementos se espalham por vários locais do continente europeu;
n) a concentração de Césio anteriormente ao acidente era sensivelmente menor do que o constatado após o fato;
o) os elementos Césio 137 e 134 são artificiais, todavia foram encontrados em razão de experiências nucleares ocorridas na década de 60, sendo que o Césio 134 tem meia-vida mais curta e o Césio 137 perdura cerca de 30 anos;
p) o leite brasileiro não tem radioatividade artificial, pois as experiências nucleares no Hemisfério Norte raramente produziam efeitos no nosso hemisfério, não podendo precisar no que tange à radioatividade natural;
q) inexistente significa abaixo dos limites de detecção existentes.

De Gian Maria Agostino Ângelo Sordi cita-se do depoimento:

a) existe um limite aceitável de radiação nuclear nos alimentos, fixado pela OMS, pela FAO e pela Agência Internacional de Energia Atômica, em 500 Bq por quilo ou litro, desde que o consumo seja de até 750 litros ou quilos por pessoa ao ano;
b) no Brasil, foi fixado o limite de 370 Bq, aproximadamente, em novembro de 1986, de acordo com o índice da Comunidade Europeia;
c) a Comunidade Europeia não fixou esse índice em função do acidente de Chernobyl, mas simplesmente houve uma mudança de unidade;
d) a adoção desse sistema no Brasil foi para atender o sistema internacional;
e) não participou nem efetuou nenhuma pesquisa sobre radioatividade no leite em pó;
f) o dano para ser expressivo em sua significação deve ser em uma dosagem maior e não em pequenas doses, cujo risco é praticamente zero;
g) para o leite importado, ainda que contaminado pelo Césio 137, Césio 134 e Estrôncio 90, os benefícios seriam maiores do que os riscos assumidos, que, segundo cálculos da IRD, ha-

veria um aumento de câncer por um milhão de habitantes, quando já morrem normalmente 200 mil; a dosagem pequena, de acordo com estudos científicos, produz mais benefícios do que malefícios;
h) integra a CNEN, o Princípio Alara é um dos princípios básicos dentro do sistema de limitação de doses;
i) na relação custo-benefício, a utilização do leite supera em benefício, de muito, o risco aí decorrente;
j) não participou da elaboração da Resolução nº 07 da CNEN;
k) a importação do leite do continente europeu não foi nociva à população;
l) não existe leite não contaminado, em decorrência das explosões nucleares, que determinam a presença de Césio 137, Estrôncio.

III.e - DA AVALIAÇÃO PROBATÓRIA

À vista do acidente nuclear de Chernobyl, em 26.04.1986, e da falta do produto em função de conjuntura econômica específica (Pano Cruzado), órgãos e instituições brasileiras (CINAB, SEAP, a COBAL e a INTERBRÁS) promoveram a importação de leite e derivados. No tocante aos que viessem do Mercado Comum Europeu, a COBAL, no edital de concorrência pública, previu (fl. 156 - vol. I) que as propostas deveriam estar acompanhadas de atestado de que a mercadoria contivesse zero de contaminação radioativa e que a CNEN pudesse analisá-la nos portos de destino e vetar a descarga do navio.

Ainda que pelo impacto do que ocorria na Europa, considera-se sensata a medida, embora restrita geograficamente, já que a radiação nuclear deveria ser prevenida de maneira geral. Todavia, a CNEN editou a Resolução nº 07/86, em 11.09.1986, e fixou níveis máximos permitidos para produtos importados, que revelaram desconsideração para com a saúde da população e falta de embasamento em estudos interdisciplinares. Do documento (fl. 102 - vol. I) fica claro que a Comissão baseou-se inopinadamente em índices da CEE e adotou-os, para Cs 134 e 137, em valores maiores para o leite do que para demais produtos. Os interesses do Brasil a respeito não poderiam ser mais diversos dos da Europa, já que esta exportava algo sob risco, bem como não se concebe a incongruência de se fixarem tetos maiores justamente para alimentos cuja ingestão alcançaria, em princípio, crianças e gestantes.

Não fosse a ação do Ministério Público e a jurisdição prestada com presteza na concessão de liminar (fl. 366 - vol. II), o que foi importado seria consumido com consequências que a CNEN não se preocupou em impedir ou que poderia evitar com uma atitude mais responsável.

A prova colacionada nos autos só confirma o acerto da liminar e da sentença recorrida. Os vários laudos (do Instituto de Radioproteção e Dosimetria e do Instituto de Pesquisas Especiais) detectaram a presença de elementos radioativos artificiais em amostras dos produtos importados. São desconhecidos os critérios utilizados, as quantidades de amostras, mas todos levam em conta limites da Comunidade Europeia (3.700 Bq/kg) ou da "Food and Drug Administration" (5.500 Bq/kg). Não há estudos dos efeitos a longo prazo dos contaminantes radioativos, nem tampouco de curto prazo, não obstante, quanto ao último aspecto, as experiências de Hiroshima, Nagazaki e Three Mile Island.

Os vários órgãos consultados e especialistas ouvidos permitem algumas conclusões que se mantêm válidas até o presente, já que, ao longo de tantos anos, as partes não se desincumbiram de mostrar o contrário. No item anterior procurou-se narrar o que disseram o Prof. Celso Orsini, Coordenador do Grupo de Estudos de Radiocontaminação da USP, o Prof. Epaminondas S. B. Ferraz, da Seção de Radioisótopos da USP, Centro de Energia Nuclear na Agricultura - Campus Piracicaba, Dr. João Bosco Loureiro, Delegado Federal da Agricultura em São Paulo,

o Dr. Luís Carlos Raya, Secretário Municipal da Saúde de Ribeirão Preto/SP, a Dra. Verônica Rapp de Eston, Presidente da ABMM, o Dr. Anselmo S. Paschoa, do Departamento de Física da PUC do Rio de Janeiro, Dr. Ennio Candotti, Vice-Presidente da ABPC, do Prof. Otaviano A. M. Helene, Dr. Rex Nazaré Alves, da CNEN, Prof. Eduardo Penna França, do Instituto de Biofísica da USP, e os testemunhos prestados em juízo.

Chamam a atenção as considerações da Dra. Verônica Rapp de Eston, da Associação Brasileira de Mulheres Médicas. Ela enfatiza os efeitos da radiação ionizante sobre a estrutura celular do indivíduo, o longo tempo que leva para que o Cs-137 diminua significativamente no organismo, em razão de sua meia-vida de 30 (trinta) anos, o conjunto de males que se manifestam somente após longos anos ou gerações: danos nos órgãos formadores de sangue e gônada, câncer, leucemia, efeitos genéticos.

O Prof. Epaminondas S. B. Ferraz confirma, tanto no documento de fl. 615 - vol. III, como no depoimento em juízo, as preocupações da Dra. Verônica e salienta que qualquer dosagem de radioatividade artificial é nociva e só se justificaria numa situação de emergência extrema, no que foi secundado pela Dra. Emico Okuno e pelo Dr. Luís Carlos Raya.

A par da nocividade à saúde da ingestão de alimento contaminado por radioisótopos, persiste uma indefinição quanto a quais índices assegurariam que a população correria risco zero dos malefícios mencionados. Nesse sentido, destaca-se o ofício do Dr. Celso Orsini, que realça a falta de consenso a respeito e a ausência de pesquisas com brasileiros, assim como o ofício do Prof. Anselmo S. Paschoa e as conclusões da reunião realizada no Instituto de Radioproteção, em 22.11.1986, no Rio de Janeiro.

A propósito do Prof. Anselmo S. Paschoa, da PUC do Rio, reputo sábia a afirmação que faz, em 01.12.1986, ao ser consultado pelo Ministério Público Estadual:

> É fundamental que o processo de decisão relativo à exposição de populações à radiação ionizante passe por um amplo é lúcido debate no Brasil, antes que se prossiga na adoção cega de limites adotados em outras partes do mundo. (fls. 806/808 - vol. III)

Assim, por envolver a população brasileira como um todo, afigura-se inconsequente que, sem pesquisas de campo específicas, que demandam tempo e dinheiro, se adote qualquer tipo de índice, já que não se duvida do risco envolvido na ingestão de alimentos contaminados artificialmente. As instituições e os especialistas divergem sobre os tetos de radiação e muitas vezes avançam quantitativos sem apoio em estudos de casos concretos.

A importação de leite e seus derivados pode atingir um grande contingente de pessoas. Muitos invocaram a relação custo-benefício. Sob tal aspecto seria extremamente grave deferir ao administrador público esse juízo, seja porque é difícil estabelecer uma situação concreta em que seria mais importante subordinar a saúde dos brasileiros a interesses de natureza econômica, seja porque estes últimos têm alcance imediato geralmente, ao passo que o comprometimento da vida e higidez física pode revelar-se anos à frente. Por isso, a contrariedade de especialistas à importação de leite europeu.

Por fim, o objeto desta ação circunscreve-se à importação. Não é razoável trazer produto que contenha qualquer índice de radiação artificial e correr qualquer tipo de risco à saúde da população que somente se verificará no futuro. Sem estudos consistentes não é possível afirmar, como fizeram alguns, que não há nocividade ou que qualquer leite tem algum grau de radiação artificial.

III.f - DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PRETENSÃO POSTA

O objeto desta ação é a importação de leite e de produto derivado contaminados radioativamente, bem como seu acesso à população, sob qualquer forma. O tema atinge o direito à vida e à saúde, à vista dos efeitos cancerígenos do consumo.

A Constituição Federal de 1967/E.C. nº 1/69 já os contemplava (arts. 8º, incisos XIV e XVII, "c", e 153, *caput*). Na Constituição de 1988, relevante indicar o artigo 5º, *caput*, artigo 6º,*caput*, e toda a seção II do capítulo II do título VIII. Era e é dever do Estado proteger e promover a vida e a saúde dos seus cidadãos. É responsabilidade de que não se pode furtar, de caráter permanente. Envolve ações no presente e perspectiva de futuro. Para o cidadão são direitos fundamentais de natureza individual e social.

Ao Ministério Público, federal e estadual, o legislador constitucional deu funções institucionais que legitimam a presente ação civil pública: a) zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; b) promover a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, CF). Tal *munus* se concretiza, entre outros instrumentos, na Lei nº 7.347/85, art. 1º, inciso IV, e art. 5º, inciso I.

Sob o ângulo da jurisdição, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição estabelece a indeclinabilidade de o Poder Judiciário apreciar lesão ou ameaça a direito. Na espécie, o *Parquet* traduziu nesta ação civil pública o objetivo de tutelar a vida e a saúde dos cidadãos, sobretudo gestantes e crianças, dos efeitos deletérios do consumo de leite ou produto derivado, importados com contaminação radioativa, e o Judiciário deve cumprir sua missão constitucional.

Considerada a situação fática dos autos no âmbito da ação civil pública, qual seja, o leite importado da Europa, o acidente de Chernobyl, a detecção de elementos radioativos artificiais, o mal que a radiação causa à saúde humana, imediatamente ou a longo prazo, em qualquer circunstância, a falta de suporte dos índices adotados pela CNEN sem estudos científicos de natureza médica, a perspectiva de que a ingestão de alimentos, ainda que mínima, pode revelar danos à saúde anos à frente, já que é relevante a duração da meia-vida dos radionuclídeos, há fundamento constitucional para o Judiciário exercer a jurisdição, de modo a proteger os cidadãos, notadamente mulheres gestantes e crianças, contra o risco de câncer e outras doenças inerente ao consumo de produtos contaminados.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, entendeu que o Judiciário estava autorizado à adoção de provimentos jurisdicionais para a tutela e eficácia de direitos fundamentais como a vida e saúde, independentemente das competências próprias do Executivo e do Legislativo (AgRg no RE nº 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, AI nº 455.802/SP, rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 475.571/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 401.673/SP, rel. Min. Marco Aurélio, RE nº 402.024/SP, rel. Min. Carlos Velloso). Da mesma forma e sentido julgado do Superior Tribunal de Justiça (Ag no REsp 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins). Em consequência, não se enxerga, *in casu*, qualquer afronta ao artigo 2º da Constituição Federal ou dispositivos que estabelecem competência a órgão do Executivo (CNEN ou outro) para regular assuntos relativos à política nacional de energia nuclear (Lei nº 4.118/62, Lei nº 6.189/74, art. 2º e demais).

A Primeira Turma do TRF da 4ª Região julgou caso semelhante, embora não na mesma extensão, concernente a carne importada da Europa (AC nº 89.04.01659-2/RS, rel. Des. Federal Cal Garcia, DOU de 29.11.89). Vale a pena destacar trechos do julgado:

> Desse modo, não merece acolhida a argumentação dos apelos no sentido de inexistir con-

> taminação por radioatividade. Ela existe e é decorrente de elementos artificiais. Os laudos oficiais em que se arrimam as apelantes, pelo fato de afirmarem que a carne é apropriada ao consumo humano, não escondem a contaminação, ao contrário, confirmam a tese da inicial, isto é, que ela existe, mas em níveis inferiores aos limites de tolerância.
> De fato. Se os resultados são menores que os índices, eles são positivos, eles existem e somente por ficção se pode afirmar que tais índices abaixo de 60 Bq/kg devem ser considerados como Zero (Resolução CNEN 12/88).
> Mas entre considerar, fictamente, como Zero um índice abaixo de 60 Bq/kg e afirmar a inexistência de radioatividade artificial, a distância é muito grande. A radioatividade, *in casu*, não desaparece através de Resolução, de Decreto, de Lei ou qualquer outra espécie normativa. (...).
> Inclino-me, como fez a brilhante sentença apelada, pela existência desse risco, pela existência desse perigo.
> Não importa que órgão governamental tenha considerado a contaminação radioativa abaixo de 60 Bq/kg equivalente a índice Zero.
> Contaminação radioativa artificial, como de resto a natural, repita-se às escâncaras, não se tira, não se remove nem se ameniza por decreto, resolução ou outro qualquer tipo de ato ao alcance da burocracia estatal.
> Importa, sim, estabelecer e precisar se, mesmo inferiores a tal marca, os índices de contaminação radioativa artificial têm condições de afetar a saúde.
> Nos autos está provado que sim, em face do chamado efeito cumulativo das radiações no organismo humano. Vale dizer que não se pode admitir dose abaixo da qual haja segurança de que a radiação artificial não produza danos ao homem.
> A sentença recorrida, com muita propriedade, demonstra que a matéria não está pacificada nos meios científicos e indaga, se existe tal controvérsia, como assumir o risco de optar pela adoção de dose limiar e assumir a responsabilidade de causar prejuízo à população (fls. 774).
> Nos autos constam opiniões de doutos que levam ao convencimento do dano à saúde do homem, qualquer que seja o índice de radioatividade artificial.
> O Prof. Edmundo Kannan Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, depôs no Inquérito Civil nº 01/87 (fls. 44 a 47) e em Juízo (fls. 709 a 710v). Confirmou o que afirmou na apuração prévia, prevista no art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Ressalta-se dos depoimentos:

> É sabido, desde 1927, que as radiações ionizantes causam alterações no patrimônio genético dos seres vivos. Essas alterações causam doenças genéticas que podem ser exemplificadas como atraso de desenvolvimento mental de crianças, morte prematura, defeitos congênitos. Sabe-se também que não existe dose limiar de radiação para causar esses efeitos, ou seja, dose abaixo da qual não ocorra efeito genético. Os limites legais de doses máximas permitidas são determinados para limitar a presença do ser humano junto a fontes de radiação, pois abaixo desses valores fica difícil, metodologicamente, distinguir o dano da radiação natural daquele provocado por uma fonte natural. (...) *biologicamente não existe dose limiar, ou seja, toda e qualquer radiação é prejudicial à saúde*. A radiação natural e a artificial são da mesma natureza. O que as distingue é a concentração no indivíduo que venha ingerir ou inalar e eventualmente concentrar isótopos radioativos. As radiações de origem artificial, diferentemente das de origem natural, são concentradas ou fabricadas pelo homem em quantidades muito superiores às que ocorrem naturalmente. (fls. 44 e 45) (grifei)

Sobre o efeito cumulativo da radiação, assim se pronunciou o douto mestre gaúcho:

> Que confirma que os efeitos da radiação se acumulam no organismo, segundo pesquisas que vêm sendo feitas desde 1928 a partir de experiências de H. S. Miller naquele ano, vale dizer, não se somam as radiações, mas os respectivos efeitos vão se acumulando no organismo, produzindo danos genéticos (mutações), tanto em células reprodutoras (doenças como a hemofilia) e também não reprodutoras (efeitos somáticos como o câncer e a neocemia). (fl. 709)

No que pertine aos efeitos e à abrangência da contaminação, é enfático o ilustre cientista:

> Salienta e insiste que qualquer radiação é prejudicial, sendo uma falácia dizer-se que a radiação artificial inferior aos limites máximos de tolerância não tem significação em termos de saúde pública e se equipara à radiação natural, muitas vezes intensa em alguns lugares, pela simples e evidente razão de que sempre a radioatividade artificial soma-se à radioatividade natural. Não há uma troca de uma pela outra, há sim uma adição, um somatório de radiação, e, portanto, seus danos no indivíduo e na população. A contaminação por radioatividade é danosa, sem dúvida, para qualquer indivíduo isoladamente considerado, mas cresce significativamente quando essa radioatividade, mesmo em doses baixas, é distribuída ou disseminada na população como um todo, já que nesse caso aumenta a probabilidade de que gens recessivos e deletérios venham a entrar em homozigose, isto é, casamentos dentro desta mesma população poderão gerar filhos doentes portadores de gens paternos e maternos. O depoente, com a autoridade de seus títulos, está convencido de que *a carne contaminada por radioatividade artificial, mesmo em doses inferiores aos limites oficiais, não deve absolutamente ser entregue ao consumo da população, pois, sendo altíssimo o risco, não há justificativas aceitáveis para a sua liberação. Uma morte que fosse causada pelo consumo dessa carne, e é certo que mortes seriam causadas, já seria preço muito alto e inaceitável a ser pago para tal forma de abastecimento.*
> Basta uma ionização para alterar um gene que seja responsável por uma atividade vital do indivíduo, sendo que uma ionização é muitas vezes contida num só Bq, ou seja, num só Bq ocorrem muitas ionizações. (fls. 29 e 30) (grifei)

Isso foi confirmado em Juízo, *in verbis*:

> Que há pessoas e tecidos mais sensíveis à radiação, mas não existem estudos a propósito de grupos de pessoas mais sensíveis, ou grupos de risco, pois os efeitos variam de pessoa a pessoa (...). *Que os níveis oficiais de tolerabilidade da radiação não oferecem segurança do ponto de vista genético, pois não há dose limiar abaixo da qual as radiações não produzam danos ao patrimônio genético* (...). Afirma que, do ponto de vista genético, não é correto afirmar que uma radiação inferior a 60 Bq/kg seja igual a zero, em face dos argumentos já expendidos. (...). Não concorda com a conclusão de que a carne é própria para o consumo humano do ponto de vista genético. (fls.709 e v.) (grifei)

De outra parte, o professor Flávio Lewgoy, também professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, além de confirmar a opinião científica do professor Edmundo Marques (fls. 62 a 63 e 707 a 708v.), enfatizou:

> Essas radiações afetam a saúde individual e o patrimônio genético das pessoas (...). (fls. 62)
> O consenso geral na comunidade científica, pela esmagadora maioria de seus integrantes, é no sentido de que não existe dose limiar de radiação, ou seja, dose abaixo da qual a radiação é inofensiva. Isso por uma razão muito simples: porque os seres humanos respondem a agressões de toda espécie de forma individual a mais variada possível; existem indivíduos extremamente

> resistentes e outros extremamente sensíveis, razão pela qual não se pode condenar à morte ou à doença aqueles segmentos sensíveis (grupos de alto risco), entre os quais as crianças e os fetos, esses bem mais sensíveis, porque estão nos primeiros estágios de suas formações. Por isso, insiste, não se pode falar em dose de radiação inofensiva. (fls. 62)
> Esclarece que a mutação genética acaso produzida por radiação é praticamente irreversível (...). (fls. 707v.)

E aduz:

> Na sua opinião a carne contaminada com radioatividade, mesmo em índices extremamente baixos, não deveria ser liberada ao consumo da população, porque as medições são feitas por amostragem, e o que se tem é uma média de milhares de toneladas. Assim, no meio dessa massa toda certamente deve haver parcelas muito mais radioativas, de modo que, sendo impossível determinar quem vai consumir qual parcela, não é ético submeter pessoas eventualmente mais sensíveis a tal risco. (fl. 63)

É relevante a opinião do professor Newton Freire Maia, especialista em genética humana, professor e pesquisador de renome internacional, que não discrepa do que já foi dito, conforme transcrito pela sentença monocrática:

> Admite-se geralmente que qualquer dose de radiação é potencialmente capaz de provocar um aumento na taxa de mutação, havendo uma correlação positiva entre dose e efeito. A partir dessas duas premissas, e sabendo-se que as mutações são em geral deletérias, pode-se concluir que mesmo doses relativamente baixas não devem ser aplicadas sem um motivo razoável, pois até elas podem ser mutagênicas. Deve-se tomar como norma, também, que a exposição às radiações, mesmo justificadas, deve ser mantida sempre no mais baixo nível possível". (Efeitos genéticos das radiações no homem. São Paulo: Hucitec, 1982, p. 16)

E prossegue o eminente cientista Freire Maia:

> O importante de fato é saber-se se, sendo exposta a 1 rad. ou qualquer outro nível de radiação, a população brasileira recebe algum benefício e que benefício é esse. Se não receber benefício algum, ou se receber benefício muito pequeno, então o risco poderá ser considerado como sendo, proporcionalmente, muito alto (ob. cit., p. 71)

Não bastassem os acidentes nucleares ocorridos (Three Mile Island, Chernobyl e Fukushima), que afetaram gravemente populações próximas pela ação direta e, em função das nuvens radioativas, as distantes, não é razoável que para o leite e produtos derivados importados do continente europeu (só na Alemanha havia, até 2005, 17 reatores nucleares) não se exija índice zero de contaminação radioativa artificial.

Aqui, para finalizar, cabe, à vista da incerteza dos reais efeitos para o futuro que elementos radioativos, que muitas vezes têm meia-vida extremamente longa, se socorrer da sabedoria do filósofo Hans Jonas (*O Princípio da Responsabilidade*, PUC Rio, 2007) sobre a responsabilidade dos seres humanos e, em especial, dos políticos ou políticas públicas de longo prazo em relação ao futuro:

> Portanto, para nós, contemporâneos, em decorrência do direito daqueles que virão e cuja existência podemos desde já antecipar, existe um dever como agentes causais, graças ao qual

> nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo. (p. 91/92)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação.*

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003838-13.2006.4.03.6113
(2006.61.13.003838-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: REGINALDO RODRIGUES COSTA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE FRANCA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1325794
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2016

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA. ART. 475, *CAPUT*, DO CPC. PSORÍASE EXTENSA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. *REMICADE 100MG*. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ. ESSENCIALIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO. DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. UNIÃO. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS E PROVOCAÇÃO DE INCIDENTE MANIFESTAMENTE INFUNDADO (ART. 17, II E VI, CPC). CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Tendo em vista o valor originalmente atribuído a cada uma das ampolas pleiteadas, R$ 3.543,17 (três mil quinhentos e quarenta e três reais e dezessete centavos) e o pedido ter sido de fornecimento de 44 (quarenta e quatro) ampolas, afigura-se cabível o reexame necessário da sentença extintiva do processo, uma vez que a hipótese se subsome ao comando do art. 475, *caput*, do CPC.

2. Não assiste razão à União no que concerne à alegação de que, recebendo a parte autora o medicamento em duplicidade, deveria ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista que a questão restou decidida pelo r. Juízo de origem, que, após resposta do Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008, esclareceu que *uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida*.

3. Há de se enfocar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover o apelado com medicamento imprescindível à preservação de sua vida. Assim, a demanda em questão versa sobre o direito fundamental à vida e, pois, à saúde, cuja proteção é pressuposto do direito à vida. O direito à vida está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º, da *Lex Major*. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto político-jurídico desta Nação.

4. Sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o enten-

dimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mormente no que tange ao seu financiamento, tendo todas legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.
5. Restando comprovada a essencialidade do medicamento pleiteado, conforme atestado em laudo apresentado pelo perito do Juízo, Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, à vida, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.
6. Em razão de serem o autor e os réus parcialmente vencedores e vencidos, de rigor a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, agindo bem o r. Juízo de origem ao reconhecer a sucumbência recíproca.
7. Embora a União insista que a parte autora recebeu a medicação em duplicidade, o próprio Secretário de Saúde do Município de Franca/SP, em resposta ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que, uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12/12/2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida.
8. Assim, tendo a União alterado a verdade dos fatos (art. 17, II, CPC) e provocado incidente (ainda em 1º grau) manifestamente infundado (art. 17, VI), merece a pecha de litigante de má-fé e a imposição de multa de 1% (um por cento) do valor da causa (art. 18).
9. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, improvidas.

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 às apelações e à remessa oficial, tida por interposta e, por maioria, condenar a União em litigância de má-fé ao pagamento de multa de 1% do valor da causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelações e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Reginaldo Rodrigues Costa em face da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Franca/SP, com o objetivo de garantir à parte autora o fornecimento do medicamento REMICADE, ampola de 100mg, pelo tempo que o tratamento exigir, além de todo e qualquer medicamento de que venha a necessitar, alegando ser portador de psoríase extensa, com lesões no couro cabeludo, tronco e membros (CID L40.0), fundamentando o seu pedido nos direitos constitucionais à saúde e à vida.

Nomeado como perito judicial o Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, médico inscrito

no CREMESP sob o nº 99.964, que apresentou laudo às fls. 117/128.

Determinada também a realização de laudo socioeconômico da parte autora pela assistente social Marilene Alves dos Santos, inscrita no CREDD sob o nº 25.312, cujo laudo foi acostado às fls. 134/141.

O pedido de pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, para determinar o fornecimento, no prazo de 10 (dez) dias, do medicamento requerido pela parte autora (REMICADE 100mg), pela União, Estado de São Paulo e Município de Franca/SP, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

A União opôs embargos de declaração, sob a alegação de obscuridade, os quais foram acolhidos para esclarecer ser a obrigação solidária, devendo ser cumprida pelo prazo de 1 (um) ano, ou até que haja pronunciamento contrário do Juízo.

O Município de Franca/SP interpôs neste E. Tribunal o agravo de instrumento nº 2007.03.00.036024-0 e a União Federal, o agravo de instrumento nº 2007.03.00.040222-2, pleiteando a concessão de efeito suspensivo, o quais foram indeferidos por decisões de minha relatoria (fls. 277/278 e 284/285).

O r. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para condenar a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de Franca/SP, de forma solidária, a fornecerem ao autor, pelo período de 1 (um) ano, o medicamento requerido (REMICADE 100mg), sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de atraso, no caso de não cumprimento da ordem, julgando improcedente o pedido de fornecimento de outros medicamentos que não os prescritos no início da lide pelo médico assistente do autor. Sucumbência recíproca. Honorários da perícia médica e socioeconômica fixados em R$ 200,00 (duzentos reais) para cada uma delas.

A União Federal apesentou petição (fls. 329/330), alegando que a parte autora retirou medicamento em duplicidade, razão pela qual requer a intimação desta a prestar esclarecimentos, sob pena de condenação em litigância de má-fé, além da devolução do montante despendido pela União.

Intimada, manifestou-se a parte autora às fls. 339/340.

Apelou o Estado de São Paulo, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando, em breve síntese, serem as normas constitucionais em questão meramente programáticas, cabendo ao Estado julgar a conveniência e a oportunidade de seus atos, a fim de não prejudicar o interesse coletivo, sob pena de violação do princípio da tripartição dos poderes, aduzindo, ainda, ser de responsabilidade municipal a prestação dos serviços de saúde, uma vez que há repasse de verbas para tanto.

Apelou também o Município de Franca/SP, alegando que o medicamento pleiteado é fornecido pela Secretaria Estadual da Saúde de São Paulo, bem como que os medicamentos de alto custo não são de sua responsabilidade, haja vista não receber recursos da União para tanto.

Apelou, por fim, a União Federal, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, alegando, preliminarmente, ter a parte autora recebido o medicamento em duplicidade, devendo, portanto, ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista que a conduta caracterizaria litigância de má-fé, bem como ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação, o que configuraria, consequentemente, a incompetência da Justiça Federal para o julgamento da demanda.

O r. Juízo de origem afastou a alegação de duplicidade no fornecimento de medicamento, nos termos da decisão de fl. 435.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Submetido o feito à revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Em um primeiro momento, reconheço a submissão da r. sentença à remessa oficial.

Com efeito, dispõe o art. 475, I, § 2º, do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei nº 10.352/01:

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
> I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Grifei)
> (...)
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo 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.

À época da prolação da sentença, o salário-mínimo correspondia a R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), conforme disposto na Lei nº 11.498, de 28 de junho de 2007.

Portanto, tendo em vista o valor originalmente atribuído a cada uma das ampolas pleiteadas, R$ 3.543,17 (três mil quinhentos e quarenta e três reais e dezessete centavos) e o pedido ter sido de fornecimento de 44 (quarenta e quatro) ampolas, afigura-se cabível o reexame necessário da sentença extintiva do processo, uma vez que a hipótese se subsome ao comando do art. 475, *caput*, do CPC.

As apelações e a remessa oficial, tida por interposta, não devem prosperar.

Primeiramente, não assiste razão à União no que concerne à alegação de que, recebendo a parte autora o medicamento em duplicidade, deveria ser condenada a restituir os valores referentes aos medicamentos recebidos, haja vista a configuração de litigância de má-fé.

Com efeito, a questão restou decidida pelo r. Juízo de origem (fl. 435) que, após resposta do Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que *uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida*.

Quanto às preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* arguidas pelas rés, entendo não devam estas prosperar.

Há de se enfocar os presentes recursos sob o ângulo da necessidade de prover a apelada com medicamento imprescindível à preservação de sua vida.

Assim, a demanda em questão versa sobre o direito fundamental à vida e, pois, à saúde, cuja proteção é pressuposto do direito à vida. O direito à vida está assegurado, como inalienável, logo no *caput*, do art. 5º da *Lex Major*. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto

político-jurídico desta Nação.

Ademais, na forma do art. 196, da Constituição da República: *A saúde é direito de todos e dever do Estado.* Assim, sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o entendimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Desse modo, se, por um lado, o sistema único de saúde, SUS, é pautado pela descentralização das ações e serviços públicos de saúde, por outro lado, alcança todas as esferas de governo, mormente no que tange ao seu financiamento, que cabe, precipuamente, à União, na medida em que os recursos advêm também do orçamento da seguridade social, o qual também reside no âmbito da União, consoante reza o art. 198, § 1º, da Magna Carta.

Assim, o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer uma dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros.

A respeito do tema, trago à colação ementas dos seguintes julgados do E. STF e do E. STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. NÃO GUARDA IDENTIDADE COM O RE 566.471-RG/RN.
> I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento ao paciente. Desse modo, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. Precedentes.
> (...)
> III - Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STF, ARE nº 812.631 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 25/06/2014, DJe-155 13/08/2014)
>
> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.
> (...)
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ, AgRg no AREsp nº 510.163/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. 10/06/2014, DJe 18/06/2014)
>
> ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF.
> 1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o

Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõem os arts. 2º e 4º da Lei nº 8.080/1990.
2. A Constituição Federal é clara ao dispor sobre a obrigação do Estado em propiciar ao homem o direito fundamental à saúde, de modo que todos os entes federativos têm o dever solidário de fornecer gratuitamente medicamento ou congêneres às pessoas carentes.
3. Qualquer um dos entes federativos tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de saúde.
Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no AREsp nº 489.421/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º DA LEI 10.259/2001. LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. EXEGESE DO ART. 6º, II, DA LEI 10.259/2001. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
1. A competência cível da Justiça Federal é definida ratione personae, sendo irrelevante a natureza da controvérsia posta à apreciação. Por isso, quando presente um dos entes relacionados no art. 109, I, da CF, a competência será da Justiça Federal. Precedentes do STJ: CC 63245/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 03/08/2009; CC 86.632/PI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 10/11/2008; REsp 1065825/DF, SEGUNDA TURMA, DJ de 09/10/2008; REsp 994.166/RS, SEGUNDA TURMA, DJ de 21/08/2009; e AgRg no CC 100.390/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJ de 25/05/2009.
2. Os Juizados Especiais Federais ostentam competência para o julgamento das ações de fornecimento de medicamentos em que haja litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município, cujo valor da causa não exceda sessenta salários mínimo, a teor do que dispõem os arts. 3º e 6º da lei 10.259/2001, coadjuvada pela ratio essendi dos arts. 196 e 198, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STJ: CC 104544/RS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 28/08/2009; AgRg no CC 102919/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 11/05/2009; AgRg na Rcl 2991/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 07/04/2009; CC 97.273/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 08/10/2008 LEXSTJ vol. 232 p. 33).
3. É que a União, os Estados, o Distrito Federal; e os Municípios, são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, máxime porque o financiamento do sistema único de saúde se dá com recursos do orçamento da seguridade social e desses entes, ratio essendi dos arts. 196 e 198, da Constituição Federal de 1988.
4. Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CHAPECÓ - SJ/SC. grifei
(STJ, CC nº 107.369, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Dje 19/11/2009)

Dessa maneira, sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos entes federativos no polo passivo da demanda.

Afastadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Os direitos fundamentais do homem à vida e à saúde estão expressamente previstos no Texto Maior:

Art. 3º 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:
(...)

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> (...)
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Na mesma esteira, a Lei nº 8.080/90 assegurou o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência:

> Art. 2 A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> (...)
> Art. 7º As ações e serviços público de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
> I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
> II - integralidade de assistência entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Dessa maneira, é de rigor observar que compete aos gestores do SUS zelarem pela dignidade de seus usuários, sendo certo, *in casu*, que os Entes Políticos têm o dever de atender à pretensão da apelada, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

De fato, a lide em apreço traz em seu seio a discussão sobre a garantia de direito fundamental, vale dizer, o direito à vida, já que a mantença da saúde do cidadão é natural pressuposto para se alcançar, *ultima ratio*, a preservação biológica do ente humano.

No presente caso, restou comprovada a essencialidade do medicamento pleiteado, sendo de rigor a análise das ilações a que se chegou o perito do Juízo, Dr. Marcus Vinícius Jardini Barbosa, médico inscrito no CREMESP sob o nº 99.964, cujo laudo acostado às fls. 117/128 fez um estudo pormenorizado das condições do autor, ora apelado, e cuja conclusão transcrevo, *in verbis*:

> (...) O laudo médico de folhas 17 demonstra que o autor apresenta quadro de psoríase extensa, de vários anos de evolução, com pouca melhora do tratamento instituído (tratamento convencional). Este fato foi confirmado através do presente exame, que demonstrou generalização das lesões. Desta forma, foi indicado tratamento com a droga remicade (infliximab), considerada atualmente como droga de primeira escolha no tratamento de psoríase crônica não-responsiva a tratamentos convencionais (folhas 18) e também no tratamento de diversas patologias. Este fato pode ainda ser confirmado pela documentação fornecida pela Associação Brasileira de Estudos e Assistência às Pessoas com Psoríase (ABEAPP), anexa aos autos.
> *Assim, de acordo com o exame clínico e os documentos juntados aos autos, podemos concluir que o autor é portador de psoríase difusa, recorrente, não responsiva ao tratamento*

convencional, estando indicado o uso da infliximab para o controle da doença.
Vale ressaltar que o medicamento é o único do mercado, não havendo similares disponíveis.
(Grifei)

Destarte, entendo que a recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo apelado implica desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis, razão pela qual se mostra como intolerável omissão, mormente em um Estado Democrático de Direito.

Esse também é o entendimento adotado pelo Pretório Excelso, bem como pelo E. STJ, conforme ementas a seguir colacionadas, *in verbis*:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente prote-

latório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.
(STF, RE nº 393.175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007, p. 140)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA. - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - ART. 461, § 5º, DO CPC - BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE.
1. Inexiste omissão capaz de ensejar a ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem examina, ainda que implicitamente, a questão dita omissa.
2. É vedada a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar suposta violação a dispositivos constitucionais.
3. Inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados no recurso especial, sendo inviável o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional.
4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.
5. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.
(STJ, REsp nº 784.241/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 08/04/2008, DJe 23/04/2008) (Grifei)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DO APONTADO DISSENSO PRETORIANO. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO-PROVIDOS.
(...)
2. Em situações reconhecidamente excepcionais, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do Ente Público.
3. Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, "determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou cousas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas.
4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas.
5. No caso, a autorização excepcional para o bloqueio de valores públicos objetivou o forne-

cimento de medicação, em caráter de urgência, à parte suplicante, sob pena de comprometimento da própria vida.
6. Embargos de divergência não-providos.
(STJ, EREsp nº 770.969/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Seção, j. 28/06/2006, DJ 21/08/2006, p. 224) (Grifei)

Não é outro o entendimento adotado por esta C. Sexta Turma:

DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (TERIPARATIDA, SUBSTÂNCIA DO MEDICAMENTO FORTEO), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS/RENAME, DESTINADO AO TRATAMENTO DE OSTEOPOROSE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM RATIFICAÇÃO DE TUTELA) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.
1. Agravo retido não conhecido por falta de reiteração nas razões de apelação, conforme determina o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.
2. A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art. 198 da Constituição (SUS). Diante disso, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.
3. "O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde" (STJ, AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012). Múltiplos precedentes.
4. Cidadã acometida de osteoporose, fazendo jus ao fornecimento do remédio (Fórteo) a despeito das alegações de que o mesmo não é padronizado pela Secretaria Municipal de Saúde e ser de elevado custo, já que o direito à vida, sobrepõe a toda burocracia e dotação orçamentária.
5. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, "d", da Lei nº 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.
6. Corretas a antecipação de tutela e a imposição de honorária (módica).
7. Agravo retido não conhecido. Matéria preliminar repelida. Recursos de apelação e remessa oficial desprovidos.

(TRF3, APELREEX nº 0003507-21.2007.4.03.6105, Rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, j. 22/08/2013, e-DJF3 30/08/2013)

Em razão de serem o autor e os réus parcialmente vencedores e vencidos, de rigor a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, agindo bem o r. Juízo de origem ao reconhecer a sucumbência recíproca.

Em face de todo o exposto, *nego provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Trata-se de apelações e remessa oficial, tida por interposta, em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por REGINALDO RODRIGUES COSTA em face da União Federal, do Estado de São Paulo e do Município de Franca/SP, com o objetivo de garantir à parte autora o fornecimento do medicamento REMICADE, ampola de 100mg, pelo tempo que o tratamento exigir, além de todo e qualquer medicamento de que venha a necessitar, alegando ser portador de psoríase extensa, com lesões no couro cabeludo, tronco e membros (CID L40.0), fundamentando o seu pedido nos direitos constitucionais à saúde e à vida. A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para condenar a União Federal, o Estado de São Paulo e o Município de Franca/SP, de forma solidária, a fornecerem ao autor, pelo período de 1 (um) ano, o referido, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais), por dia de atraso. Sucumbência recíproca. Honorários da perícia médica e socioeconômica fixados em R$ 200,00 (duzentos reais) para cada uma delas.

Em sessão de julgamento realizada em 24 de setembro de 2015, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do voto da Relatora, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Este Desembargador Federal e a Desembargadora Federal Diva Malerbi acompanharam a Relatora, porém condenaram a União em Litigância de má-fé e imposição de multa de 1% do valor da causa.

Apresento, agora, os fundamentos de meu voto.

Procede a União como litigante de má fé ao insistir - e pedir providencias contra a autora - que a parte recebeu a medicação em duplicidade.

Sucede que o próprio Secretário de Saúde do Município de Franca/SP ao Ofício nº 50/2008 (fl. 406), esclareceu que uma vez que o documento de fl. 18 indica a necessidade de 44 (quarenta e quatro) ampolas e foram retiradas - até o dia 12.12.2007 - apenas 16 (dezesseis), vê-se que nenhuma irregularidade houve na quantidade fornecida.

Com esse péssimo comportamento, a União alterou a verdade dos fatos (art. 17, II, CPC) e provocou incidente (ainda em 1º grau) manifestamente infundado (art. 17, VI). Merece a pecha de litigante de má fé e a imposição de multa de 1% do valor da causa (art. 18).

Pelo exposto, *acompanho a Relatora, mas acrescento essa apenação da União.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0046406-79.2008.4.03.0000
(2008.03.00.046406-2)

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Agravado: LUIZ CELSO SANTOS (espólio)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AI 356239
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2015

EMENTA

DIREITOS CONSTITUCIONAL E CIVIL. DIREITO DE PASSAGEM FORÇADA. ENCRAVAMENTO DE IMÓVEL. DESLOCAMENTO DE ALDEIA INDÍGENA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.
I - Agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - em face de particular, pretendendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que o Agravado venha a tolerar a passagem diuturna de indígenas, sobre sua propriedade rural, e de órgãos públicos e privados os quais, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham expressa autorização da FUNAI para acessar a Aldeia de Cerro Corá.
II - No caso vertente, uma parcela da população indígena, residente até então na Aldeia do Agüapeú, mudou-se para os fundos da Terra Indígena de mesmo nome, constituindo um novo aldeamento de nome Cerro Corá. Tal mudança deu-se por razões próprias da etnia Guarani, segundo seus costumes, crenças e tradições.
III - Quanto à possibilidade de utilização de transporte fluvial, a notícia que se tem é a de que a navegabilidade é variável, conforme menciona a União, existindo apenas dois barcos para atender a Comunidade em apreço. O primeiro barco, segundo consta, encontra-se sem motor e o segundo, embora em bom estado, demanda uso de gasolina, algo nem sempre possível de ser comprado pela comunidade. A navegabilidade é restrita, pois depende das estações do ano, sendo que o rio sobe em épocas de chuvas e os galhos de árvores e a correnteza quase sempre impedem a passagem do barco. Vê-se, por outro prisma, que determinadas pessoas têm acesso sobre a propriedade do Agravado, como os comodatários da Fazenda residentes em áreas próximas à Aldeia Cerro Corá, mas outras não têm a mesma *benesse*.
IV - No tocante ao confinamento (voluntariamente ou não) a que se sujeitaram os indígenas dessa nova aldeia Cerro Corá, responde o Agravado sob o argumento de que, por serem índios, "nada mais natural que se emaranhem na mata". O que se tem em vista no presente caso não é a inexistência absoluta de passagem dos indígenas daquela aldeia ao centro urbano mais próximo, ou seja, de Mongaguá, mas sim a visível dificuldade para acessá-lo. Perquire-se, isso sim, se o encravamento deve ser absoluto (e não parcial) e involuntário (e não por moto próprio), para que façam jus, ou não, à determinação judicial de acesso, prevista no art. 1.285 do Código Civil.
V - O Enunciado 88 do CEJ (Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal) dispõe que "O direito à passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código

Civil, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica". O Enunciado proporcionou uma leitura mais alargada socialmente do conceito de "encravamento de imóvel", fugindo à regra hermética e encrustada de que encravamento pressupõe isolamento total e instransponível.

VI - Tal conceito possui intersecção direta com a noção de função social da propriedade, direcionada da Constituição Federal para o art. 1.228, § 1º, do Código Civil. Assim, se determinada propriedade impede o adequado acesso de outra à via pública, colocando-se em risco de vida da população que nesta se fixou, de alguma maneira falta o elemento jurídico da função social em relação à primeira.

VII - O obstáculo ao acesso à educação e à saúde da Comunidade indígena vizinha, da forma como se depreende nestes autos, é algo que não pode ser tolerado com a argumentação oposta do mero direito de propriedade. Não se está a discutir a posse ou o uso da propriedade alheia, mas sim o mero direito de passagem, de transposição.

VIII - A transposição, no presente caso, é requisito mínimo para a dignidade humana dos integrantes da aldeia indígena em questão, sob pena de se conceber uma comunidade fadada ao confinamento, com crescente deterioração social por foça do abandono e isolamento forçado. Aceitar e incentivar o isolamento social como algo intrínseco à natureza indígena é refutar as regras elementares de convívio trazidas pela Constituição Federal, e enterrar aquelas outras regras relativas à dignidade da pessoa humana.

IX - No caso vertente, a única passagem fluvial (a qual supera o tempo de 1 hora de viagem) é inadequada e insuficiente para a consecução dos fins de transporte e coloca em risco a integridade da população daquela Comunidade. Deve ser tida, pois, como suplementar. Sendo assim, determino que seja permitido o acesso dos integrantes da Comunidade Indígena *Cerro Corá* através da propriedade lindeira do Agravado, sem necessidade de prévia autorização deste ou de qualquer subordinado, como condição para a passagem dos moradores da aldeia à via pública. Da mesma forma ficam autorizados a transpor a referida propriedade os órgãos públicos acima mencionados, que tenham vinculação com a assistência aos membros da Comunidade em apreço. Todas as medidas de cuidado, preservação e proteção à propriedade alheia, assim como o cadastramento dos moradores da Comunidade indígena *Cerro Corá* e órgãos públicos poderão ser levadas a cabo entre as partes, consensualmente, para a melhor execução da presente determinação.

X - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de outubro de 2015.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *agravo de instrumento* interposto pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI em face de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara de Santos - SP que indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado nos autos de Ação Civil Pública proposta em face do Espólio de Luiz Celso Santos, para que a ré "tolere a passagem diuturna de indígenas e de órgãos públicos e privados que, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham autorização da FUNAI para acessar a Aldeia Cerro Corá, sob pena de multa diária em valor não inferior a R$ 10.000,00 e, se necessário, arrombamento da porteira" (fls. 124/127).

Em suas razões, a parte *Agravante* pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, uma vez que a demora na desobstrução da via terrestre já vem causando e certamente causará danos aos índios da Aldeia de Cerro Corá. Aduz que o perigo da demora evidencia-se das inúmeras restrições às quais os índios daquele aldeamento estão sendo submetidos e que a verossimilhança consiste no direito de passagem decorrente do encravamento da aldeia.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 132/134).

O Juízo de origem prestou informações às fls. 141/146.

Contraminuta às fls. 152/169.

O parecer da Procuradoria Regional da República é pelo provimento do recurso (fls. 181/191).

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI - em face do Espólio de *Luiz Celso Santos*, pretendendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal, a fim de que o Agravado *venha a tolerar* a passagem diuturna de indígenas, sobre sua propriedade rural, e de órgãos públicos e privados os quais, respectivamente, prestem serviços aos indígenas ou detenham expressa autorização da FUNAI para acessar a *Aldeia de Cerro Corá*.

O Agravado - Espólio *de Luiz Celso Santos* - responde ao presente recurso forte no argumento de que a passagem forçada - prevista no art. 1.285, do Código Civil - pressupõe que o imóvel encravado deva ser *naturalmente* impedido de contato com a via pública, e não de forma voluntária, ou seja, se o proprietário vem a forçar o mencionado encravamento, não restará direito à passagem pela propriedade vizinha.

Segundo o Agravado, pois, não há direito à passagem forçada se o encravamento resultar de ato do *próprio* proprietário do imóvel que se alega encravado.

No caso vertente, em Setembro de 2006, uma parcela da população indígena, residente até então na Aldeia do *Agüapeú*, mudou-se para os fundos da Terra Indígena de mesmo nome, constituindo um novo aldeamento de nome *Cerro Corá*. Tal mudança deu-se por razões próprias da etnia *Guarani*, segundo seus costumes, crenças e tradições.

Neste particular, o Agravado aduz que há alternativa de passagem, que não a terrestre,

ou seja, há no imóvel outra via alternativa de acesso à cidade de Mongaguá, por via fluvial.

Quanto ao transporte fluvial mencionado nos autos, a notícia que se tem é a de que a navegabilidade em tela é variável, conforme menciona a União, existindo apenas dois barcos para atender a Comunidade em apreço (fls. 12). O primeiro barco, segundo consta, encontra-se sem motor e o segundo, embora em bom estado, demanda uso de *gasolina*, algo nem sempre possível de ser comprado pela comunidade.

A navegabilidade é restrita, ainda como informa a União, pois que depende das estações do ano, sendo que o rio sobe em épocas de chuvas e os galhos de árvores e a correnteza quase sempre impedem a passagem do barco.

Vê-se, por outro prisma, que determinadas pessoas têm acesso sobre a propriedade do Agravado, como os comodatários da Fazenda residentes em áreas próximas à *Aldeia Cerro Corá*, mas outras não têm a mesma *benesse*.

Efetivamente, há dificuldades de acesso também a órgãos públicos, como a FUNASA - Fundação Nacional de Saúde, a Secretaria Municipal do Município de Mongaguá, a FUNAI e outras entidades, como relata a peça inicial, impedindo, até mesmo, de se atender a uma eventual urgência médica naquela Comunidade indígena.

No tocante ao confinamento (voluntariamente ou não) a que se sujeitaram os indígenas dessa nova aldeia *Cerro Corá*, responde o Agravado sob o argumento de que, por serem índios, "nada mais natural que se emaranhem na mata" (fls. 154).

Bem, o que se tem em vista no presente caso não é a inexistência absoluta de passagem dos indígenas daquela aldeia ao centro urbano mais próximo, ou seja, de Mongaguá, mas sim a visível dificuldade para acessá-lo. Perquire-se, isso sim, se o encravamento deve ser absoluto (e não parcial) e involuntário (e não por moto próprio), para que façam jus, ou não, à determinação judicial de acesso, prevista no art. 1.285 do Código Civil.

Por conta da reflexão acima, é de se destacar o conteúdo do *Enunciado 88 do CEJ* (Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal):

> O direito à passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código Civil, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública *for insuficiente ou inadequado*, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica.

O Enunciado acima proporcionou uma leitura mais alargada socialmente do conceito de "encravamento de imóvel", fugindo à regra hermética e encrustada de que encravamento pressupõe isolamento total e instransponível.

Vejo, pois, que tal conceito possui intersecção direta com a noção de função social da propriedade, direcionada da Constituição Federal para o art. 1.228, § 1º, do Código Civil.

Assim, se determinada propriedade impede o adequado acesso de outra à via pública, colocando-se em risco de vida da população que nesta se fixou, de alguma maneira falta o elemento jurídico da função social em relação à primeira.

O obstáculo ao acesso à educação e à saúde da Comunidade indígena vizinha, da forma como se depreende nestes autos, é algo que não pode ser tolerado com a argumentação oposta do mero direito de propriedade.

Não se está a discutir a posse ou o uso da propriedade alheia, mas sim o mero direito de passagem, de transposição.

A transposição ora tratada, de acordo com as provas existentes, é requisito mínimo para a dignidade humana dos integrantes da aldeia indígena em questão, sob pena de se conceber uma comunidade fadada ao confinamento, com crescente deterioração social por foça do abandono e isolamento forçado.

Aceitar e incentivar o isolamento social como algo intrínseco à natureza indígena é refutar as regras elementares de convívio trazidas pela Constituição Federal, e enterrar aquelas outras regras relativas à dignidade da pessoa humana.

No caso vertente, vejo que a única passagem fluvial (a qual supera o tempo de 1 hora de viagem) é inadequada e insuficiente para a consecução dos fins de transporte e coloca em risco a integridade da população daquela Comunidade. Deve ser tida, pois, como suplementar.

Sendo assim, determino que seja permitido o acesso dos integrantes da Comunidade Indígena *Cerro Corá* através da propriedade lindeira do Agravado, sem necessidade de prévia autorização deste ou de qualquer subordinado, como condição para a passagem dos moradores da aldeia à via pública.

Da mesma forma ficam autorizados a transpor a referida propriedade os órgãos públicos acima mencionados, que tenham vinculação com a assistência aos membros da Comunidade em apreço.

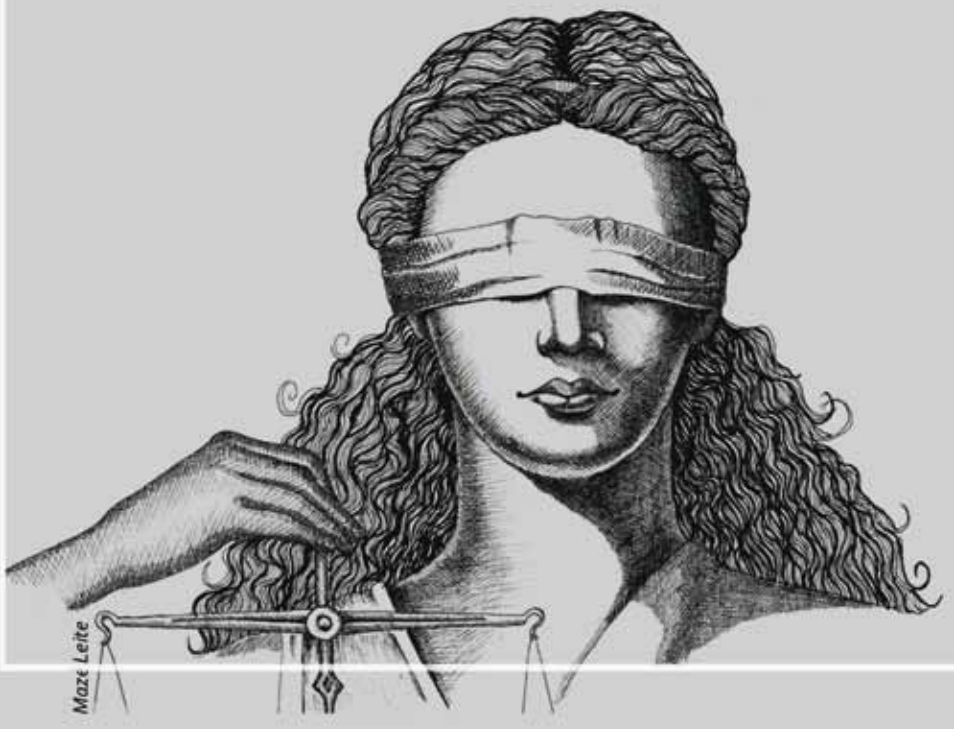
Todas as medidas de cuidado, preservação e proteção à propriedade alheia, assim como o cadastramento dos moradores da Comunidade indígena *Cerro Corá* e órgãos públicos poderão ser levadas a cabo entre as partes, consensualmente, para a melhor execução da presente determinação.

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso, para o fim de determinar o direito de passagem requerido pela Agravante em relação à propriedade do Agravado - espólio de Luiz Celso Santos - nos termos acima explicitados.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0000574-72.2003.4.03.6119
(2003.61.19.000574-0)

Apelante: JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 42185
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/01/2016

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. SIGILO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA DO ADVOGADO. RELATIVIZAÇÃO. IMPUNIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA. CONTEÚDO DOS DEPOIMENTOS. MÉRITO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Violação de prerrogativa profissional não verificada. Objetivo do legislador ao prever o sigilo profissional do advogado foi resguardar o interesse do cliente, com o fim de garantir a plenitude do direito de defesa.

2. Prerrogativas de advogados relativizadas. Garantia não acoberta o cometimento de crime. Preliminar rejeitada.

3. Ilicitude da prova não verificada. Depoimento da testemunha válido. Ausência de ratificação do depoimento da vítima em juízo. Questão de mérito.

4. Garantia de defesa respeitada. Não apontado pela defesa qual o efetivo prejuízo sofrido. Nulidade não verificada. Cerceamento de defesa inexistente. Preliminar rejeitada.

5. Materialidade e autoria comprovadas.

6. A defesa não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Prova testemunhal produzida em sede policial corroborada em sede judicial. Condenação mantida.

7. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por maioria, negar provimento ao recurso da defesa para manter a sentença condenatória em todos os seus termos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO, contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 332, parágrafo único, com as agravantes do artigo 61, II, "g" e "i", todos do Código Penal, à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 174 dias multa, no valor unitário de 1/4 do salário mínimo vigente na data do fato.

Consta na denúncia (fls. 02/04), em síntese, que o denunciado foi preso em flagrante em 12.02.2003, na delegacia especializada do Aeroporto Internacional de Guarulhos, por ter solicitado de Maria Elaine quantia em dinheiro, alegando que seria destinada aos policiais federais, com o objetivo de evitar que a mesma, recém deportada dos Estados Unidos, fosse presa pelo crime de uso de documento público adulterado.

A denúncia foi recebida em 09.05.2003 (fl. 57).

Apresentada defesa prévia (fls. 103/104), com rol de testemunhas.

Durante a instrução, foram ouvidas 3 testemunhas de acusação (fls. 133/134, 135/137, 168/170), 2 testemunhas de defesa (fls. 247, 248/249) e interrogado o réu (fls. 95/101).

Laudo de exame em aparelho telefônico juntado a fls. 111/113.

Alegações finais do MPF (fls. 263/272) e da defesa (fls. 286/321), juntando os documentos de fls. 322/327.

O julgamento foi convertido em diligência (fl. 328) para que o réu fosse reinterrogado (fls. 335/337).

O MPF reiterou as alegações finais já apresentadas (fl. 339).

Diante da inércia da defesa, conforme certificado a fl. 362, foi determinada a intimação pessoal do réu para constituir novo defensor (fl. 363).

Intimado o réu (fls. 370/371), decorreu novamente o prazo sem manifestação, conforme certificado a fl. 373, de modo que nomeada a Defensoria Pública da União para que atuasse em defesa do réu e apresentasse as alegações finais (fl. 374).

Os advogados do réu apresentaram reiteração das alegações finais (fls. 375/377) e declaração do réu deliberando por sua permanência na defesa (fl. 378).

A DPU apresentou alegações finais a fls. 387/392.

O julgamento foi novamente convertido em diligência para intimar a defesa constituída a apresentar alegações finais (fl. 393).

Veio aos autos alegações finais de fls. 395/397 subscrita por advogado constituído pela OAB-SP (fl. 398).

Certificado o decurso de prazo para manifestação da defesa constituída (fl. 399).

Foi proferida a sentença condenatória em 02.03.2010 (fls. 403/409), publicada na mesma data (fl. 410).

Apelação da defesa (fls. 430/446) alega, preliminarmente, que houve violação de prerrogativa profissional, argumentando que o depoimento da testemunha Douglas não pode ser considerado pois se tratava de terceiro ouvindo conversa entre cliente e advogado.

Aduz a necessidade de aplicação do princípio *tempus regit actum*, argumentando que a suposta vítima não compareceu em juízo para repetir o que teria dito em sede inquisitiva, de

modo que a condenação não pode ser embasada naquele depoimento.

Também alega cerceamento de defesa por irregularidades na comunicação de atos e intimações aos defensores, sustentando que um dos advogados faleceu no curso do processo, que deve ser anulado desde a substituição do patrono, bem como todos os atos posteriores de que não participaram seus defensores devem ser refeitos.

No mérito, busca a absolvição, sob alegação de que não há prova do que foi dito pela testemunha Douglas, cujo depoimento ficou isolado. Ainda, alega contradições nos demais depoimentos das testemunhas de acusação. Assim, pede a absolvição com base no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões da acusação (fls. 449/463).

O Ministério Público Federal, representado pela Exma. Procuradora Regional da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 466/477).

É O RELATÓRIO.

À revisão.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Preliminares.

Violação de prerrogativa profissional - prova ilícita.

A defesa alega que houve violação de prerrogativa profissional, pois a testemunha Douglas teria ouvido conversa entre cliente e advogado, acobertada por sigilo profissional. Assim, sustenta que o depoimento daquela testemunha se trata de prova ilícita e não poderia ser considerado para qualquer fim.

O artigo 7º, III, do Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906/94 traz a previsão acerca dos direitos dos advogados nos seguintes termos:

> Art. 7º São direitos do advogado:
> (...)
> III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

Há que se observar, em primeiro lugar, que o legislador, ao prever o sigilo profissional do advogado, teve por objetivo resguardar o interesse do cliente, com o fim de garantir a plenitude do direito de defesa.

Deste modo, conforme bem avaliado na sentença, não há que se dar crédito à alegação da defesa, já que ensejaria salvaguarda ao cometimento de crime em que uma das vítimas seria a própria cliente do réu.

Pois bem, a Corte Suprema, ao avaliar situações correlatas, isto é, acerca de violação de prerrogativas de advogados, já esposou entendimento no sentido de que a garantia não acoberta o cometimento de crime, tampouco se aplica o sigilo quando não envolvido o interesse do cliente, que é o que se busca resguardar com a previsão legal. Transcrevo os precedentes:

1. COMPETÊNCIA. (...)
(...)
8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. *Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.*
(...) - Grifei.
(STF - Inq 2424/RJ - Tribunal Pleno - rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010)

AÇÃO PENAL. SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM. *OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. QUALIDADE DE ADVOGADO. PRERROGATIVA DE RECUSAR-SE A DEPOR. INAPLICABILIDADE. SIGILO PROFISSIONAL. FATOS NÃO ALCANÇADOS. DEPOIMENTO COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL. LEGITIMIDADE DE SUA SUBMISSÃO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. PEDIDO DE DISPENSA INDEFERIDO. TESTEMUNHA MANTIDA.*
1. O advogado arrolado como testemunha de acusação na presente ação penal defendeu os interesses do Partido dos Trabalhadores no denominado "Caso Santo André".
2. Não se aplica a prerrogativa prevista no art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), tendo em vista que nem o antigo cliente da testemunha - o Partido dos Trabalhadores - nem os fatos investigados na presente ação penal guardam relação com o homicídio do então Prefeito do Município de Santo André.
3. *A proibição de depor diz respeito ao conteúdo da confidência de que o advogado teve conhecimento para exercer o múnus para o qual foi contratado, não sendo este o caso dos autos.*
4. Os fatos que interessam à presente ação penal já foram objeto de ampla investigação, e a própria testemunha - que ora recusa-se a depor - já prestou esclarecimentos sobre os mesmos na fase inquisitorial, perante a autoridade policial. Assim, os fatos não estão protegidos pelo segredo profissional.
5. Ausente a proibição de depor prevista no art. 207 do Código de Processo Penal e inaplicável a prerrogativa prevista no art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94, a testemunha tem o dever de depor.
6. Questão de ordem resolvida no sentido de indeferir o pedido de dispensa e manter a necessidade do depoimento da testemunha arrolada pela acusação, cuja oitiva deve ser desde logo designada pelo juízo delegatário competente. - Grifei.
(STF - AP 470 QO-QO/MG - Tribunal Pleno - rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22/10/2008, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009)

No mesmo sentido o entendimento da Corte Superior, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. BUSCA E APREENSÃO. *ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. SIGILO PROFISSIONAL. RELATIVIZAÇÃO. IMPUNIDADE*. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE CONDICIONANTE À CONSUMAÇÃO OU À PERSECUÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. A busca e apreensão procedida devidamente fundamentada não padece de nulidade, ainda que em local de trabalho de advogado.

> 2. *O ordenamento jurídico tutela o sigilo profissional do advogado, que, como detentor de função essencial à Justiça, goza de prerrogativa para o adequado exercício profissional. Entretanto, referida prerrogativa não pode servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas.*
> 3. O crime de falsificação de documento público não demanda o esgotamento da via administrativa, seja para a consumação do delito ou para a persecução penal.
> 4. É vedada a análise profunda dos elementos probatórios em sede de *habeas corpus*, que permite apenas exame superficial para constatar atipicidade, extinção da punibilidade ou evidente ausência de justa causa.
> 5. Não há falar em trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução penal.
> 6. A consumação do crime do art. 342 do CP ocorre no momento em que é feita a afirmação falsa, nada impedimento, portanto, o oferecimento da denúncia antes mesmo da sentença definitiva do processo principal, que obsta somente a conclusão do processo em que se apura o crime de falso testemunho diante da possibilidade de retratação, nos termos do art. 342, § 2º, do CP.
> 7. Recurso não provido.
> (STJ - RHC 22200/SP - 5ª Turma - rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 09/03/2010, v.u., DJe 05/04/2010)

No caso, constata-se que a aplicação do princípio, nos moldes em que pleiteados pelo apelante, culminaria por violar justamente o interesse que se procura garantir com aquele dispositivo legal, por se tratar de delito, em tese, cometido por advogado contra o próprio cliente.

Deste modo, o acolhimento da preliminar arguida no recurso representaria ofensa aos próprios princípios instituídos na Constituição, dentre os quais, e especialmente, o princípio da moralidade.

Rejeito, pois, a preliminar de violação de sigilo profissional.

No que se refere à valoração do conteúdo do depoimento, trata-se de questão relativa ao mérito, e será posteriormente avaliado, cabendo nesta avaliação preliminar apenas anotar que não se trata, em princípio, de prova ilícita.

Nulidade - cerceamento de defesa.

A defesa também alega que houve cerceamento de defesa, sob o seguinte argumento:

> Ora, como dizer que ocorreu mera irregularidade quando ocorreu a troca dos nomes do Advogado Constituído, por outro desconhecido se não demonstrou-se como foi publicado no Diário Oficial?
> Por qual razão não foi convertido o Julgamento em Diligência para que a Secretaria pudesse certificar o que naquele Jornal saiu publicado?
> Também, conforme foi dito nas alegações finais, as substituições dos patronos não foi comunicada ao Juízo Deprecado o que impossibilitou a plena defesa do ora Apelante.
> Uma leitura das folhas 119, 162, 187, 188 poderá dar melhor segurança a Vossas Excelências do que ora reitera-se, fato que não foi devidamente apreciado nas alegações finais.
> Da mesma forma, foi intimado Advogado falecido, sendo que o Apelante ficou indefeso, pois o morto não tinha como atender ao chamado do Juízo.
> Conforme foi dito e não acatado, uma testemunha de defesa não foi ouvia e muito menos desistida e, mesmo assim, foi encerrada a instrução (folhas 104 e 213/215). Por qual motivo? O Morto que foi intimado.
> Portanto está claro o cerceamento de defesa do ora Apelante devendo-se, portanto, ser anulado o processo desde a substituição do Patrono do Recorrente (Dr. Hélio) e aqueles atos posteriores

> que não participaram o Advogado - Dr. Fernando (quando vivo) - para que tais atos possam ser, novamente, efetuados, agora com base do contraditório. - fls. 441/442

Constata-se que o apelante alega, em síntese, problemas em publicações e que a substituição de seus patronos não teria sido comunicada ao Juízo Deprecado, impossibilitando sua plena defesa.

A alegação não procede. Nenhuma nulidade está a eivar o processo, uma vez que o réu não esteve indefeso durante a instrução.

De fato, verifica-se que o réu foi assistido por representante da OAB e por advogado em sua oitiva perante a autoridade policial, ao ser preso em flagrante, conforme se constata a fl. 13.

Durante o curso da instrução, diversamente de sua alegação, também teve sua garantia de defesa respeitada.

Na oitiva de testemunha de acusação ouvida através de carta precatória, que o réu alega prejuízo, foi nomeada defensora *ad hoc*, que efetivamente atuou em sua defesa, tendo, inclusive, formulado perguntas (fls. 168/171).

Ainda, o réu não aponta qual o efetivo prejuízo sofrido por não ter sido acompanhada a audiência por seu defensor constituído.

Por fim, o próprio réu tinha ciência da expedição daquela carta precatória, de modo que poderia ter acompanhado pessoalmente a prova.

Não se pode desconsiderar que o acusado é advogado, atuando na seara criminal, sendo também professor universitário, de direito penal, conforme por ele mesmo declarado (fls. 28/30 e 337).

Assim, em primeiro lugar destaco que o réu tem conhecimento da necessidade de comunicação ao juízo de fatos relevantes, como os relativos à representação processual. E é nesse sentido que destaco o longo período decorrido desde o óbito do defensor, Dr. Fernando, em 01.04.2006, e a comunicação do fato ao juízo - petição protocolizada em 20.01.2009 (fl. 275), já que transcorridos quase três anos até que o juízo fosse comunicado da alteração da representação processual.

Ainda, se somente neste momento teve ciência do óbito do defensor constituído, o que não foi esclarecido, há que se destacar que o anterior defensor, Dr. Hédio, já o acompanhara por mais de uma vez durante a instrução, como se constata dos termos de audiências realizadas em 17.06.2008 (fl. 246) e em 19.08.2008 (fl. 253).

Há outros fatos a considerar em detrimento da alegação do apelante, no sentido de ter havido cerceamento de defesa.

Ao comunicar a constituição de novo defensor - Dr. Fernando, buscou o adiamento da audiência designada para oitiva de testemunha, pedido que restou indeferido. Ocorre que o pedido foi apresentado na data da audiência, em 13.03.2006, conforme se verifica de fls. 129/132, e mencionando que o anterior defensor constituído estava impedido de atuar no feito desde 13.05.2005, ou seja, já decorrido quase um ano.

Também deve ser considerado que o defensor - Dr. Hédio, era sócio do réu desde a data dos fatos, conforme declarado pelo acusado em seu interrogatório (fls. 335/337), e também se constata de petição acostada a fl. 254, subscrita pelo defensor.

Assim, o decurso de prazo até a alteração de defensor desde o impedimento (quase um ano), só o fazendo na data da audiência e com o objetivo de cancelamento da mesma, bem

como a comunicação do óbito do advogado após quase 3 anos e, ainda, após atuação do defensor em mais de uma audiência, são fatos que denotam a intenção de tumultuar o feito. E aqui deve ser ressaltado que eventual prejuízo já esbarraria em óbice intransponível, relativo a princípio geral de direito, aplicável também na seara criminal, que veda que a parte se beneficie da própria torpeza.

Por fim, destaco que, a respeito da testemunha de defesa que não teria sido ouvida, não esclarece o apelante qual a relevância de sua oitiva.

Ressalto que foi designada audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, em 17.06.2008, tendo comparecido somente duas, que foram ouvidas naquela ocasião (fls. 247 e 248/249). Em relação às duas testemunhas ausentes, a defesa desistiu da oitiva de uma delas, esclarecendo que encartaria declaração da mesma nos autos - o que não se verificou, e insistiu na oitiva da outra, pleiteando sua condução coercitiva (fl. 246). Na nova data designada para audiência, em 19.08.2008, novamente não tendo comparecido a testemunha, foi reiterado o pedido de condução coercitiva (fl. 253), para, em seguida, a defesa desistir de sua oitiva (fl. 254).

Destaco que, em nenhuma das oportunidades a defesa se manifestou acerca da outra testemunha arrolada e não ouvida, apesar de já constar nos autos o decurso do prazo para manifestação acerca do interesse em sua oitiva (fl. 219).

Deste modo, incabível a alegação de nulidade se sequer foi alegado eventual prejuízo, tampouco demonstrado qual seria esse prejuízo, aplicando-se o disposto no artigo 565 do Código de Processo Penal que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, vale lembrar, ainda, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da ineficácia da defesa técnica do réu em processos criminais:

> *Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal*: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Como no caso é possível constatar o pleno exercício da defesa, inexistindo prejuízo, rejeito a preliminar.

Ausência de ratificação do depoimento da vítima.

Alega a defesa que o depoimento da vítima, Maria Elaine, não foi ratificado em juízo e sob o crivo do contraditório, de modo que não pode embasar a condenação, pois violaria o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

A questão se confunde com o mérito, pois necessário avaliar todo o conjunto probatório, a fim de analisar a suficiência de provas para a condenação.

Assim, rejeito a matéria preliminar e passo ao exame do mérito.

Mérito.

Ao avaliar a prova produzida no feito, concluo que a mesma é insuficiente para embasar um decreto condenatório.

Em primeiro lugar, cabe destacar que a versão da defesa, no sentido de que o valor recebido em dólares se referia a pagamento de honorários, é factível, apesar de não ter restado demonstrada.

Por outro lado, o depoimento da testemunha Douglas, ao ser ouvido em juízo, corrobora o quanto constou da denúncia. Contudo, seu relato dá conta de que, apesar ter estado no mesmo ambiente, não ouviu todo o teor da conversa, o réu já estava conversando com a cliente quando adentrou o recinto, efetuou telefonema enquanto lá esteve, e deixou o local durante o

diálogo do réu com Maria Elaine. Assim, somente a própria Maria Elaine poderia esclarecer se o diálogo se referiu a honorários ou a suborno - entrega de dinheiro destinado a pagar o delegado para que não ficasse presa.

Os demais depoimentos são de pessoas que não presenciaram a conversa do réu com Maria Elaine e, ademais, a questão dos telefonemas efetuados pelo réu e pela cliente durante aquele período, e mesmo o telefonema para parente de Maria Elaine ao ser ouvida pelo delegado, não restaram efetivamente esclarecidos, não sendo possível corroborar a afirmação da defesa, no sentido de que não existiram, tampouco a versão da acusação, de que a própria vítima e sua parente, por telefone, teriam confirmado a exigência dos valores para livrá-la de ser presa.

Assim, revela-se imprescindível a oitiva de Maria Elaine para esclarecer a questão e, não tendo sido ouvida em juízo, cabe somente concluir pela insuficiência de provas, aplicando ao caso o princípio *in dubio pro reo*, para absolver o réu.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento ao recurso da defesa para absolver JOSÉ LAÉRCIO ARAÚJO, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO:

Trata-se de apelação interposta por *José Laércio Araújo* em face de sentença que o condenou ao cumprimento pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 174 (cento e setenta e quatro) dias-multa, cada um arbitrado em 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito previsto no artigo 332, parágrafo único, do Código Penal.

Denegado o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e à suspensão condicional da penal e reconhecido o direito de o réu apelar em liberdade (fls. 403/409v.).

Em razões de apelação (fls. 432/446), a defesa pleiteia, preliminarmente: a) a declaração da ilicitude da prova e sua exclusão do processo por violação da prerrogativa profissional de advogado; b) a necessidade de aplicação do princípio do *tempus regit actum*, ao argumento de que Maria Elaine Queiroga Silva não foi ouvida pelo Juízo, razão pela qual a condenação a condenação não pode ser fundamentada no depoimento de Douglas Antônio Chaves de Melo; c) a decretação da nulidade processual por cerceamento de defesa, desde a substituição de patrono do recorrente, tendo em vista a falta de comunicação dos atos processuais.

No mérito, a defesa requer a absolvição do acusado por ausência de provas e por não ter o apelante concorrido para a infração penal, tendo em vista que o depoimento extrajudicial de Douglas não foi corroborado em sede judicial e que a prova testemunhal é contraditória.

O Relator Desembargador Federal Paulo Fontes rejeitou as preliminares e, no mérito, deu provimento ao recurso da defesa para absolver *José Laércio Araújo*, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 489 e 494/497).

Divirjo do Relator para negar provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que *José Laércio Araújo*, no dia 12/02/2003, foi preso em flagrante no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, porque solicitou de Maria Elaine

Queiroga Silva, recém deportada dos Estados Unidos, quantidade em dinheiro, ao argumento de que tal numerário seria entregue a policiais federais para evitar que ela fosse presa pelo crime de uso de documento público adulterado.

Foi apurado que Douglas Antônio Chaves de Melo, funcionário da empresa "Datasist" que presta serviços à Polícia Federal, ouviu a conversa entre o apelante e Maria Elaine Queiroga Silva e levou tal fato ao conhecimento do Agente de Polícia Federal, Jorge Alberto do Nascimento, o qual, por sua vez, informou o ocorrido ao Delegado de Polícia Federal, Roberto C. Troncon Filho.

Decorre da denúncia que Maria Elaine Queiroga Silva, ouvida em sede policial, declarou que entregou ao recorrente somente US$900.00 (novecentos dólares) dos US$2.500.00 (dois mil e quinhentos dólares) solicitados inicialmente.

Na Polícia, *José Laércio Araújo* confirmou ter recebido a quantia de US$900.00 (novecentos dólares) de Maria Elaine Queiroga Silva; contudo, aduziu que o valor foi pago a título de honorários advocatícios.

O apelante, então, foi denunciado pela prática de tráfico de violência qualificado, nos termos do artigo 332, parágrafo único, do Código Penal (fls. 2/4).

Antes de adentrar no mérito, afasto todas as questões preliminares suscitadas pela defesa, de modo que, neste ponto, acompanho o Relator.

Quanto ao mérito, a manutenção da condenação é medida de rigor.

Materialidade.

A materialidade do crime foi demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 6/17) e pelo auto de conferência e devolução das cédulas em um total de US$900.00 (novecentos dólares) (fl. 24).

Autoria.

A autoria também é inconteste.

A despeito de o apelante ter negado a prática do delito tanto na Polícia (fls. 13/16) quanto em Juízo (fls. 95/101 e 335/337), ao relatar que os valores foram recebidos a título de honorários advocatícios, restou comprovado que *José Laércio Araújo* praticou a conduta delitiva.

Os depoimentos policial (fls. 8/9) e judicial (fls. 135/137) da testemunha Douglas Antônio Chaves de Melo são coesos no sentido de que o apelante solicitou de Maria Elaine Queiroga Silva vantagem em dinheiro a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício de sua função.

De fato, Douglas Antônio Chaves de Melo informou que ouviu *José Laércio Araújo* dizer a Maria Elaine Queiroga Silva que, se ela não pagasse certa quantia em dinheiro aos policiais federais, seria presa. Seu testemunho corrobora, em Juízo, as provas produzidas na fase policial.

As demais testemunhas confirmaram a tese da acusação.

A testemunha Maria Elaine Queiroga Silva, ouvida pela Autoridade Policial, descreveu os fatos tal como consta na peça inicial (fls. 9/12).

A testemunha Jorge Alberto do Nascimento, Agente de Polícia Federal para quem o funcionário da empresa terceirizada Douglas foi reportar a conversa que ouvira entre o apelante e Maria Elaine Queiroga Silva, informou que a deportada lhe disse que foi exigida uma quantia em dólares para que não fosse presa (fls. 6/8 e 133/134);

A testemunha Roberto Ciciliati Troncon Filho, Delegado de Polícia Federal, relatou que, ao entrevistar Maria Elaine Queiroga Silva, esta lhe disse que o dinheiro entregue ao apelante

seria para evitar que ela fosse presa e não constituía honorários advocatícios (fls. 168/170).

O depoimento da testemunha de defesa Sérgio Paulo Rios de Abreu nada acrescentou para a elucidação dos fatos (fl. 247).

A testemunha de defesa Maria Aparecida Costa Martins declarou que uma pessoa chamada Ednaldo contratou os serviços advocatícios do acusado pelo valor de US$500 (quinhentos dólares) ou US$1.000.00 (um mil dólares) para uma cliente deportada dos Estados Unidos (fls. 248/249).

As teses defensivas de que o depoimento extrajudicial de Douglas Antônio Chaves de Melo não foi corroborado em sede judicial e de que a prova testemunhal é contraditória não se sustentam diante do conjunto probatório.

Infere-se da prova testemunhal que o apelante solicitou de Maria Aparecida Costa Martins quantia em dinheiro a pretexto de que esta, recém deportada dos Estados Unidos, não fosse presa por policiais federais.

A versão de que o numerário recebido constituía pagamento dos honorários advocatícios é inconsistente, inverossímil e denota a tentativa do apelante de eximir-se de sua responsabilidade penal.

Conclui-se que a defesa do acusado não comprovou suas alegações, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal; pelo contrário, a prova produzida revela que *José Laércio Araújo* solicitou para si vantagem econômica a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício de sua função, insinuando que o dinheiro seria destinado ao servidor público.

Dosimetria.

Na primeira fase da dosimetria, o Magistrado de primeiro grau, ao considerar de forma negativa as consequências do crime, fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na segunda fase, reconheceu a incidência das circunstâncias agravantes prevista no artigo 61, II, "g", do Código Penal (crime cometido no exercício de sua profissão e com violação a seus deveres inerentes de advogado) e no artigo 61, II, "i", do Código Penal (conduta praticada contra vítima sob a imediata proteção de autoridade) e exasperou a pena para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias atenuantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição.

Aplicou a causa de aumento estabelecida no parágrafo único do artigo 332 do Código Penal, relativa à insinuação de que a vantagem seria destinada ao funcionário público, na fração de 1/2 (metade), do que resultou a pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Fixou a pena de 174 (cento e setenta e quatro) dias-multa, por meio da utilização dos mesmos critérios da aplicação da pena corporal, cada um arbitrado em 1/4 (um quarto) do valor do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Estabeleceu regime inicial semiaberto.

Denegou o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e à suspensão condicional da pena.

Concedeu o direito de o apelante recorrer em liberdade.

Não houve recurso quanto à dosimetria da pena, a qual resta mantida.

Ante o exposto, rejeito as preliminares (acompanho o Relator) e, no mérito, *nego provimento* ao recurso da defesa (divirjo do Relator) e mantenho a sentença condenatória em todos os seus termos.

É como voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator para o Acórdão

AÇÃO PENAL
0002751-06.2007.4.03.6107
(2007.61.07.002751-8)

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: RICARDO JORGE E SUELI NAVARRO JORGE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: APn 483
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/12/2015

EMENTA

PENA - PROCESSO PENAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA CONTINUADA - ARTIGO 168-A, § 1º, I, C/C ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - EMPRESA DEVIDAMENTE CONSTITUÍDA, PORÉM NÃO ATIVADA - EXISTÊNCIA DE FUNCIONÁRIOS REGISTRADOS - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA AFASTADA - RISCO DO EMPRESÁRIO - AÇÃO PROCEDENTE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.
I - Punível a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do poder público (art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal).
II - Materialidade delitiva fartamente comprovada no bojo dos autos. O procedimento administrativo nº 35372.000121/2002-88 deixa incontroverso a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas aos cofres do INSS no período de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005, no valor total consolidado de R$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) - NFLD 35.888.639-2 de 07.07.2006.
III - Autoria incontroversa. Conquanto no contrato social conste apenas Ricardo como gerente da sociedade empresária, nos interrogatórios ficou claro que Sueli também participava da administração, notadamente na ausência de seu esposo.
IV - O fato de a empresa estar em fase de implantação e não ter gerado receitas não desnatura o tipo penal, haja vista a existência de empregados registrados em seu nome, trabalhando e recebendo pagamento. O crime de apropriação indébita previdenciária, por sua natureza omissiva, exige apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias ao INSS.
V - Inaplicabilidade da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. A atividade empresarial é de responsabilidade do empresário, não podendo os ônus assumidos para a implantação e operação de sua empresa serem repassados a terceiros, sejam eles funcionários, seja o Poder Público.
VI - Ação penal procedente. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena-base, de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, para cada um dos réus, majorada em função da continuidade delitiva (art. 71 do CP) em 2/6 (dois sextos), totalizando a pena definitiva de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.
VII - Presentes requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade

pela restritiva de direitos (art. 44 do CP): a) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação para cada um dos réus; b) prestação pecuniária, em dinheiro, a ser paga ao órgão estatal vitimado, à razão de 20 (vinte) salários mínimos para cada um dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, condenar os réus Ricardo Jorge e Sueli Navarro Jorge como incursos no artigo 168-A, § 1º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, fixando a pena-base de cada um em seu mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade estabelecida aos réus pela restritiva de direitos, devendo ser cumprida em regime aberto, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, MARISA SANTOS, JOHONSOM DI SALVO, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO (com ressalvas), SÉRGIO NASCIMENTO, HÉLIO NOGUEIRA (convocado para compor quórum), PAULO DOMINGUES (convocado para compor quórum) e NEWTON DE LUCCA.

Vencidos os Desembargadores Federais COTRIM GUIMARÃES, ANTÔNIO CEDENHO e PEIXOTO JÚNIOR, que absolviam os réus pela atipicidade material.

Vencido, ainda, o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, que absolvia o réu Ricardo Jorge, pela atipicidade material, e a ré Sueli Navarro Jorge, por insuficiência de provas.

Fará declaração de voto o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, THEREZINHA CAZERTA e LUIZ STEFANINI.

São Paulo, 25 de novembro de 2015.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de ação penal movida contra RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE destinada a apurar a prática de crime de apropriação indébita previdenciária, capitulado no artigo 168-A, § 1º, inciso I, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

A peça acusatória e seu aditamento narram que a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social, na Representação Fiscal nº 35372.000770/2006-11, concluiu que a empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda., por meio de seus sócios gerentes RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE, não efetuaram o recolhimento, no prazo legal, ao Instituto Previdenciário, das importâncias descontadas de seus empregados relativas às contribuições para a Previdência Social no período *de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005*, no valor total de R$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos).

Os acusados ofereceram a defesa prévia de fls. 204/214, na qual aduziram, preliminarmente, a adesão a programa de parcelamento, cuja prova seria carreada aos autos oportunamente. No mérito sustentaram que não justifica a persecução penal, pois não teriam dolo em

suas condutas, mas simples inadimplência. Dizem que não houve dolo específico, mormente o desejo de se apropriar de coisa alheia, mas por ausência de fundos para fazer frente ao recolhimento da contribuição deixaram de recolhê-la por não existir outra conduta possível. Dissertaram a respeito da impossibilidade de incriminação pela inadimplência e pugnaram pela extinção deste feito ou a sua suspensão até a quitação do débito e, ainda, pela improcedência da ação com a absolvição dos acusados.

Este feito foi redistribuído nesta Corte Regional em *12/07/2012*, por força de decisão exarada pelo E. Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Araçatuba/SP (fl. 249), que acolheu manifestação do Ministério Público Federal (fls. 246/247) para o fim de declinar da competência para processar e julgar a presente Ação Penal em virtude da acusada SUELI NAVARRO JORGE exercer o cargo de Prefeita do Município de Avanhandava/SP.

Cientificado da remessa dos autos a este Tribunal, manifestou-se o Ministério Público Federal no sentido do prosseguimento desta ação, pleiteando a expedição de ofício à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Seccional Araçatuba, para averiguar se houve adesão ao programa de parcelamento da dívida, nos moldes da Lei nº 11.941/09, porquanto a última consulta, que restou negativa, havia sido realizada há mais de um ano.

Em resposta ao ofício, informou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em Araçatuba a inexistência de registro de parcelamento da dívida, ensejando a manifestação do *Parquet* Federal às fls. 340/341 pelo prosseguimento deste feito.

A fls. 357 e verso declarei a incompetência absoluta do juízo monocrático para o recebimento da denúncia porque à época a acusada SUELI NAVARRO JORGE exercia o cargo de Prefeita do Município de Avanhandava/SP, cargo que ocupa até os dias de hoje. Determinei, ainda, o retorno dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação sobre a denúncia e o aditamento oferecidos.

O Representante do *Parquet* ratificou a denúncia e o aditamento contra os acusados RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE (fls. 359/360v).

Os acusados foram notificados a fls. 367 e quedaram-se inertes.

Oficiado à Defensoria Pública da União, pugnou a defensora pela nova intimação dos acusados e de seu defensor constituído (fls. 378).

Intimados, os acusados apresentaram defesa prévia a fls. 389/395 argumentando, preliminarmente, que a apresentação de razões fora do prazo constitui mera irregularidade, comportando conhecimento. No mérito reiteram a defesa anteriormente apresentada, acrescentando que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental nº 2537-2, em decisão plenária unânime, adotou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária configura crime material, sendo indispensável a ocorrência de inversão da posse dos valores apropriados. Sustentam que o depoimento do contador mostrou que a empresa não estava em operação e, deste modo, não possuía receita, além de ter havido desconto meramente contábil das contribuições previdenciárias.

A denúncia e o seu aditamento foram recebidos pelo Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal na sessão realizada em 25 de setembro de 2013 (fls. 412/414v).

Citados, os réus ofereceram defesa conjunta reiterando a inocência e pugnando pela juntada oportuna das provas necessárias à absolvição (fls. 426/428).

Testemunhas de acusação ouvidas por meio de cartas de ordem consoante fls. 453, 484/488.

A fls. 508/510 os réus peticionaram alegando terem aderido ao programa de parcelamen-

to instituído pela Lei nº 12.996/2014 (*Refis da Crise*) e pleiteando a suspensão do processo. Juntaram documentos.

O Ministério Público Federal se manifestou a fls. 521/524 pelo prosseguimento do feito.

Oficiado à Procuradoria da Fazenda Nacional para informar sobre a adesão ao parcelamento, sobreveio o ofício de fl. 531 noticiando a existência de pedido pendente de consolidação e a falta de pagamentos regulares, à exceção do primeiro.

Indeferida a suspensão do feito (fl. 536) os réus foram interrogados (fls. 549/550).

Na fase do artigo 10 da Lei nº 8.038/90 nenhuma diligência foi requerida.

Alegações finais do Ministério Público Federal a fls. 566/572 pugnando pela procedência do pedido.

Alegações finais dos réus a fls. 575/581 reiterando o pleito de improcedência da ação porque não se apropriaram do numerário.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

O Ministério Público Federal acusa RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE, ambos sócios-proprietários da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda., pela prática do crime capitulado no art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, que tipifica a seguinte conduta:

> Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
> § 1o Nas mesmas penas incorre quem deixar de:
> I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;
> (...)

A materialidade delitiva é inconteste e se encontra fartamente demonstrada no bojo dos autos. O procedimento administrativo nº 35372.000121/2002-88 - autos em apenso - deixa incontroverso a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas aos cofres do INSS no período de 01/2002 a 06/2003, 04/2004, 09/2004 e 10/2005, no valor total consolidado de R$ 15.545,67 (quinze mil quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) - NFLD 35.888.639-2 de 07.07.2006.

O contador Paulo Márcio Vieira Camelo, ouvido como testemunha comum (fls. 484/488), afirmou que prestava serviço para a empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. de escrituração contábil e folha de pagamento. Disse que no holerite dos funcionários vinha descontada a contribuição destinada à previdência, cujo pagamento era de responsabilidade da empresa. Sobre a efetivação do pagamento, afirmou:

> MP: Não tem conhecimento de que efetivamente pagavam a guia?
> D.: Não, a guia era devolvida pelo próprio escritório de contabilização, este era o procedimento, mandava a guia e o holerite e depois a empresa lá, o departamento financeiro fazia o

pagamento, eles que pagavam e retornavam pra empresa.
MP: Eles que controlavam o pagamento?
D.: sim.
MP: E pagou ou não a previdência?
D.: Parte sim e parte não. A parte dos funcionários geralmente pagava e a parte patronal não.
MP: Geralmente era "às vezes sim ou não"?
D.: Sim, aleatório não era constante.
MP: Quem era o contato do senhor na empresa, assim, administrativo da empresa?
D.: Teve uma época que foi o Pedro, depois saiu o Pedro, entrou e saiu, e do que tenho conhecimento a última que entrou é a Sueli.
MP: Navarro?
D.: Sim.
MP: E o Ricardo também administrava, tinha contato com o senhor?
D.: Sim, também tinha contato, administrava sim.

A autoria também é incontrovertida.

Os réus RICARDO e SUELI são sócios-administradores da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. Conquanto pelo Instrumento Particular de Constituição de Pessoa Jurídica de Responsabilidade Limitada de fls. 38/40 do Apenso I do Inquérito Policial conste apenas o primeiro como gerente da sociedade empresária, em seu interrogatório na fase inquisitiva (fls. 35/36) a corré SUELI reconheceu ser sócia-gerente da empresa há aproximadamente 6 anos.

Em juízo, embora tenha alterado um pouco a versão, ao responder à pergunta se havia chegado a gerenciar ou ajudar na administração, SUELI afirmou que "em alguma época ajudei sim, inclusive até o meu filho, às vezes que eu não podia, me substituiu, e em algumas vezes que o Ricardo não podia estar presente, que eu gerenciei" - CD de mídia de fl. 550, aos 3'10".

Essa assertiva também é corroborada pelo interrogatório de seu esposo, o corréu RICARDO, que ao ser ouvido em juízo afirmou gerenciar a empresa, com a ajuda, em parte do período, de sua esposa SUELI - CD de mídia de fl. 550, aos 9'20".

Portanto, resta claro que ambos os réus exerceram a administração da sociedade empresária.

A alegação de que a empresa estava em fase de implantação e que nunca gerou receitas não afasta a tipificação da conduta.

Com efeito, exige-se para a consumação da infração penal, em face de sua natureza omissiva, apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias ao INSS. Não se exige que a empresa aufira lucro ou receita.

E não há dúvidas de que a Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. possuía empregados registrados que recebiam pagamento pelo trabalho realizado. Neste sentido observam-se nos autos os holerites juntados e o interrogatório de RICARDO, que responde da seguinte forma à indagação do *Parquet*:

MP: O pessoal trabalhou então lá, tava trabalhando, de fato estavam trabalhando?
D.: De fato, esse pessoal, que faz parte desta ação, trabalhou um período, mas mão de obra registrada comigo, na Barbosa Álcool e Aguardente, mas nunca fez um litro de álcool, nunca fez um faturamento. - CD de mídia de fl. 550, aos 8'50".

Cabe ressaltar não ser caso de aplicação da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a atividade empresarial é de total responsabilidade do

empresário. Assim, os ônus assumidos para a implantação e operação da Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. não podem ser repassados a terceiros, sejam eles funcionários ou o Poder Público.

Ademais, tratando-se de contribuições destinadas à Previdência Social e descontadas dos empregados, os valores sequer pertencem ao empresário, não havendo razoabilidade em permitir a aplicação da excludente em tela porque os recursos não lhe pertencem.

Assim, restando demonstrada a materialidade e a autoria delitiva, CONDENO os réus RICARDO JORGE e SUELI NAVARRO JORGE como incursos no artigo 168-A, § 1º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal o juiz deverá, ao estabelecer a pena-base, observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

A culpabilidade de RICARDO e SUELI é normal à espécie, não comportando maiores digressões.

Ambos são primários e não ostentam antecedentes criminais, vez que os apontamentos de fl. 05 dos autos em apenso não podem ser valorados negativamente (súmula nº 444 do STJ).

A conduta social também não se mostra desabonadora, dentro do contexto de sua vida em sociedade.

Quanto à personalidade, os réus não são pessoas violentas e nem portadores de desvio moral. Ao reverso, mostram-se pessoas cientes de suas obrigações e geradoras de empregos junto à sociedade local.

Os motivos do crime são os inerentes ao tipo penal, a vontade livre e consciente de não repassar as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados à autarquia competente.

As circunstâncias e as consequências do crime não ensejam maior rigor na reprimenda, devendo ser valoradas favoravelmente aos réus em face do tempo do delito, época em que a empresa ainda estava sendo implantada, necessitando de altos investimentos e, proporcionalmente, causando pouco prejuízo à coletividade em face do montante suprimido.

Irrelevante o comportamento da vítima.

Diante das circunstâncias judiciais totalmente favoráveis aos réus, fixo a *pena-base* de cada um em seu *mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*. Em face da capacidade econômica dos mesmos (RICARDO é empresário e SUELI prefeita municipal), estabeleço o dia-multa em meio salário mínimo, nos termos do artigo 49, § 1º, do CP.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes dos artigos 61 e 65 do Diploma Repressivo.

Não há causas de diminuição de pena. Há, porém, causa de aumento, consistente na continuidade delitiva (art. 71 do CP), uma vez que a contribuição destinada aos cofres públicos foi suprimida ao longo do tempo, precisamente no período de janeiro/2002 a junho/2003, abril/2004 e de setembro/2004 a outubro/2005, totalizando 33 (trinta e três) meses, ou, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de apropriação indevida. Tratando-se de período razoável entendo que a fração do aumento deve se afastar do mínimo, motivo pelo qual majoro a reprimenda de cada um dos réus em 2/6 (dois sextos), fixando-a em definitivo em *02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa*.

Considerando as circunstâncias judiciais favoráveis e o disposto no artigo 33, § 2º, *c*, do

CP, a pena deverá ser cumprida em *regime aberto*.

Presentes os requisitos do artigo 44 do CP *substituo a pena privativa de liberdade* estabelecida aos réus pela restritiva de direitos, nos seguintes termos (art. 44, § 2º, *in fine*, CP):

a) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação para cada um dos réus;

b) prestação pecuniária, em dinheiro, a ser paga ao órgão estatal vitimado, à razão de 20 (vinte) salários mínimos para cada um dos réus.

Condeno-os, ainda, no pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do CPP.

Os réus recorrerão em liberdade.

Transitado em julgado o *decisum*, lance-se os nomes dos réus no "rol dos culpados", devendo a zelosa serventia cartorária expedir ofícios aos órgãos competentes para cuidar da estatística e antecedentes criminais.

Oficie-se ao C. Tribunal Regional Eleitoral, com jurisdição sobre o domicílio dos réus, para os fins do artigo 15, III, da Constituição Federal.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA:

Trata-se de ação penal em que Ricardo Jorge e Sueli Navarro Jorge foram denunciados pela prática de crime de apropriação indébita previdenciária, com fundamento no Art. 168-A, § 1º, I c.c. Art. 71, ambos do Código Penal.

Preliminarmente, entendo que o caso concreto deve ser analisado sob a luz do princípio da intervenção mínima do Estado segundo o qual a criminalização de comportamentos deve ser feita somente nos casos em que os outros ramos do Direito se revelarem incapazes de proteger o bem jurídico tutelado, tendo em vista a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, inciso II do Art. 1º da CF/88, e o direito fundamental à liberdade insculpido no Art. 5º do Texto Constitucional.

Isto porque no caso concreto a dívida com os cofres previdenciários foi estimada em R$ 15.145,00 e, portanto, poderia ser solucionada com a penhora de bens da empresa Barbosa Álcool e Aguardente Ltda. Basta dizer que o custo de um alambique seguramente ultrapassa o valor de R$ 100.000,00.

Ainda que assim não fosse o inciso II, do Art. 1º da Portaria nº 75 de 22.03.2012 do Ministério da Fazenda determinou o não ajuizamento de execução fiscal de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00, bem como o requerimento de arquivamento das execuções sem garantia do juízo abaixo deste montante.

Nestes termos, tendo em vista que, no caso concreto, não haveria sequer interesse no ajuizamento de execução fiscal, o Direito Penal passa a ser o único ramo do Direito a preocupar-se com o débito previdenciário em questão quando, ao contrário, deveria ser a *ultima ratio*.

Sobre a ré Sueli Navarro Jorge observo que se trata de sócia cotista, portanto, sem responsabilidade legal pelo recolhimento das contribuições sociais patronais e dos empregados

da empresa.

Deixo de considerar o depoimento da ré, prestado em sede de inquérito policial (fls. 35/36 do IP 2003.61.07.003553-4), uma vez que não foi confirmado em juízo.

Entendo, pois, que não há justa causa para condenação fundada em prova produzida exclusivamente na fase inquisitiva ante a violação do princípio do contraditório. Na mesma linha os precedentes do e. STF, a exemplo:

> EMENTA: I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. *2. Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial.* II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação.
> (RE 287658, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00408)

Outrossim, no interrogatório (CD de mídia de fl. 550) a referida ré esclarece que ajudou na administração do negócio em algumas oportunidades juntamente com seu filho, por se tratar de empresa familiar, bem como que o negócio não prosperou a ponto da empresa atingir a sua atividade fim de produção e comercialização.

Contudo, não há nos autos prova de que o não recolhimento das contribuições se deu em razão da sua atuação e nem sequer que a chamada "administração de fato" é contemporânea aos períodos de janeiro/02 a junho/03, abril/04 e setembro/04 a outubro/05 em que não houve recolhimento de contribuição social, razão pela qual entendo que a ré Sueli deve ser absolvida por insuficiência de provas, nos termos do Art. 386, VI do CPC.

Passo ao julgamento do sócio gerente Ricardo Jorge.

Ressalvo meu entendimento de que o princípio da insignificância deve ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso concreto e não mediante a estipulação de um montante padrão, que é valorado à margem do conjunto probatório e, ainda, sujeito à corrosão inflacionária.

Todavia, não se desconhece que há divergência sobre o tal "valor insignificante" para o delito, pois o e. STJ entende que seria R$ 10.000,00 (STJ - AgRg no REsp 1348074) ao passo que a Suprema Corte fixou o valor de R$ 20.000,00 (STF - HC 126746 AgR/PR), ou seja, o valor de R$ 15.145,00 do caso concreto seria penalmente relevante para o STJ, porém insignificante para o STF.

Entretanto, deve-se considerar que as competências objeto de cobrança foram alcançadas pela prescrição, exceto aquela de outubro/2005, de modo que, sob o prisma da exigibilidade do tributo, é patente a caracterização da insignificância do valor da dívida em que se funda a apropriação indébita.

Nestes termos, com relação ao sócio gerente Ricardo Jorge, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Diante do exposto, voto pela absolvição da ré Sueli Navarro Jorge por insuficiência de provas e pela absolvição do réu Ricardo Jorge pela atipicidade material de sua conduta.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0008011-28.2007.4.03.6119
(2007.61.19.008011-1)

Embargante: WARTON RAMIREZ PEREZ (réu preso)
Embargada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA
Classe do Processo: EIfNu 35638
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO: APLICABILIDADE. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS "MULAS" DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou, na dosimetria da pena do embargante, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, a circunstância atenuante da confissão (art. 65, II, "d", do CP) e a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

2. A jurisprudência firmou-se no sentido de ser reconhecida a referida atenuante, mesmo diante de casos de prisão em flagrante delito. Ainda que o réu tente desvencilhar-se da acusação, por meio de arguição de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, certo é que confessando o fato, acaba contribuindo com a Justiça na busca da verdade real e na correta apuração dos fatos.

3. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 concedido pelo legislador deve ficar restrito - quando presentes todos os requisitos legais - *a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a traficantes internacionais de expressiva quantidade de cocaína* - como é a hipótese dos autos, em que o réu sujeitou-se a realizar o transporte de *aproximadamente quatro quilogramas de cocaína,* oculta nas hastes e rodinhas das quatro malas que compunham sua bagagem, em voo proveniente de Lima/Peru. Precedente.

4. Pela quantidade e natureza de substância entorpecente apreendida (3.927 g. de cocaína); a forma como estava acondicionada, de forma a dissimular a natureza do produto transportado e burlar a fiscalização; a circunstância de o réu não possuir condições financeiras para custear a viagem internacional empreendida (conforme declarou em seu interrogatório); por ter aceitado transportar droga mediante a promessa de recebimento da quantia de US$ 1.000,00; ter sido contratado em seu país de origem para o transporte de droga ao Brasil, tudo está a denotar seu enredamento

com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arredando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.
5. Embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do voto do Des. Fed. Hélio Nogueira (Revisor), acompanhado pelo Des. Fed. Peixoto Junior e pela Des. Fed. Cecilia Marcondes (Pres. da Seção). Vencidos parcialmente o Des. Fed. Luiz Stefanini (Relator) e a Juíza Fed. Convocada Denise Avelar, que davam provimento aos embargos.

São Paulo, 06 de agosto de 2015.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Revisor

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de embargos infringentes opostos por Warton Ramirez Perez, em face do V. Acórdão de fls. 438/439, complementado pelo Acórdão de fls. 468 e verso, em que a E. Primeira Turma desta Corte decidiu, por unanimidade, não conhecer da apelação do réu; de ofício, por maioria, reduzir a pena-base e; por maioria, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da circunstância atenuante da confissão e da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva de 08 anos e 02 meses de reclusão e 816 dias-multa, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto do Juiz Federal Convocado Paulo Domingues, vencido o Desembargador Federal José Lunardelli, que negava provimento à apelação do M.P.F e não reduzia, de ofício, a pena-base, determinando-se ainda, por unanimidade, a comunicação ao Juízo das Execuções Penais e ao Ministério da Justiça.

Em razões de fls. 473/483, a defesa requer prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli, a fim de que, na parte divergente, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Alega, para tanto, que o réu confessou os fatos, tendo essa circunstância sido sopesada para a sua condenação, o que basta ao reconhecimento desta atenuante, independentemente de o acusado ter arguido excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.

Quanto à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aduz a defesa que o embargante deve ser considerado "traficante eventual", tratando-se de fato isolado em sua vida, não podendo o simples fato de ter sido contratado por uma organização criminosa, ou mesmo a quantidade de droga carregada, conduzir à presunção de ser ele integrante de referida organização, tampouco que tivesse dedicação a atividades criminosas.

Argumenta, ademais, que a quantidade de droga foi sopesada tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, conduzindo a manifesto *bis in idem*.

Requer, pois, o provimento dos embargos, a fim de que prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli.

Contrarrazões ministeriais às fls. 488/495, pelo parcial provimento dos embargos, a fim de que seja reconhecido o cabimento da atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Os embargos devem ser providos.

Consta da denúncia, *verbis*:

> No dia 29 de setembro de 2007, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, WARTON RAMIREZ PEREZ foi preso em flagrante delito, logo após desembarcar do vôo TACA 28, proveniente de Lima/Peru, trazendo consigo, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, 3.927,5g (três mil novecentos e vinte e sete gramas e cinco decigramas - peso líquido) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Segundo o apurado, o Agente de Proteção ELIAS VASCONCELOS PEREIRA encontrava-se realizando fiscalização de rotina na Alfândega do mencionado aeroporto quando, ao submeter a bagagem do denunciado ao aparelho de raio-x, verificou a presença de substância estranha e densa no interior da armação metálica das 4 malas por ele trazidas.
> Diante da constatação, o Agente de Polícia Federal ACYR DOS SANTOS PAES foi chamado e procedeu à abertura da haste de uma das malas, logrando encontrar uma substância branca envolvida em plástico.
> Ato contínuo, o denunciado e as testemunhas encaminharam-se à delegacia onde, após revista de toda a bagagem, foi encontrada idêntica substância branca em todas as hastes e nas rodinhas das malas, a qual foi submetida ao exame químico preliminar que resultou positivo para cocaína (fls. 08/09). Após, foi dada voz de prisão em flagrante delito....

Em seu voto, o eminente Relator, Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, afastou a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

> [...] *Na segunda fase* da dosimetria da pena, quanto à circunstância atenuante da confissão espontânea, observo que não incide nos casos em que o réu, embora admitindo como verdadeiros os fatos narrados na denúncia, alega a ocorrência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, posto que, ao assim agir, não está confessando a autoria de crime algum. [...] Assim, no caso concreto é de dado provimento ao recurso do MPF quanto ao ponto, para se afastar a aplicação da atenuante.
> [...]
> *Quanto à causa de diminuição de pena do traficante ocasional*, observo que dispõe o artigo §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sobre a possibilidade de redução da pena no crime de tráfico de drogas, de um sexto a dois terços, "desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Tais requisitos são exigíveis cumulativamente, e portanto a ausência de qualquer deles implica

na inexistência de direito ao benefício da diminuição da pena.
Não me parece que o citado §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 deva ser interpretado de modo a possibilitar a sua aplicação às assim chamadas "mulas" do tráfico de drogas, porquanto tal interpretação favoreceria sobremaneira a operação das organizações criminosas voltadas para o tráfico internacional, o que certamente contraria a finalidade do citado diploma legal, que visa à repressão dessa atividade.
A atividade daquele que age como "mula", transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminosa, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização.
Se aquele que atua como "mula" desconhece quem sejam os integrantes da organização criminosa - circunstância que não põe esta em risco de ser desmantelada - e foi aliciado de forma aleatória, fortuita e sem qualquer perspectiva de ingressar na "associação criminosa", muitas vezes em face da situação de miserabilidade econômica e social em que se encontra, outras em razão da ganância pelo lucro fácil, não há como se entender que faça parte do grupo criminoso, no sentido de organização. Mas o certo é que é contratado por uma organização criminosa para servir como portador da droga e, portanto, integra essa organização.
Acresce-se que não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminosa; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal.
E, ainda que se entenda que o traficante que atue como "mula" não integra a organização criminosa, é certo que o benefício não alcança aqueles que se dedicam à atividades criminosas, ou seja, aqueles que se ocupam do tráfico, como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual.
Se o agente, sem condições econômicas próprias, despende vários dias de viagem, para obter a droga, e dirigir-se ao exterior, com promessa de pagamento pelo serviço de transporte, sem que comprove ter outro meio de subsistência, forçoso é concluir que faz do tráfico o seu meio de subsistência, não fazendo jus portanto à aplicação da causa de diminuição da pena.
No caso dos autos há elementos que permitem concluir que o réu integrava organização criminosa ou, caso assim não se entenda, que dedicava-se a atividades criminosas.
A expressiva quantidade da droga apreendida (3.927,05 gramas de cocaína); o fato de haver declarado que tinha sido contratado para transportar a droga do Peru para o Brasil; o fato de haver combinado o recebimento de 1.000 dólares americanos pelo transporte da droga; o fato de ter ficado hospedado no Brasil às custas e sob as ordens do traficante contratante, conforme relato em interrogatório judicial (fls. 150/151), referido na r. sentença apelada (fls. 225 e 226).
Portanto, por integrar organização criminosa ou, caso assim não se entenda, por dedicar-se à atividades criminosas, o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06 - grifo nosso.

Por sua vez, o eminente Desembargador Federal José Lunardelli, em seu voto vencido, assim dispôs:

[...] Na segunda fase, também nos termos da sentença recorrida, deve ser mantida a incidência da atenuante da confissão espontânea.
Isso porque extrai-se dos autos que o Juízo de 1º grau alicerçou a sentença condenatória, dentre outros elementos, na confissão do réu (fls. 225).
A confissão do acusado, porque espontânea, ou seja, sem a intervenção de fatores externos,

autoriza o reconhecimento da atenuante genérica, inclusive porque foi utilizada como um dos fundamentos da condenação.

O fato de o acusado somente ter confessado, após ser preso em flagrante, transportando substância entorpecente, não tem o condão de afastar o reconhecimento da atenuante, direito subjetivo do réu que confessa os fatos, uma vez que havia alternativas disponíveis ao acusado, como o direito constitucional de permanecer calado, podendo, inclusive, "inventar" qualquer estória para justificar a alegação de ignorância a respeito da existência da droga, como fazem certos acusados, mesmo quando presos em flagrante delito. Contudo, optou por dizer a verdade, colaborando com a Justiça. Essa conduta é incentivada e premiada pelo legislador ao considerá-la como fator atenuante na individualização da sanção penal.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Esclareça-se, ainda, que o fato de a defesa alegar uma excludente de ilicitude, no caso, o estado de necessidade, não afasta o reconhecimento dessa atenuante, pois a confissão do fato delituoso foi realizada, cabendo ao magistrado avaliar se há causa bastante para exclusão da ilicitude. Nesse sentido, decisão também do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA INCIDÊNCIA.

(...)

V - Se a confissão espontânea do paciente alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea 'd', do CP. Não afasta a sua incidência o fato de o réu, a par de confessar, ter alegado que agiu em legítima defesa (Precedentes). *Writ* parcialmente concedido" (HC 87930, Rel. Min. Félix Fischer - DJ 12.11.07).

Assim, deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea, nos termos do artigo 65, III, alínea "d" do Código Penal, já admitida na sentença apelada, reduzindo-se a pena para 7 (sete) anos de reclusão.

Quanto à aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o Desembargador Federal José Lunardelli assim decidiu:

[...] Ainda na terceira fase, o e. relator deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, que, entretanto, entendo deva ser aplicada.

Isso porque o artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, prevê a redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo foi criado a fim de facultar ao julgador ajustar a aplicação e a individualização da pena às múltiplas condutas envolvidas no tráfico de drogas, notadamente o internacional, porquanto não seria razoável tratar o traficante primário, ou mesmo as "mulas", com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais responsáveis pela organização criminosa que atuam na prática deste ilícito penal.

Dos elementos coligidos nos autos, constata-se que a conduta do acusaoa se enquadra no que se convencionou denominar no jargão do tráfico internacional de droga de "mula", isto é, pessoa que funciona como agente ocasional no transporte de drogas, pois não se subordina de modo permanente às organizações criminosas nem integra seus quadros. Trata-se, em regra, de mão-de-obra avulsa, esporádica, de pessoas que são cooptadas para empreitada criminosa sem ter qualquer poder decisório sobre o modo e o próprio roteiro do transporte, cabendo apenas obediência às ordens recebidas. Pouco ou nada sabem a respeito da organização criminosa.

[...]

Em suma, do fato puro e simples de determinada pessoa servir como "mula" para o transporte de droga não é possível, por si só, inferir a inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.342/2006, por supostamente integrar organização criminosa.

Warton Ramirez Perez é primário, não ostenta maus antecedentes e não há prova nos autos de que se dedica a atividades criminosas, nem elementos para concluir que integra organização criminosa, apesar de encarregada do transporte da droga. Certamente, estava transportando a droga para bando criminoso internacional, o que não significa, porém, que fosse integrante dele.
Sendo assim, faz jus à aplicação da causa de redução de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no percentual mínimo de 1/2 (metade), devido às circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, em que o acusado, peruano, foi preso em flagrante logo após desembarcar de voo proveniente de Lima/Peru, trazendo consigo quase quatro quilos de cocaína, ocultos no interior da armação metálica das quatro malas por ele trazidas, razão pela qual, resta a pena definitiva fixada em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 408 (quatrocentos) e oito dias-multa, nos termos da sentença apelada - grifo nosso.

Pois bem, sopesados os votos supra transcritos, entendo que deve prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli.

Isso porque, quanto à atenuante da confissão espontânea, esta E. Primeira Seção, ainda que por maioria, vem decidindo que mesmo em casos de prisão em flagrante delito deve referida atenuante ser reconhecida, bastando que o réu tenha admitido o fato delituoso, mesmo que arguindo excludentes.

Com efeito, como bem esposado no voto vencido, ainda que o réu tente desvencilhar-se da acusação, por meio de arguição de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, certo é que confessando o fato, acaba contribuindo com a Justiça na busca da verdade real e na correta apuração dos fatos.

Assim, a circunstância de alegar excludentes, por si só, não retira o valor de sua confissão, já que tais teses defensivas serão valoradas com todo o conjunto probatório carreado, de maneira que, sendo rechaçadas, a confissão evidentemente torna-se elemento probatório importante à condenação, desde que em harmonia com as demais provas realizadas, tanto em inquérito quanto em juízo.

Destarte, nos exatos termos do voto vencido, entendo que esta atenuante deve ser mantida, tal como aplicada em primeiro grau.

Da mesma forma, quanto à aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, a acusação não trouxe aos autos quaisquer provas, nem mesmo indiciárias, que pudessem revelar estivesse o acusado envolvido com organização criminosa ou que já vinha se dedicando a atividades criminosas, não sendo lícito ao julgador fazer essa espécie de presunção, sob pena de odiosa responsabilização objetiva.

Com a devida vênia ao eminente Relator, as circunstâncias descritas por sua Excelência em seu voto, quais sejam, a de *ser expressiva a quantidade de droga apreendida (3.927,05 gramas de cocaína); o fato de haver declarado que tinha sido contratado para transportar a droga do Peru para o Brasil; o fato de haver combinado o recebimento de 1.000 dólares americanos pelo transporte da droga; o fato de ter ficado hospedado no Brasil às custas e sob as ordens do traficante contratante*, são todas inerentes a todo e qualquer tipo de tráfico internacional de drogas praticado pelos denominados "mulas" do tráfico, pois, do contrário, por óbvio não teriam como realizar o transporte da droga e atingir o objetivo da organização que os aliciou, mas disso, evidentemente, não se pode presumir que o traficante eventual ou "mula" esteja, necessariamente, envolvido com aquela organização, com estabilidade e permanência.

Aliás, sobre o tema, a recente Lei nº 12.850, de 02.08.2013, definiu o conceito de organização criminosa, *verbis*:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Apesar de referido conceito não existir ainda à época do fato objeto destes autos, entendo que esta norma, por beneficiar o acusado, deve retroagir em seu favor (art. 5º, XL, CF/88), de forma a não se poder presumir que ele integre organização criminosa, pois nem mesmo é sabido em quais circunstâncias lhe foi entregue a droga, tampouco quantas pessoas efetivamente estariam envolvidas no tráfico em questão, se mais ou menos de quatro agentes, vedada qualquer presunção nesse sentido, posto que em desfavor do réu.

Ressalto que o conceito de organização criminosa não se confunde com o de associação criminosa, prevista no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, a qual requer o mínimo de dois agentes e estabilidade e permanência para fins de tráfico, liame associativo este que não está demonstrado nos autos, pois, do contrário, a denúncia também deveria imputar este crime ao réu, o que não foi feito pelo "Parquet" Federal.

Dessa forma, visto que o acusado é primário, possui bons antecedentes, não há provas nos autos de dedicação a atividades criminosas, nem tampouco que ele integre organização criminosa - conceito legal acima aludido -, entendo que, *in casu*, deve incidir aquela causa de diminuição de pena, nos exatos termos dos fundamentos expostos pelo voto vencido do Desembargador Federal José Lunardelli.

Ante todo o exposto, *dou provimento* aos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido do eminente Desembargador Federal José Lunardelli, devendo, assim, ser aplicada a atenuante da confissão espontânea, bem como a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Revisor):

Trata-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por *Warton Ramirez Perez*, em face do v. Acórdão de fls. 438/439, complementado pelo Acórdão de fls. 468 e verso, em que a E. Primeira Turma desta Corte decidiu, por unanimidade, não conhecer da apelação do réu; de ofício, por maioria, reduzir a pena-base e; por maioria, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da circunstância atenuante da confissão e da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva de 08 anos e 02 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Pretende o embargante a prevalência do voto vencido no sentido de ser reconhecida a circunstância atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

O Exmo. Relator, Desembargador Federal Luiz Stefanini, apresentou voto provendo os embargos, de modo a prevalecer o voto vencido.

Com a devida *venia* do E. Relator, divirjo para dar parcial provimento aos embargos, de modo a prevalecer o voto vencido somente no ponto concernente à incidência da atenuante da

confissão espontânea, mantendo, contudo, o afastamento da aplicação da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

No que tange à circunstância atenuante da confissão, art. 65, inc. II, "d", do Código Penal, acompanho o Relator.

Com efeito, a jurisprudência firmou-se no sentido de ser reconhecida a referida atenuante, mesmo diante de casos de prisão em flagrante delito.

Por seu turno, em relação à causa de redução prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entendo inaplicável à espécie.

Neste ponto, curial deixar anotado que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - *a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a traficantes internacionais de expressiva quantidade de cocaína* - como é a hipótese dos autos, em que o réu sujeitou-se a realizar o transporte de aproximadamente quatro quilogramas de cocaína, oculta nas hastes e rodinhas das quatro malas que compunham sua bagagem, em voo proveniente de Lima/Peru, (neste sentido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - ACR 27998 - Proc. nº 2006.61.19.005166-0 - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. Hélio Nogueira - j. 14.04.08 - D.E. 06.05.08).

Aqui vale registrar os seguintes arestos desta Primeira Seção:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS "MULAS" DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou, na dosimetria da pena do embargante, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas, a causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06.
> 2. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção "nem", deduz-se que há diferença substancial entre "se dedicar a atividades criminosas" e "integrar uma organização criminosa". Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas criminosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas.
> 3. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de "mula" de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.
> 4. Embargos infringentes a que se nega provimento.
> (EIN 2010.61.19.010264-6/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 04.09.2014, DJe 11.09.2014)

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: INAPLICABILIDADE AOS "MULAS" DO TRÁFICO QUE TRANSPORTAM GRANDE QUANTIDADE DE EMTORPECENTES, AINDA QUE DE FORMA EVENTUAL: PROVAS DE INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL ABERTO OU SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.
1. Embargos infringentes com pretensão ao acolhimento do voto vencido que aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, para ambos os réus, fixou o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena ao corréu Sebastião Silva, e fixou o regime inicial aberto de cumprimento de pena e determinou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao corréu Tomas Lopes Alcala.
2. O benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Como a lei utilizou a conjunção "nem", deduz-se que há diferença substancial entre "se dedicar a atividades criminosas" e "integrar uma organização criminosa". Integrar não exige habitualidade e permanência, a reiteração de condutas criminosas ou o ânimo de reiterá-las, que está presente em outro requisito, que é o não se dedicar a atividades criminosas.
3. Ainda que o embargante seja primário, de bons antecedentes e que não existam provas de que se dedique a atividades criminosas, se figurou, ainda que de forma eventual, na ponta de uma organização criminosa a ela prestando serviços e colaborando para a distribuição mundial de entorpecentes ao exercer a função de "mula" de grande quantidade de drogas para o exterior mediante remuneração, integrou a organização criminosa, não preenchendo, pois, de forma cumulativa os requisitos exigidos para a aplicação desse benefício.
4. Para determinar o regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado deve se valer, além do quantum de pena imposta (art. 33, §2º, CP), dos critérios previstos no artigo 59, do Código Penal, conforme exegese do artigo 33, §3º, do mesmo codex. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base incluem, ainda, a natureza e a quantidade da droga, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006.
5. No caso concreto, a fixação de regime semiaberto ou aberto para o início do cumprimento da pena mostra-se absolutamente insuficiente para a prevenção e a repreensão do crime, em razão da natureza (cocaína) e da quantidade da droga (mais de três quilos).
6. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao corréu Tomas Lopes Alcala. Apesar de estar presente o requisito objetivo (quantidade da pena), há que se considerar que as penas restritivas de direitos dificilmente serão aptas a reprimir o tráfico ilícito de drogas. No caso, as particularidades não recomendariam a substituição, tendo em vista que o réu transportava significativa quantidade de cocaína, que é altamente maléfica ao organismo.
7. Embargos infringentes aos quais se nega provimento.
(EIN 2010.61.19.003125-1, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 20.02.2014, DJe 19.03.2014)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. ESTADO DE NECESSIDADE. PENA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. - Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual. - A figura do estado de necessidade requisita a exposição do agente a perigo atual, como tal não se entendendo situação que não se vincula direta e imediatamente à oportunidade de prática de qualquer delito em particular mas à possibilidade genérica de obtenção de recursos teoricamente necessários com violações à ordem jurídico-penal. - Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal. - Aplicação da atenuante da confissão espontânea, reconhecida na sentença, afastada com a redução da pena-base ao mínimo legal, uma vez que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, prejudicada a questão no âmbito do recurso da acusação. - Transnacionalidade do tráfico provada pelas evidências de destinação do entorpecente ao exterior e percentual

reduzido ao mínimo previsto. - *Causa de diminuição do artigo 33, §4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas". Lei que é de combate ao tráfico , a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico , impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinqüência ocasional.* - Recursos parcialmente providos(ACR 32479 - Rel. Desembargador Federal Peixoto Júnior - DJF3 20.08.09, p. 302) (g.n.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 1. Diz o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades. 2. A sentença afastou a incidência da benesse pretendida sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento do paciente em organização criminosa. 3. A elevada quantidade de droga apreendida, a saber, quase um quilo de cocaína, distribuída em 83 cápsulas, ingeridas pelo paciente, o qual estava prestes a embarcar para a Holanda, é circunstância que impede o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. 4. De se ver, que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 5. Ordem denegada.
(HC 189.979/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Extrai-se, pois, dos autos, pela quantidade e natureza de substância entorpecente apreendida (3.927 g. de cocaína); a forma como estava acondicionada, de forma a dissimular a natureza do produto transportado e burlar a fiscalização; a circunstância de o réu não possuir condições financeiras para custear a viagem internacional empreendida (conforme declarou em seu interrogatório); por ter aceitado transportar droga mediante a promessa de recebimento da quantia de US$ 1.000,00; ter sido contratado em seu país de origem para o transporte de droga ao Brasil, tudo está a denotar seu enredamento com organização criminosa voltada para o comércio internacional de cocaína, arredando a incidência da norma do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas.

Desta feita, tendo sido a pena-base reduzida no julgamento da apelação para 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, sobre a qual incide a atenuante da confissão, em 01 ano, nos termos do voto vencido, passando para 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, na qual incide a causa de aumento da internacionalidade, em 1/6, resta definitiva a pena *de 07 anos de reclusão e o pagamento de 700 dias-multa*.

Portanto, pedindo *venia* ao E. Relator, *dou parcial provimento aos Embargos Infringentes e de Nulidade* para fazer prevalecer o voto vencido no ponto relativo à incidência da atenuante da confissão, tornando a pena definitiva em 07 anos de reclusão, além do pagamento de 700 dias-multa, mantendo o afastamento da minorante estabelecida no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

É como voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Revisor

APELAÇÃO CRIMINAL
0017319-62.2008.4.03.6181
(2008.61.81.017319-0)

Apelantes: NORMA BEATRIZ MAMANI LLANQUECHOQUE E ISAAC FLORES VARGAS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO TONIASSO
Classe do Processo: ACr 50806
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E INTRODUÇÃO E OCULTAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.
1. Materialidade e autoria do crime de condição análoga a de escravo suficientemente demonstradas pelo vasto conjunto probatório.
2. Crime de introdução e ocultação de estrangeiro em situação irregular também comprovado.
3. Os réus mantinham as vítimas, estrangeiras, trabalhando sem qualquer registro, evitando o alcance dos órgãos de fiscalização estatais, cerceando a liberdade de locomoção das duas, já que a ré fazia ameaças para impedi-las de sair de casa, alegando que poderiam ser detidas pela polícia, ter de pagar multas com as quais não seria responsável.
4. Penas de ambos os crimes fixadas no mínimo legal.
5. Mantida as penas restritivas de direitos.
6 Apelação da defesa desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de novembro de 2015.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto *por Norma Beatriz Mamani Llanquechoque*

e *Isaac Flores Vargas* contra a sentença de fls. 473/475 que julgou procedente a ação penal para condenar os réus, cada qual, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa pela prática do delito tipificado no art. 149, *caput*, do Código Penal e 01 (um) ano de detenção pela prática do delito tipificado no art. 125, da Lei nº 6.815/80, em regime inicial semiaberto.

As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas penas restritivas de direitos, sendo uma prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana.

Consta da denúncia que a partir de uma notícia apresentada pela estrangeira Lourdes Quisbert Zambrana, na Delegacia da Polícia Federal em Corumbá/MS, a qual informava que sua filha Jeniffer Karen Castaneta Quisbert estaria sendo submetida a trabalho em condições análogas à escravidão em São Paulo/SP, foram realizadas diligências para averiguação dos fatos e, no dia 10/12/2008, na Travessa Candida Augusta, nº 9, Vila Guilherme, São Paulo/SP, policiais federais localizaram a adolescente Jeniffer sob a guarda de *Norma Beatriz Mamani Llanquechoque* e *Isaac Flores Vargas* os quais a mantinham submetida a trabalho em condições sub-humanas.

A denúncia foi recebida em 09/01/2009 (fls. 79/80) e a sentença publicada em 20/03/2012 (fls. 476).

A defesa, em suas razões de apelo (fls. 479/483) pleiteia a absolvição dos réus ao argumento de que as afirmações das vítimas e das testemunhas são contraditórias e frágeis, não sendo aptas a embasar a condenação. Sustenta, ainda, a nulidade do feito, tendo em vista que a vítima Lourdes foi auxiliada no interrogatório policial por tradutor não juramentado. Subsidiariamente, requer que a conversão das penas restritivas de direitos cominadas na sentença por penas pecuniárias, porque aquelas iriam prejudicar o trabalho dos réus.

Com as contrarrazões, às fls. 490/494, subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, a e. Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 504/510).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Materialidade

Do crime de redução a condição análoga à de escravo.

A materialidade restou comprovada pelos contratos de trabalho firmados entre os réus e as vítimas (fls. 54/55), pelo documento de identidade de Jeniffer encontrado na bolsa da apelante Norma Beatriz (fls. 56), bem como pelos equipamentos e materiais destinados à costura encontrados na residência dos réus constatados pelos policiais que efetuaram o flagrante (fls. 02/05 e 64/67).

Autoria.

Por sua vez, a autoria também restou demonstrada tendo em vista que os réus foram flagrados mantendo Jennifer na casa em que moravam, sem dar qualquer explicação convincente acerca da permanência da menor no local.

Os depoimentos das vítimas são convincentes e claros quanto à condição delas análoga à de escravas. Em juízo, a menor Jennifer relatou às fls. 407/411:

> (...) Trabalhávamos das seis da manhã até às oito da noite porque tínhamos que entregar o trabalho; chegavam 350 peças de roupa e tínhamos que entregar o trabalho no dia; às vezes ficávamos até a meia-noite ou uma da madrugada para aprontar o pedido. Minha mãe trabalhava desde as seis da manhã até as oito da noite e às vezes até as dez ajudando na costura. Havia pausa para as refeições, por exemplo, almoço era das 13 às 14 horas e no café da manhã tínhamos meia hora. Às vezes tínhamos repouso semanal aos domingos (quando não tínhamos trabalho e saiamos com a patroa) e minha mãe trabalhava mas não nos pagavam por esse dia.; aos sábados se trabalhava e aos domingos às vezes, e não tínhamos direito a férias. (...) morávamos no local do trabalho num quarto com duas camas; eu levei comigo dois cobertores e era o que tínhamos; o quarto era limpo porque nós limpávamos e ninguém mais entrava nele; era um quarto vazio que só tinha duas camas mas não pagávamos nada por ele. Tínhamos direito a ir ao banheiro quando fosse necessário mas só podíamos usar o chuveiro uma vez por semana, além do que era frio e eu não gostava nada. Não tínhamos seguro médico nem odontológico. (...) Depois que minha mãe partiu, em 10 de dezembro, a patroa me disse que mensalmente guardaria meu salário porque talvez eu o gastasse; depois que minha mãe partiu, no primeiro, segundo mês não me pagou, eu também não lhe disse nada porque tinha medo; depois que minha partiu não me pagou nada, somente me deu 10 reais e eu tinha só o que me restava do meu salário, nada mais.

Já a mãe da adolescente Jeniffer, Lourdes Quisbert, em seu depoimento, em Juízo (fls. 401/406), relatou:

> Em parte, eles não cumpriram o prometido. Ao chegarmos lá, dissera-nos que o salário seria de 30 centavos por peça de roupa; tínhamos que aprontar umas quinhentas peças de roupa para que nos pagassem, mas não me pagaram, somente à minha filha; ela recebia uns 350 reais. (...) Meu trabalho consistia em costurar roupas, como blusas, parcas, calças e recebia encima disso; no princípio o trabalho tinha horário, já que inicialmente nos foi dito que trabalharíamos das 07h da manhã às 22h, mas, depois que chegamos, trabalhávamos das 06h às 23h, até mais tarde inclusive, de segunda-feira a sábado; (...) Uma vez por semana podíamos usar o banheiro para tomar banho e assear-nos, mas para fazer as necessidades era permitido usar quantas vezes fosse necessário. (...) quando fui, estava grávida e disse à patroa que queria ser examinada; ela me disse que eu iria mas nunca fui, dizia-me: "se você sair, a polícia irá detê-la e isso será um problema para vocês e não para mim; serão detidas e terão que pagar uma multa, e eu não terei nada que ver com isso"; por essa razão as vezes não podíamos sair. (...) Desde o princípio eles retiveram minha cédula de identidade, a carteira de vacinação e o contrato que assinamos e pelo qual nos foram cobrados 150 bolivianos, esses mesmos documentos da minha filha também foram retidos.
> (...) No dia em que eu decidi voltar, não devia nada à patroa; um dia antes de sair minha mãe me telefonou dizendo que meu filho estava mal e eu falei à patroa que iria lhe mandar dinheiro e não viajaria, mas ela não quis me emprestar porque talvez eu não lhe pagasse logo; como ela não quis me emprestar eu me armei de coragem e disse a ela que viajaria porque não queria que nada acontecesse, uma vez que minha mãe é que estava tomando conta de meu filho; teimei e então ela me disse que eu poderia viajar mas não junto com minha filha. Eu não lhe devia mais nada porque fizemos o acerto de contas do meu salário, da costura e da cozinha, e não lhe devia nenhum centavo, paguei tudo. O dinheiro da passagem de volta era proveniente do salário da minha filha, mas só deu pra chegar até a fronteira, e da fronteira eu teria que dar um jeito para retornar para a Bolívia. A patroa me disse que para eu não prejudicar minha filha, ela teria que trabalhar até o final do contrato e não poderia retornar comigo; disse-me

> para eu ir que ela própria retornaria com minha filha em dezembro. (...) No ônibus de retorno eu conheci o Sr. Juan e a Dona Adela e eles me ajudaram a regressar a La Paz.

O policial federal Erlon Alves de Souza, responsável pela diligência na residência dos acusados que culminou na prisão em flagrante destes, relatou em Juízo (mídia fls. 200) que chegou a ver Jeniffer na garagem da casa onde tinham máquinas de costura e uma mesa de corte e costura quando realizava diligência preliminar. No dia do flagrante, o depoente ressaltou que a menor exalava um odor terrível em decorrência de falta de banho, a ponto de não ser possível permanecer em uma sala em sua companhia e que o odor chamou a atenção de todos da Delegacia e no Conselho Tutelar. Também ressaltou que as demais pessoas da casa aparentavam adequadas condições de higiene em contraste com a menina. Afirmou que o documento de identidade de Jeniffer e os contratos de trabalho estavam em poder de Norma.

O outro policial federal, João Guilherme Elias, também presente no momento do flagrante, em seu depoimento em Juízo (mídia fls. 200) corroborou as informações de Erlon Alves de Souza, confirmando o forte odor exalado por Jeniffer e acrescentou que no momento em que os policiais estavam na casa, o réu Isaac chegou ao local, mas tentou evadir-se com seu carro, sendo contido pelo declarante.

A apelante Norma, em Juízo (mídia fls.427), afirmou que conheceu as vítimas em uma festa de bolivianos em São Paulo e que Lourdes lhe pediu emprego. Afirmou que Lourdes e Jeniffer trabalharam em sua casa, mas que Lourdes trabalhou por pouco tempo porque estava grávida. Admitiu que emprestou dinheiro para Lourdes retornar para a Bolívia ver seu filho doente e, como parte do acordo, Jeniffer deveria ficar trabalhando em sua casa até o dia 25 de dezembro. Admitiu que pagava salário abaixo do mínimo e que proibia a menor de tomar banhos.

O réu Isaac, em Juízo (mídia fls. 427), afirmou que acolheu Lourdes e Jeniffer e que não exerciam qualquer trabalho. Depois declarou ter notado que Lourdes aparentava estar grávida afirmando que, nessa condição, ela não poderia trabalhar. Alegou que somente ele e sua esposa Norma trabalhavam com costura, não sabendo esclarecer o motivo de possuir quatro máquinas de costura. Disse ter pago R$400,00 (quatrocentos reais) à Lourdes a título de "verbas rescisórias" e que esta deixou sua filha na residência do casal porque não tinha dinheiro para levá-la para a Bolívia, mas não explicou porque faltava dinheiro à Lourdes se ela havia recebido dele a referida quantia. Também negou que proibia as vítimas de tomarem banho.

Com efeito, restou comprovada a restrição à liberdade de locomoção da vítima Jeniffer, tendo em vista que seu documento de identidade encontrava-se em poder da ré Norma como garantia da permanência a vítima no Brasil.

Não há como acatar o argumento dos réus de que estariam hospedando as vítimas por bondade, uma vez que não foram apresentadas quaisquer provas desse comportamento, muito pelo contrário, restou comprovado que as vítimas eram mantidas com a única finalidade de trabalhar quase que gratuitamente, em condições degradantes e sem liberdade de locomoção.

Com efeito, as versões apresentadas pelos acusados são contraditórias e se distanciam das provas coligidas aos autos e a situação acima descrita caracteriza as condutas previstas no artigo 149, do Código Penal.

Assim, diante do extenso conjunto probatório apresentado que se mostrou totalmente desfavorável aos réus, mister a manutenção da r. sentença.

Do crime tipificado no art. 125, da Lei nº 6.815/80.

A materialidade e autoria do delito são comprovadas no momento que Norma Beatriz trouxe de forma clandestina Jeniffer e Lourdes para trabalhar no Brasil desprovidas de documentos que indicassem situação de introdução e permanência regular no país. Isaac, companheiro de Norma Beatriz, concorreu para a ocultação de Jeniffer e de sua mãe Lourdes, praticando, desta forma, o crime apontado na modalidade ocultação.

Conforme depoimento de Lourdes, confirmado por sua filha Jeniffer, em agosto de 2008, Lourdes e sua filha conheceram Norma Beatriz por meio de anúncio de emprego em uma agência especializada em *El Alto*, na Bolívia, que oferecia emprego no Brasil. A oferta promovida pela ré indicava que o pagamento do serviço seria realizado em euros, a proposta foi aceita e as despesas da viagem foram pagas por Norma Beatriz.

Os relatos das testemunhas podem ser confirmados através dos contratos de trabalho (fls. 54/55) celebrados com as vítimas, assinados em 31/07/2008, redigidos em espanhol e mencionam como local da contratação a cidade de *El Alto*, o que afasta por completo a declaração dada pela ré Norma que disse ter conhecido as vítimas já no Brasil, em uma festa de bolivianos em São Paulo, em 16/08/2008.

Também restou comprovado que os réus mantinham as vítimas, estrangeiras, trabalhando sem qualquer registro, evitando o alcance dos órgãos de fiscalização estatais, cerceando a liberdade de locomoção das duas, já que Norma fazia ameaças para impedi-las de sair de casa, alegando que poderiam ser detidas pela polícia, ter de pagar multas pelas quais não seria responsável.

Desse modo, restaram bem delineadas a materialidade e autoria delitiva do crime do art. 125, inc. XII, da Lei nº 6.815/80.

Presente conjunto probatório coeso e harmônico, não prosperando a pretensão defensiva pela absolvição.

Pleiteia a defesa o reconhecimento da nulidade processual, vez que Lourdes, ao prestar as primeiras informações à Policia, contou com o auxílio de Juan Pareja Rios para comunicar-se com os policiais, não sendo ele tradutor juramentado.

Não há como acolher a tese da defesa porque a tradução juramentada não é necessária em sede inquisitorial, posto que meramente informativa e não sujeita a contraditório, não tendo o condão de gerar nulidade na ação penal, além disso, a lei processual penal exige intérprete nomeado somente a depoimentos prestados no curso do processo judicial.

Assim, diante do extenso conjunto probatório apresentado que se mostrou totalmente desfavorável aos réus, mister a manutenção da r. sentença.

Dosimetria das penas.

Não houve insurgência da defesa no tocante às penas privativas de liberdade que foram fixadas para ambos os réus e crimes no seu mínimo legal.

Requer a defesa a modificação das penas restritivas de direito que consistem em uma prestação de serviço à comunidade e limitação de final de semana, por apenas penas pecuniárias.

Não assiste razão a defesa. De acordo com o descrito nos autos, verifica-se que os réus não possuem boa condição econômica, o que pode acarretar prejuízo ao sustento deles e de sua família, razão pela qual deve ser mantida a pena a eles imposta.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo da defesa.

É como voto.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0001997-58.2012.4.03.6117
(2012.61.17.001997-7)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: ALCEDIR RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: ACr 63692
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ARTIGO 19 DA LEI 7.492/86. CRIME FORMAL. INAPLICABILIDADE PRINCÍPIO DA INSGNIFICANCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESE. SENTENÇA REFORMADA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA RATIFICADO. APELO PROVIDO.

1. O delito de obter empréstimo em instituição financeira utilizando-se de meio ou expediente fraudulento configura crime formal, que independe de prejuízo ou lesão efetiva à vítima direta para sua configuração, bastando que se perfaça o nexo entre o texto abstrato do tipo e a circunstância concreta apurada em um processo criminal. Precedente do C. STJ. Doutrina.

2. O tipo contido no art. 19 da Lei 7.492/86 tutela na esfera penal não somente a solidez do sistema financeiro, mas também sua credibilidade e suas condições de operação, que são afetadas por tentativas ou operações como as descritas na denúncia de fls. 107/108. Não se protegem, pois, apenas os recursos do sistema financeiro como um todo, ou da instituição financeira especificamente vitimada pelo delito concreto, mas a higidez do sistema em sentido amplo, que pode ser traduzida como todas as condições de credibilidade e proteção não apenas das instituições financeiras, mas, principalmente, de todo o sistema econômico que as utiliza, em especial os pequenos clientes e consumidores que são indiretamente afetados pelos crimes contra o sistema financeiro, por terem que arcar (mediante pagamento das "taxas bancárias" e demais cobranças para fundos efetivadas para fins de cobertura das fraudes que alguns perpetram), ao fim e ao cabo, com os custos gerados às próprias instituições financeiras por fraudes de toda espécie. Esse fenômeno constitui verdadeira translação econômica dos impactos de práticas delitivas contra o sistema financeiro, e deve ser avaliado como consequência dos crimes praticados contra este.

3. Trata-se, em suma, de delito pluriofensivo, instituído em defesa de diversos bens jurídicos, e que, nesses termos, independe de uma mensuração exata e concreta de lesão para sua configuração, mormente se tal mensuração de potenciais ou efetivos prejuízos for feita tomando por base apenas o poderio econômico de uma instituição do porte da suposta vítima direta da prática apurada nestes autos (o Banco Itaú S.A.).

4. O valor exato do financiamento não possui relação com a configuração concreta do tipo penal constante do art. 19 da Lei 7.492/86. O elemento essencial é que se obtenha

financiamento de qualquer valor, utilizando-se, para tanto, de *expediente fraudulento apto a, ao menos de início, conseguir operar o resultado* (ainda que a ação eficiente dos mecanismos de controle da própria instituição ou do aparato estatal impeça a consumação final do delito, ou ainda, seu exaurimento). Tal fato constitui, por si, o delito, afetando os bens jurídicos afetados pelo enunciado normativo em comento.
5. O princípio da insignificância não poderia ser aplicado à espécie, ainda que se entenda que o tipo constante do art. 19 da Lei 7.492/86 constitui crime material (de resultado). A significância da lesão (nos termos do que descreveu a preambular acusatória) é clara, e, embora não pudesse causar abalo grave no patrimônio da vítima (banco de grande porte), afeta tanto os seus recursos (ainda que em pequena escala) quanto, e em maior medida, a credibilidade do sistema financeiro e da própria eficácia social das normas penais, no seu aspecto preventivo geral, ou seja, do próprio sentimento social generalizado de ausência de efetividade da norma que pune condutas consideradas pelo ordenamento como penalmente ilícitas.
6. Inocorrentes *in concreto* as hipóteses para absolvição sumária, deve o recebimento da denúncia ser ratificado, com o regular seguimento do feito no juízo de origem.
7. Apelo ministerial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso de apelação e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reformando integralmente a decisão que decretou a absolvição sumária do réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque, ratificar o recebimento parcial da denúncia de fls. 107/108 (nos termos da decisão de fls. 109/110v), e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem, para regular seguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença de fls. 169/170v, que absolveu sumariamente o réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque quanto à imputação de prática do delito tipificado no art. 19 da Lei 7.492/86, nos autos de ação penal pública incondicionada em face do referido réu movida pelo *Parquet* federal.

Narrou a denúncia (fls. 107/108) que, no dia 02 de maio de 2011, o acusado Alcedir Rodrigues de Albuquerque adquiriu, pelo valor de R$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais) um veículo GM/Astra, ano 2009, na concessionária "Avenida Veículos", localizada na cidade de Jaú/SP; para tanto, financiou a compra junto ao Banco Itaú. Após tal prática, teria sido a seguinte a sequência de fatos, segundo a exordial acusatória (fl. 107):

> Posteriormente, restou apurado que, para a referida transação, o denunciado se utilizou de documentos falsos titularizados, na verdade, pela pessoa de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS,

cujos dados qualificativos estavam incorretos, não sendo sua a fotografia do RG apresentado. Uma vez constatada a irregularidade, o veículo foi, em tempo, recolhido pelo dono da concessionária Avenida Veículos, SÉRGIO VALTER ARONI, retornando ao estabelecimento, tendo sido desfeito o negócio. A documentação original de OLÍMPIO nunca foi apresentada pelo denunciado, que, na verdade, era ex-enteado de OLÍMPIO.

Inconformado, o denunciado ALCENIR tentou, ainda, adquirir novo veículo na cidade de Lençóis Paulista, SP, fazendo novamente uso de documentos falsos em nome de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS.

A materialidade do crime se encontra comprovada pela cópia dos documentos de OLÍMPIO PIRES DE CAMPOS, juntada aos autos, cópia do comprovante e do contrato de financiamento correspondente.

Segundo depoimento de OLÍMPIO, em sede policial, ALCENIR teria tido acesso aos seus documentos, ao tempo em que aquele conviveu com sua mãe, falsificando-os, colocando nele (sic) fotografia diversa da sua e outros dados qualificativos. Desta forma, tentou financiar o referido veículo, não alcançando, porém, obtê-lo.

Igualmente o funcionário do Banco Itaú, JULIO CESAR BASSAN, ao intermediar o financiamento do mesmo veículo, comparecendo pessoalmente na concessionária, constatou que os documentos apresentados pelo denunciado eram cópias fraudulentas, sendo, então, cancelada a concessão de crédito, já que Alcenir estaria passando-se por OLÍMPIO.

Ao cabo, requereu o órgão ministerial o recebimento da denúncia, e, ao fim do processo, a condenação do réu pela prática, por duas vezes, da conduta prevista no art. 19 da Lei 7.492/86, c/c art. 14 do Código Penal.

Denúncia recebida parcialmente ("somente quanto ao financiamento realizado na cidade de Jaú/SP, relativo ao veículo GM/Astra, ano 2009") em 23 de julho de 2013 (fls. 109/110v).

O Ministério Público Federal apresentou proposta de suspensão condicional do processo (fls. 117/118).

A proposta de suspensão condicional foi retirada, ante a informação (contida na fl. 144) de que o réu se encontrava preso por outro delito (fls. 150/150v).

Após apresentação de resposta à acusação (fls. 166/167), sobreveio sentença de absolvição sumária (fls. 169/170v). Entendeu o MM. Magistrado *a quo* que, "se o ilícito de que se tem notícia não embute o risco de abalar as finanças do banco, inexiste a potencialidade de lesão ao Sistema Financeiro Nacional. Não se vislumbra, pois, lesão jurídica à capitulação do artigo 19, da Lei nº 7492/86" (fl. 169v). No dispositivo, absolveu sumariamente o réu, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal, e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual, para apuração de eventuais crimes cujo julgamento se inseriria em sua competência.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação (fl. 174). Razões de apelação (fls. 175/182), no bojo das quais o órgão ministerial argumenta, em síntese, não haver necessidade de a prática delitiva causar abalo ao Sistema Financeiro Nacional, mas sim causar comprometimento em sua credibilidade, bem como influírem ou impactarem, em alguma medida, nos próprios custos de manutenção e concessão do capital. Ademais, que não foram atendidos os requisitos para aplicação do princípio da insignificância no caso concreto. Ao fim, requer o *Parquet* a reforma da sentença, para que se ratifique o recebimento da denúncia, e dê-se prosseguimento ao feito.

Contrarrazões do réu (representado pela Defensoria Pública da União), pugnando pela manutenção da sentença (fls. 185/186).

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 190/192v), opinando pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo ao exame de mérito.

O apelo ministerial deve ser provido.

O Magistrado sentenciante assim expôs as razões para absolver sumariamente o réu, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal (fls. 169v/170):

> Note-se que a norma penal cabe ser aplicada na estrita proteção do bem jurídico a que tutela. No caso, a higidez do Sistema Financeiro Nacional. Conforme lições de MANOEL PEDRO PIMENTEL e RODOLGO TIGRE MAIA. Para o primeiro o objeto jurídico do tipo penal é a "execução da política econômica do Governo, ofendida com a conduta fraudulenta do agente" (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Editora Revista dos Tribunais/SP, 1987, p. 49). Para o segundo, a "a objetividade jurídica imediata é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do SFN e, por extensão, de seus investidores, poupadores, acionistas, etc." (Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 144-145). Se o ilícito de que se tem notícia não embute o risco de abalar as finanças do banco, inexiste a potencialidade de lesão ao Sistema Financeiro Nacional. Não se vislumbra, pois, lesão jurídica à capitulação do artigo 19, da Lei nº 7.492/86.
> É preciso considerar que o Direito é uma ciência eminentemente axiológica, não cabendo a positividade penal ser aplicada como um "prius". Exige-se para a condenação a presença de todas as forças, objetivas e subjetivas, que formam o delito. Por isso, no Estado Democrático de Direito, impõe-se a apreciação judicial que garanta aos acusados a valoração do "substantive process", em cumprimento ao artigo 5º, inciso LIV , da Constituição Federal.
> (...)
> Não é despropósito pensar-se o artigo 19 como norma penal em branco, com a necessidade de complementação administrativa.
> Enfim, o fato não alcançou proporções que pudessem colocar em risco o Sistema Financeiro Nacional, sendo esta circunstância cardeal para o deslinde do processo.
> Destarte, reconheço na espécie a situação jurídica prevista no artigo 397, III, do Código de Processo Penal, não restando presente a adequação típica da conduta à previsão do artigo 19 da 7.492/86.

A fundamentação parece remeter ao princípio da insignificância. Isso porque não contestou o nexo de tipicidade formal entre a conduta narrada na denúncia e o delito previsto no art. 19 da Lei 7.492/86. A absolvição sumária ocorreu porque, ainda que ao final se comprovasse haver tal nexo formal de tipicidade, não haveria risco de lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pelo texto normativo em comento.

Anoto, por primeiro, que o crime de obter empréstimo em instituição financeira utilizando-se de meio ou expediente fraudulento configura crime formal, que independe de resultado naturalístico para sua configuração, bastando que se perfaça o nexo entre o texto abstrato do tipo e a circunstância concreta apurada em um processo criminal. Tal fato constitui uma grande diferença entre este tipo específico e o estelionato genérico (Código Penal, art. 171), em

cuja dicção consta expressamente a previsão de efetivo prejuízo da vítima para configuração do nexo típico. No mesmo sentido quanto à classificação do crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86, trago precedente do C. STJ, também citado no parecer da d. Procuradoria Regional da República:

> RECURSO ESPECIAL. FRAUDE NA OBTENÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, NA MODALIDADE LEASING FINANCEIRO. FATO QUE SE ENQUADRA NO TIPO PENAL DO ARTIGO 19 DA LEI 7.492/86. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO QUANTO À QUESTÃO SUBSIDIÁRIA SUSCITADA NO RECURSO ESPECIAL: SÚMULA/STF Nº 282. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, EM PARTE, E NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. 1. No presente recurso especial, os recorrentes alegam, inicialmente, que o contrato de arrendamento mercantil, na modalidade leasing financeiro, não se identifica com o contrato de financiamento propriamente dito, e, portanto, ainda que efetivado mediante fraude, não configura o delito previsto no artigo 19 da Lei 7.492/86, o que seria imprescindível para atrair a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (artigo 109, inciso VI, da Constituição da República, combinado com o artigo 26 da Lei 7.492/86). 2. Não se nega que, realmente, a operação de arrendamento mercantil, na modalidade leasing financeiro, constitui um negócio autônomo, com características próprias que o diferenciam do financiamento propriamente: basta ver que, no financiamento, o objeto financiado passa a ser, desde logo, do mutuário, o que não ocorre com o leasing. 3. Ocorre que o fato de o leasing financeiro não constituir financiamento não afasta, por si só, a configuração do delito previsto no artigo 19 da Lei 7.492/86: embora não seja um financiamento, este constitui o núcleo ou elemento preponderante dessa modalidade de arrendamento mercantil (v.g., RE 547.245, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 02/12/2009, DJe 04/03/2010). Logo, ao se fazer um leasing financeiro, se obtém, invariavelmente, um financiamento, e o tipo penal em análise - artigo 19 da Lei 7.492/86 - se refere, exatamente, à obtenção de financiamento mediante fraude, sem exigir que isto ocorra num contrato de financiamento propriamente dito. 4. Quanto à tese subsidiária suscitada pelos recorrentes, no sentido de que as condutas a eles imputadas, de qualquer modo, não configurariam o delito do artigo 19 da Lei 7.492/86, já que "o leasing obtido pelos acusados foi deferido pelo Banco Santander Noroeste Leasing Arrendamento Mercantil S/A", e, "portanto, sem recursos do estado ou com recursos por ele administrados", o que, segundo defendem, seria imprescindível para a configuração do delito em questão (fls. 620), o recurso não pode se conhecido, tendo em vista a ausência, nessa parte, do indispensável prequestionamento (Súmula/STF nº 282). 5. Ressalte-se, ademais, que, ainda que ultrapassado este óbice, o recurso, no ponto, seria igualmente inviável: para a configuração do delito, basta a obtenção, mediante fraude, de financiamento "em instituição financeira", e a própria Lei 7.492/86, em seu artigo 1º, define o que, para os seus efeitos, deve se considerar instituição financeira, definição que não leva em consideração se há, ou não, a utilização de recursos advindos do Estado ou por este administrados, e que, além disso, abrange perfeitamente a instituição financeira com a qual, na espécie, os recorrentes teriam firmado o negócio jurídico. A única diferenciação que se faz é que, em tese, se o crime for praticado em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento, incide, ainda, a causa de aumento da pena prevista no parágrafo único do artigo 19 da Lei 7.492/86. Cuida-se, por outro lado, de delito formal, que tem como como sujeito passivo principal o Estado e não a instituição financeira eventualmente lesada, até porque a norma penal objetiva assegurar, em última análise, a própria credibilidade do mercado financeiro e a proteção do investidor, o que não se cumpriria a contento, acaso o seu âmbito de incidência não abarcasse todas as instituições financeiras, quer se utilizem, ou não, de recursos advindos ou administrados pelo Estado. 6. Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa parte, não provido. ..EMEN:(RESP 200401693680, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/08/2010 ..DTPB:.)

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona ser o referido delito de natureza formal, porquanto "não depende da ocorrência de efetivo prejuízo para a instituição ou para o mercado financeiro" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 662). Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda, conquanto classifiquem tal delito como material (em virtude da efetivação de fraude para a configuração concreta do delito), também asseveram que o crime previsto no art. 19 da Lei 7.492/86 resta configurado sem que haja necessidade de prejuízo efetivo da instituição financeira (cf. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 227-229). A desnecessidade de comprovação de efetivo prejuízo para a instituição financeira que concede o financiamento (ou quase concede, mas por seus mecanismos de controle ou por ação externa consegue impedir a tempo a consumação do delito) decorre do próprio texto normativo do art. 19 da Lei 7.492/86, o qual claramente não exige a ocorrência de resultado naturalístico consistente em prejuízo da vítima direta (a instituição financeira). Cito a dicção do tipo:

> Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:
> Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
> Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

O dispositivo em exame tutela na esfera penal não somente a solidez do sistema financeiro, mas também sua credibilidade e suas condições de operação, que são afetadas por tentativas ou operações como as descritas na denúncia de fls. 107/108. Não se protegem, pois, apenas os recursos do sistema financeiro como um todo, ou da instituição financeira especificamente vitimada pelo delito concreto, mas a higidez do sistema em sentido amplo, que pode ser traduzida como todas as condições de credibilidade e proteção não apenas das instituições financeiras, mas, principalmente, de todo o sistema econômico que as utiliza, em especial os pequenos clientes e consumidores que são indiretamente afetados pelos crimes contra o sistema financeiro, por terem que arcar (mediante pagamento das "taxas bancárias" e demais cobranças para fundos efetivadas para fins de cobertura das fraudes que alguns perpetram), ao fim e ao cabo, com os custos gerados às próprias instituições financeiras por fraudes de toda espécie. Esse fenômeno constitui verdadeira translação econômica dos impactos de práticas delitivas contra o sistema financeiro, e deve ser avaliado como consequência dos crimes praticados contra este.

Trata-se, em suma, de delito pluriofensivo, instituído em defesa de diversos bens jurídicos, e que, nesses termos, de lesão para sua configuração, mormente se tal mensuração de potenciais ou efeitos prejuízos for feita tomando por base apenas o poderio econômico de uma instituição do porte da suposta vítima direta da prática apurada nestes autos (o Banco Itaú S.A.).

Interpretação outra, além de escapar aos limites semânticos de disposição legal que não possui em si qualquer vício de inconstitucionalidade, faria puníveis pela Lei 7.492/86 apenas crimes de escala gigantesca. No caso do artigo 19 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seria a escala suficiente do financiamento para abalar a solidez do sistema como um todo? A própria história recente de problemas de ordem bilionária em instituições financeiras (inclusive levando algumas à bancarrota) mostra que estes não afetaram o sistema como um todo, se isso for entendido como sinônimo de risco real de quebra das grandes instituições, corrida de saques ou queda desabalada nas ações comercializadas por bancos em bolsas de valores.

Poder-se-ia, então, dizer que fraudes da ordem das centenas de milhões de reais não configuram sob o prisma material condutas típicas para fins de aplicação da Lei 7.492/86? Considero não ser tal interpretação consentânea seja com a referida Lei, seja com o ordenamento em seu todo, e a consequente vinculação dos órgãos jurisdicionais aos comandos (válidos, por óbvio) que emanam das normas superiores do sistema. Pelo que expus até aqui, concluo que o valor exato do empréstimo não possui relação com a configuração concreta do tipo penal constante do art. 19 da Lei 7.492/86. O elemento essencial é que se obtenha financiamento de qualquer valor, utilizando-se, para tanto, de *expediente fraudulento apto a, ao menos de início, conseguir operar o resultado* (ainda que a ação eficiente dos mecanismos de controle da própria instituição ou do aparato estatal impeça a consumação final do delito, ou ainda, seu exaurimento). Tal fato constitui, por si, o delito, afetando os bens jurídicos afetados pelo enunciado normativo em comento.

Em segundo lugar, o princípio da insignificância não poderia ser aplicado, ainda que se entenda que o tipo constante do art. 19 da Lei 7.492/86 constitui crime material (de resultado). Isso porque, para que se configure situação enquadrada no conceito penal de "insignificância" ou "bagatela", o fato deve preencher vários requisitos ligados ao grau mínimo de ofensividade (em sentido amplo) da conduta, a tornar injustificável, em especial do ponto de vista dos direitos fundamentais, a incidência de norma penal. Tais requisitos são bem sintetizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostram os precedentes abaixo:

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 95, "D", DA LEI N 8.212/91, ATUALMENTE PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS AUSENTES. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. DELITO QUE TUTELA A SUBSISTÊNCIA FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, BEM JURÍDICO DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; HC 97036/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; HC 93021/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009. 2. *In casu*, os pacientes foram denunciados pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias no valor de R$ 3.110,71 (três mil, cento e dez reais e setenta e um centavos). 3. Deveras, o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a "subsistência financeira à Previdência Social", conforme assentado por esta Corte no julgamento do HC 76.978/RS, rel. Min. Maurício Corrêa ou, como leciona Luiz Regis Prado, "o patrimônio da seguridade social e, reflexamente, as prestações públicas no âmbito social" (Comentários ao Código Penal, 4. ed. - São Paulo: RT, 2007, p. 606). 4. Consectariamente, não há como afirmar-se que a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente é de grau reduzido, porquanto narra a denúncia que este teria descontado contribuições dos empregados e não repassado os valores aos cofres do INSS, em prejuízo à arrecadação já deficitária da Previdência Social, configurando nítida lesão a bem jurídico supraindividual. O reconhecimento da atipicidade material *in casu* implicaria ignorar esse preocupante quadro. Precedente: HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada.(STF, HC 102.550, PRIMEIRA TURMA, REL. MIN. LUIZ FUX, j. em 20.09.2011.)

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE DENUNCIADO POR FURTO QUALIFICADO TENTA-

DO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DA COISA FURTADA QUE REPRESENTAVA QUASE 30% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. TENTATIVA REALIZADA MEDIANTE ESCALADA, DURANTE O REPOUSO NOTURNO. FURTO INSIGNIFICANTE. FURTO PRIVILEGIADO. DISTINÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II - Não se pode considerar irrelevante a tentativa de furto de um aparelho celular avaliado em R$ 130,00, valor que, à época dos fatos, representava quase 30% do salário mínimo então vigente. III - O acusado tentou praticar o delito mediante escalada, durante a madrugada, comportamento que, ante a significativa ofensividade e reprovabilidade, não pode ser considerado insignificante e demonstra a necessidade da tutela penal. IV - Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V - Convém distinguir, ainda, a figura do furto insignificante daquele de pequeno valor. O primeiro, como é cediço, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta, ante a aplicação do princípio da insignificância. Já no que tange à coisa de pequeno valor, criou o legislador a causa de diminuição referente ao furto privilegiado, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal. VI - Ordem denegada. (STF, HC 109.081, SEGUNDA TURMA, RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 13.09.2011.)

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO. CONTUMÁCIA DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado "princípio da insignificância" e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que "a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa" (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. 4. Não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica, de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que em outros dois processos já teve reconhecida a atipicidade de sua conduta em face do pequeno valor dos bens subtraídos, além de responder a três ações penais pela prática de crimes da mesma espécie. 5. Ordem denegada. (STF, HC 114.462, SEGUNDA TURMA, REL. MIN, TEORI ZAVASCKI, j. em 11.03.2014.)

Portanto, os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do C. STF para que se configure situação de insignificância da conduta para fins penais são assim sintetizados: *a)* mínima ofensividade da conduta do agente, *b)* nenhuma periculosidade social da ação, *c)* grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, *d)* inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A conduta descrita na denúncia não se enquadra nos requisitos acima descritos. Com efeito, utilizar de documentos de ex-marido da mãe, em tese fraudando elementos de tais documentos, para, deles se utilizando, buscar efetivar empréstimo para a compra de automóvel, é conduta que, em tese, possui ao menos razoável grau de reprovabilidade (muito além do grau mínimo exigido para que se a entenda como "insignificante" para fins jurídico-penais). Além disso, a lesão jurídica que seria causada em caso de efetivação da conduta seria de quase quarenta mil reais, o que em muito foge aos limites de aplicação da insignificância até mesmo das lesões econômicas ao ente de maior poder econômico existente no país, qual seja, a União Federal.

A significância da lesão (nos termos do que descreveu a preambular acusatória) é a meu ver evidente, e, embora não pudesse causar abalo grave no patrimônio da vítima direta (banco de grande porte), afeta tanto os seus recursos (ainda que em pequena escala) quanto, e em maior medida, a credibilidade do sistema financeiro e da própria eficácia social das normas penais no seu aspecto preventivo geral, ou seja, do próprio sentimento social generalizado de ausência de efetividade da norma. Destaco não ser, a toda evidência, esse o intuito dos Magistrados que, ao procederem à aplicação do ordenamento em sede penal, fazem interpretações mais abrangentes quanto à extensão do princípio da insignificância. No entanto, é dever de todos os órgãos jurisdicionais, especialmente em sede recursal, atentar-se para todos os aspectos empíricos e normativos complexos que envolvem a noção de "insignificância penal" como manifestação do próprio sistema jurídico e limitação decorrente do respeito aos direitos fundamentais de todos os submetidos ao ordenamento brasileiro, em especial, o direito de liberdade. Isso significa, de um lado, ter em tela a possibilidade de aplicação de tal princípio; de outro, porém, examinar com cuidado seus limites, para que situações de efetiva lesão (real ou potencial), puníveis nos termos da legislação penal, sejam consideradas atípicas indevidamente.

Com essas considerações, também sob o prisma dos requisitos para incidência do princípio da insignificância a conduta imputada ao réu, em tese e nessa etapa de análise, não pode ser considerada como atípica.

Por derradeiro, consigno que não se está aqui de forma alguma a dizer que as condutas narradas na denúncia foram provadas. Para os fins de julgamento do pleito trazido no apelo ministerial, cumpre apenas avaliar se as condutas, na forma narrada na denúncia, são em tese típicas, e se há elementos mínimos a sustentar a *opinio delicti*.

Presentes tais requisitos, e ausentes outras causas de absolvição sumária, deve a decisão recorrida ser reformada, prosseguindo-se o feito nos termos da legislação processual penal, para fins de apuração concreta dos fatos narrados na inicial acusatória.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, no mérito, dou-lhe provimento, para, reformando integralmente a decisão que decretou a absolvição sumária do réu Alcedir Rodrigues de Albuquerque, ratificar o recebimento parcial da denúncia de fls. 107/108 (nos termos da decisão de fls. 109/110v), e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem, para regular seguimento do feito.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000060-12.2013.4.03.6106
(2013.61.06.000060-7)

Apelante: LUCIANO MARCOS CREMONE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSE DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe de Processo: ACr 63047
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

EMENTA

PENAL. CRIMES DO ART. 29, § 1º, III E § 4º, I, DA LEI Nº 9.605/98 E DO ART. 296, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME CONTINUADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1. Foram identificadas anilhas violadas, com corte longitudinal a indicar que não pertenciam originariamente às aves que as carregavam, fato que era possível constatar mediante inspeção ocular, ainda que para a identificação de irregularidades em outras anilhas fosse preciso a utilização de um aparelho específico, o paquímetro.
2. O dolo das condutas exsurge das circunstâncias fáticas e da sua condição de criador de aves autorizado pelo IBAMA.
3. As condutas atingiram o meio ambiente e a fé pública, cuja relevância é penalmente protegida pelo Estado. Protege-se todo o ecossistema, gravemente atingido quando aves adultas são retiradas do seu *habitat* e criadas em cativeiro sem autorização.
4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação tão somente para afastar o aumento de pena referente à continuidade delitiva do crime do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Luciano Marcos contra a sentença que julgou procedente o pedido e o condenou a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial aberto, e a 15 (quinze) dias-multa no valor mínimo legal pelo delito do art. 29, § 1º, III e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 e 296, § 1º, I, e art. 70, ambos do Código Penal. a pena privativa

de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos (fls. 162/166 e 175).

A defesa apela com as seguintes razões:

a) nada há de relevante nos depoimentos das testemunhas ouvidas durante a instrução processual;

b) não há prova segura de que o réu tenha concorrido para a prática da infração penal;

c) a conduta praticada pelo réu, de uso indevido de selo público (anilha), bem como de manter em cativeiro espécimes da fauna silvestre sem a devida autorização da autoridade competente, embora formalmente típica, não é dotada de antinormatividade numa concepção material da tipicidade penal;

d) o acusado é pessoa simples, trabalhadora e com bons antecedentes;

e) a fixação da pena é extremamente rigorosa e deve ser revista;

f) requer a absolvição dada a falta de relevância penal da conduta (fls. 189/191).

Contrarrazões às fls. 210/213.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para que seja afastada a causa de aumento pela continuidade delitiva (fls. 219/227).

Feito sujeito à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Denúncia. Luciano Marcos Cremone foi denunciado pelo delito do art. 29, § 1º, III e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 e do art. 296, § 1º, I, do Código Penal, porque em 27.12.11, por volta das 10h30, recebeu policiais militares em sua residência, sendo constatado que mantinha em cativeiro diversos pássaros pertencentes à fauna silvestre nativa, sendo 3 (três) Canários da terra, 1 (uma) graúna, 3 (três) Trinca ferro, 1 (um) Tempera viola e 1 (um) Azulão, todos anilhados, além de dois canários sem anilhas de identificação.

Pela medição das anilhas, contatou-se que 8 (oito) dos 9 (nove) anilhamentos apresentavam irregularidades, sendo que o laudo pericial constatou que duas anilhas eram falsas e seis autenticas porém violadas ou adulteradas.

A espécie Cyanocompsa (vulgo Azulão) encontra-se na lista oficial de espécies ameaçadas de extinção, conforme laudo de fl. 48.

O acusado fez uso indevido de selo público (anilha), bem como manteve em cativeiro espécimes da fauna silvestre nativa sem a devida autorização da autoridade competente (fls. 74/76).

Materialidade. A materialidade restou provada com base no boletim de ocorrência e laudo de constatação (fls. 5/6), pelo auto de apreensão de oito anilhas (fl. 8) e pelo laudo pericial de fls. 30/35, conclusivo de que três anilhas eram autenticas, com vestígios de adulteração mecânica, duas anilhas eram autênticas mas foram violadas, duas anilhas eram falsas com vestígios de gravação manual e violadas e, por fim, que uma anilha era autêntica, com vestígios de adulteração mecânica, que também foi violada.

Autoria. A autoria restou provada.

Luciano Marcos Cremone foi condenado pelo delito do art. 29, § 1º, III e §4º, I, da Lei nº 9.605/98 e art. 296, § 1º, I, do Código Penal, c. c. o art. 70 do mesmo diploma legal, porque tinha em cativeiro espécimes da fauna silvestre, entre elas uma ave ameaçada de extinção, sem a devida autorização da autoridade competente, bem como porque fez uso de selo ou sinal público falsificado, tendo em vista as anilhas falsas apreendidas em sua residência e que marcavam os pássaros que criava.

Luciano disse na fase policial ser criador amador com registro no IBAMA havia cerca de três anos. Mencionou que tinha autorização para criar pássaros. Confirmou que os policiais lograram encontrar em sua casa oito pássaros que usavam anilhas adulteradas, sendo que um filhote estava sem anilha. Alegou que tentou várias vezes entrar no sistema SISPASS para adquirir anilha para o filhote, porém o sistema estava sempre fora do ar. Admitiu ser o proprietário das aves e alegou desconhecer a adulteração das peças, já que nunca pegara as aves com as mãos, tendo-as adquirido de diversas pessoas, cujos nomes não mais se lembrava. Assim, não sabia que as anilhas estavam violadas (fls. 58).

O réu não compareceu à audiência de instrução para ser interrogado, sendo decretada a revelia (fls. 137/140).

Os policiais militares ambientais que participaram da diligencia prestaram depoimentos às fls. 138, 139.

O laudo pericial é esclarecedor acerca das características das anilhas, da forma e momento de sua colocação, bem como das violações encontradas nas 8 (oito) anilhas apreendidas.

> As anilhas fornecidas pelo IBAMA apresentam inscrições alfanuméricas que identificam aves da fauna silvestre nascidas em cativeiro e mantidas em plantéis regularizados no Cadastro de Criadores de Passeriformes (SISPASS), o que permite ao IBAMA fiscalizar a criação, posse e comercialização dessas aves. As anilhas são colocadas na perna (tarso) dos filhotes entre 5 e 8 dias de vida (existe um diâmetro de anilha adequado para cada espécie de ave), não sendo mais possível colocá-las ou retirá-las após este tempo, sob o risco de causar lesões nos animais. Por se tratar de sinais identificadores públicos, a fabricação destas anilhas está sujeita a normas que determinam suas especificações como dimensões, limites de tolerância e qualidade das inscrições, sendo então possível identificar, por comparação, eventuais adulterações e falsificações.
> (...)
> As anilhas 4, 5, 6, 7 e 8 foram recebidas violadas, ou seja, com cortes longitudinais que permitiam sua abertura e fechamento. O Perito esclarece que as anilhas "IBAMA" são invioláveis, ou seja, sem cortes.
> (...)
> Foi constatado que as anilhas questionadas descritas nos itens 1, 2, 3, 5, 6 e 8 da tabela I apresentavam medidas divergentes, em especial as medidas do diâmetro interno. A tolerância máxima desta medida, informada pelo fabricante das anilhas oficiais, é de 0,10 mm. Por estar danificada, não foi possível realizar a medição dos diâmetros da anilha 7.
> (...)
> Na comparação entre as anilhas questionadas com a inscrição "IBAMA" e os padrões, constatou-se que a qualidade e o aspecto geral das inscrições estampadas nas anilhas questionadas descritas nos itens 5 e 6 não eram compatíveis, apresentando vestígios de gravação manual dos caracteres. As demais anilhas apresentaram aspecto geral das inscrições gravadas compatíveis com o padrão. (fls. 30/35)

Concluiu-se que as anilhas 1, 2 e 3 eram autênticas, com vestígios de adulteração mecânica de diâmetro, a anilha 4 era autêntica e violada, a anilha 5 era falsa, com vestígios de gravação

manual dos caracteres e violada, a anilha 6 era falsa, com vestígios de gravação manual dos caracteres e violada, a anilha 7 era autêntica e violada e a anilha 8 era autêntica, com vestígios de adulteração mecânica de diâmetro e violada (fl. 34).

A defesa não logrou fazer prova da alegação do réu de que desconhecia a adulteração da anilhas. Veja-se que Luciano admitiu ter aves em cativeiro havia três anos, autorizado pelo IBAMA, de modo que se presume que tenha acesso aos regulamentos administrativos básicos para a criação de aves da fauna silvestre, dentre deles o devido cadastro das aves por meio de suas anilhas.

Não é crível, ademais, que o réu tivesse adquirido aves sem saber de sua procedência e da regularidade de seus cadastros no IBAMA.

Consta do laudo que foram identificadas quatro anilhas violadas, vale dizer, com corte longitudinal a indicar que não pertenciam originariamente às aves que as carregavam, fato que era possível constatar mediante inspeção ocular, ainda que para a identificação de irregularidades em outras anilhas fosse necessária a utilização de um aparelho específico, o paquímetro.

Nesse sentido é o depoimento do Policial Militar Ambiental Jair Cirqueira, segundo o qual as adulterações podiam ser observadas a olho nu, principalmente por um criador de aves.

O dolo das condutas do réu exsurge das circunstâncias fáticas e da alegada condição de criador de aves autorizado pelo IBAMA.

Cabe acrescentar que foram encontradas duas aves sem a fixação de anilhas para sua identificação, cuja necessidade deve ser de conhecimento de um criado regulamentado a manter aves silvestres em cativeiro.

Não prospera a alegação da defesa a respeito da mínima ofensividade das condutas praticadas pelo réu, na medida em que atingiram o meio ambiente e a fé pública, cuja relevância é penalmente protegida pelo Estado. Não é razoável argumentar a falta de lesão das condutas tão somente pelo número de espécimes mantidas irregularmente em cativeiro. Protege-se em verdade todo o ecossistema, gravemente atingido quando aves adultas são retiradas do seu *habitat* natural e criadas em cativeiro, limitando a reprodução da espécie.

Assim, provadas a materialidade e a autoria delitiva, a manutenção da condenação é de rigor.

Dosimetria. Art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98.

O Juízo *a quo* considerou as circunstâncias judiciais favoráveis e fixou a pena no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção.

Reconheceu-se a causa de aumento do § 4º do art. 29 da Lei nº 9.605/98 (apreensão de uma ave cuja espécie é ameaçada de extinção) e majorou-se a pena em ½ (metade), para 9 (nove) meses de detenção.

Reconhecida a continuidade delitiva, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto) (prática de duas condutas), e totalizada em 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

A pena de multa foi fixada em 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal e fixado o regime aberto de cumprimento de pena.

Art. 296, § 1º, do Código Penal. O Juízo *a quo* considerou as circunstâncias judiciais favoráveis e fixou a pena no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, tornada definitiva à míngua de atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena.

Reconhecido o concurso formal de delitos, a pena deste, mais grave, foi majorada em 1/6 (um sexto), tornada definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A pena de multa foi proporcionalmente fixada em 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, no regime aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, bem como pela proibição de exercer a atividade de criador de passeriformes pelo tempo de cumprimento da sentença.

A defesa apela da dosimetria da pena e pleiteia sua fixação no mínimo legal, ao argumento de que é excessiva.

Assiste razão em parte.

As penas-base foram fixadas no mínimo legal e os demais aumentos de pena mostram-se razoáveis e devidamente fundamentados, à exceção da continuidade delitiva. Nesse particular, a sentença carece de fundamentação e tal reconhecimento deve ser afastado quanto ao primeiro delito, à razão de que não há elementos nos autos para se aferir o momento de suas práticas. Não se apresentam, assim, os requisitos legais para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Assim, fixo a pena do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98 em 9 (nove) meses de detenção e 15 (quinze) dias-multa, que torno definitiva.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação tão somente para afastar o aumento de pena referente à continuidade delitiva do crime do art. 29, § 1º, III, e § 4º, I, da Lei nº 9.605/98. Mantenho, no mais, a respeitável sentença

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009460-19.2014.4.03.6105
(2014.61.05.009460-9)

Apelantes: RAFAEL FERREIRA DUARTE E DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO
Classe do Processo: ACr 63400
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS MAJORADOS. ART. 157, *CAPUT* E § 2º, I E II DO CP. CONCURSO FORMAL. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, LEI Nº 10.826/2003. EMPREGO DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. INOCORRÊNCIA DE CRIME AUTONÔMO. CONSUNÇÃO. DOSIMETRIA. SÚMULA 444 DO STJ. ATENUANTE DA MENORIDADE PENAL. CONFISSÃO. SÚMULA 231 DO STJ. AFASTADA CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DE DANOS (ART. 387, IV, CPP). AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Inicialmente, deixo de conhecer do recurso de apelação de RAFAEL, na parte tocante aos benefícios da justiça gratuita, eis que a benesse já fora deferida nos autos.

2. Ao contrário do quanto sustentado pela defesa do réu DIEGO, a ação penal mencionada não versa sobre os fatos apurados nesta ação penal, como está devidamente esclarecido na denúncia ofertada naqueles autos, a qual expressamente reconhece a existência deste processo, estando afastado, portanto, o alegado risco de *bis in idem*. A reunião dos processos não é imprescindível para o reconhecimento do crime continuado, sendo que a aplicação deste instituto deverá ser requerida ao Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno para sua análise, finda a instrução de ambos os feitos. Precedentes do STJ.

3. As materialidades dos crimes de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada são incontestes e restaram devidamente demonstradas nos autos.

4. O reconhecimento realizado pela testemunha foi bastante seguro, e a certeza absoluta apenas não foi exarada em razão do nervosismo no momento do assalto. No entanto, há que se considerar que a testemunha foi capaz de, ao ser confrontada com fotografias de dois indivíduos com características semelhantes, identificar o verdadeiro assaltante.

5. O reconhecimento realizado pelo funcionário dos Correios é corroborado pelas imagens da câmera de vigilância da agência onde ocorreu o assalto, principalmente em relação ao vestuário dos assaltantes e as roupas apreendidas em poder de DIEGO. Também milita contra RAFAEL o fato de que ele e DIEGO confraternizavam em um bar, juntamente com outros indivíduos, quando foram abordados pela Polícia Federal,

e que foi retirada de rede social uma fotografia na qual os dois estão juntos, indicando o vínculo de amizade.
6. Tendo a arma sido apreendida no mesmo contexto fático do crime de roubo, reputo que o crime do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, crime-meio, restou absorvido pelo crime de roubo majorado, crime-fim. Precedentes do STJ.
7. A valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.
8. Excluo, de ofício, a condenação dos acusados ao pagamento de quantia referente à reparação de danos. Não houve pedido da União, nem do Ministério Público Federal, bem como não foi oportunizado aos apelantes o direito de manifestarem-se acerca do tema, violando, assim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer em parte do recurso de RAFAEL FERREIRA DUARTE e, na parte conhecida, dar parcial provimento, para reduzir a pena-base imposta, perfazendo a pena definitiva de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 (quinze) dias-multa, e negar provimento ao recurso de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES. Afastada, de ofício, a condenação dos corréus pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Readequada, de ofício, a pena de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, para afastar violação ao Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena definitivamente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 13 (treze) dias-multa. Finalmente, afastada também de ofício a condenação dos coacusados à reparação de danos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. No mais, mantém-se a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de APELAÇÕES CRIMINAIS interpostas por RAFAEL FERREIRA DUARTE e DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES em face da sentença de fls. 416/423, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva veiculada na denúncia, para condenar os acusados como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, c/c o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 70 do Código Penal.

RAFAEL FERREIRA DUARTE foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 92 (noventa e dois) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES foi condenado à pena de 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 110 (cento e dez) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Observando o disposto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, o MM. Magistrado sentenciante fixou a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) como valor mínimo para a reparação dos danos causados à Caixa Econômica Federal.

Em suas razões de apelação, requer a defesa de RAFAEL FERREIRA DUARTE o que segue (fls. 439/447):

a) a absolvição do acusado, em razão da fragilidade das provas em relação à autoria delitiva;

b) subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta e a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena; e

c) a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Por sua vez, a defesa de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES afirma que na ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de Campinas/SP, o acusado está sendo processado pelos mesmos fatos pelos quais foi condenado neste processo. A defesa sustenta ainda que o acusado cometeu diversos crimes da mesma forma e meio de execução, em curto intervalo de tempo, caracterizando a continuidade delitiva entre todos os delitos cometidos contra os Correios, sendo necessária a reunião dos feitos para julgamento conjunto, a fim de se evitar uma dupla condenação (fls. 452/455).

Contrarrazões do Ministério Público Federal às fls. 493/501.

Após, vieram os autos a este E. Tribunal, onde o Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se em parecer ministerial pelo parcial provimento do recurso de apelação interposto por RAFAEL FERREIRA DUARTE, a fim de que seja reduzida a pena imposta ao acusado, e pelo desprovimento do recurso de apelação interposto por DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES (fls. 535/539v).

É O RELATÓRIO.

À revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Em complemento ao relatório já lançado às fls. 543 e verso, que ratifico nesta oportunidade, consigno que às fls. 548/558 foram juntados documentos pela Procuradoria Regional da República referentes a informações sobre o comparecimento de familiares do apelante Rafael Ferreira Duarte na agência dos Correios à procura do funcionário Paulo Sérgio dos Santos, testemunha nestes autos, conforme noticiado em relatório de ocorrência lavrado pela própria empresa e remetido à Delegacia de Polícia Federal.

Na mesma oportunidade, o órgão ministerial se manifestou ratificando o parecer antes oferecido pelo parcial provimento do recurso.

Intimada, a defesa do referido apelante deixou de se manifestar no prazo assinalado (fls. 560/561).

É o relatório complementar.

À douta revisão, ressalvando-se que o feito já está incluído na pauta de julgamentos de 07.12.2015 (cf. fl. 546).

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

1. Do caso dos autos.

RAFAEL FERREIRA DUARTE e DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES foram denunciados pela suposta prática dos delitos previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (duas vezes), e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, todos na forma dos artigos 29 e 69 do Estatuto Repressivo.

Narra a denúncia de fls. 72/74 o que segue:

> (...) Os denunciados, agindo em comunhão de desígnios com outro indivíduo ainda não identificado, subtraíram, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, numerário da Agência dos Correios "Galleria Shopping", em Campinas/SP. Na mesma oportunidade, subtraíram um relógio do funcionário dos Correios Paulo Sérgio dos Santos e portaram arma de fogo com numeração raspada.
> Consta dos autos que, no dia 11 de setembro de 2014, por volta de 10h30min, os acoimados, juntamente com outro indivíduo de identidade até então ignorada, dirigiram-se até a Agência dos Correios localizada na Av. Carlos Grimaldi, 168, em Campinas/SP e, enquanto o criminoso ainda não identificado permaneceu dentro do carro aguardando os denunciados, estes entraram na agência com a finalidade de perpetrar o roubo.
> No interior do estabelecimento, após anunciarem o assalto. DIEGO dirigiu-se até à tesouraria e, rendendo o funcionário Sílvio Marchesan Junior, subtraiu os valores que se encontravam no interior do cofre da agência. RAFAEL, por sua vez, permaneceu na área de atendimento, mantendo sob o seu domínio o funcionário Paulo Sérgio dos Santos e subtraindo o numerário que se encontrava no guichê de atendimento, bem como o relógio de pulso que ele portava. A seguir, fugiram do local levando o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) em espécie, bem como um relógio prata, marca Atlantis, analógico, caixa quadrada, pertencente a Paulo.
> A Polícia Federal foi acionada e os agentes Alexandre Alexandris Coimbra, Fabrício Scarpelli e Vinícius de Moura Secundo dirigiram-se ao local, onde, após analisarem as imagens das câmeras de segurança e ouvirem os funcionários da agência, identificaram DIEGO como um dos roubadores.
> Empreendidas diligências com vista à localização dos criminosos, os policiais federais abordaram DIEGO e indagaram-no acerca do roubo, oportunidade em que ele confessou a prática do crime e foi preso em flagrante delito.
> Durante sua prisão, o primeiro denunciado indicou aos policiais uma residência, localizada na Rua Francisco Antonio da Silva, 107, bairro Santa Clara, em Hortolândia/SP, por ele utilizada para esconder objetos roubados. No local, os policiais encontraram diversos objetos produtos de crime, todos apreendidos às fls. 13/16, inclusive o relógio subtraído do funcionário Paulo durante a empreitada criminosa.
> Em ação diversa, os acusados, conscientes e voluntariamente, portavam e transportavam um revólver calibre .38, marca Taurus, com numeração raspada, acompanhada de seis munições, sendo duas deflagradas (f. 13).
> RAFAEL FERREIRA DUARTE foi reconhecido pela vítima Paulo Sérgio dos Santos como o roubador que perpetrou o delito com DIEGO (f. 44) (...)

O MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva veiculada

na denúncia, para condenar os acusados como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, c/c o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 70 do Código Penal.

2. Inicialmente, deixo de conhecer do recurso de apelação de RAFAEL FERREIRA DUARTE, na parte tocante aos benefícios da justiça gratuita, eis que a benesse já fora deferida à fl. 422 verso.

3. Preliminarmente, consigo que, ao contrário do quanto sustentado pela defesa do réu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, a ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, em trâmite perante a 1ª Vara Federal Criminal de Campinas/SP, não versa sobre os fatos apurados nesta ação penal, como está devidamente esclarecido na denúncia ofertada naqueles autos, a qual expressamente reconhece a existência deste processo visando à apuração do roubo ocorrido em 11/09/2014 na agência dos Correios Galeria Shopping, vide fl. 487, e não o inclui entre os fatos denunciados, estando afastado, portanto, o alegado risco de *bis in idem*.

Outrossim, no tocante ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos desta ação penal e os demais delitos apurados na ação penal nº 0010105-44.2014.403.6105, reputo que a reunião dos processos não é imprescindível para o reconhecimento do crime continuado, sendo que a aplicação deste instituto deverá ser requerida ao Juízo das Execuções Penais, em momento oportuno para sua análise, finda a instrução de ambos os feitos. Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. FURTOS PRATICADOS EM QUATRO CIDADES. TRÊS EM MINAS GERIAS E UM NO RIO DE JANEIRO. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODOS OS CRIMES. RECONHECIMENTO INDEVIDAMENTE ANTECIPADO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL APÓS COMPLETA INSTRUÇÃO DOS FEITOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS DENUNCIADOS. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA O CRIME PRATICADO EM ITAPERUNA/RJ.
> - O reconhecimento antecipado da existência de continuidade delitiva entre os crimes praticados não é a melhor solução para o caso, uma vez que depende da análise detalhada dos autos, que somente poderá ser aferida de forma correta após a instrução do feito.
> - Não estando totalmente afastada a controvérsia sobre a existência da continuidade delitiva, seja pela ausência dos requisitos objetivos necessários ao seu reconhecimento, seja pela possibilidade da caracterização de reiteração delitiva, circunstância que impede o reconhecimento da ficção legal, mostra-se prudente que essa análise seja postergada para um momento em que já concluída a instrução probatória relativa aos crimes praticados.
> - Caso os denunciados venham a ser condenados pela prática de todos ou alguns dos crimes imputados na denúncia da Comarca de Miraí/MG e pelo furto cometido na Comarca de Itaperuna/RJ, *poderão requerer, em sede de execução, o reconhecimento da continuidade delitiva. Lá o Juiz das Execuções fará a análise do pedido, porém após a completa instrução dos processos, não restando qualquer prejuízo aos acusados.*
> - Conflito positivo conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITAPERUNA - RJ, o suscitado, para processar e julgar o furto praticado no Estado do Rio de Janeiro.
> (CC 122.545/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015)(grifamos)

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AOS ARTS. 80 E 82, AMBOS DO CPP, E 71 DO CP.
> REUNIÃO DE PROCESSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUES-

TIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282 E 356/STF. (II) - ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. (III) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(...)
2. Este Sodalício Superior sufragou entendimento no sentido de que "a reunião de processos em razão da conexão é uma faculdade do Juiz, conforme interpretação a contrario sensu do art. 80 do Código de Processo Penal que possibilita a separação de determinados processos". (RHC 29.658/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 08/02/2012). *Também é assente neste Tribunal Superior o entendimento de que "a eventual existência de continuidade delitiva não torna imprescindível a reunião de ações que se encontram em fases distintas (...), questão que deve ser levada a deliberação do Juízo das Execuções*". (AgRg no HC 250.683/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/11/2013) (...)
(AgRg no AREsp 455.081/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)(grifos nossos)

Destarte, não se verificando as irregularidades processuais apontadas pela defesa, e cabendo ao Juízo das Execuções Penais deliberar acerca da continuidade delitiva em relação a fatos apurados em ações penais diversas e que se encontram em fases distintas, bem como ausentes outras preliminares a considerar, passo ao exame do mérito recursal.

4. Da materialidade e da autoria.

As materialidades dos crimes de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada são incontestes e restaram devidamente demonstradas nos autos através do Auto de Prisão em Flagrante Delito de DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES (fls. 02/09), Auto de Apreensão (fls. 13/16), Termos de Depoimento dos funcionários dos Correios (fls. 18/19), Laudo de Perícia Criminal Federal (Local de Crime) (fls. 167/172), Laudo de Perícia Criminal Federal (Balística e Caracterização Física de Materiais) (fls. 180/183), depoimento das testemunhas e interrogatório dos acusados em juízo (mídia à fl. 354).

Foi subtraída a quantia de aproximadamente R$ 15.000,00 (quinze mil reais) da agência dos Correios (fl. 08) e um relógio pertencente à vítima Paulo Sérgio dos Santos (fl. 45).

Paulo Sérgio dos Santos afirmou em juízo que os dois assaltantes portavam arma de fogo (mídia à fl. 354).

Uma das armas de fogo foi encontrada pelos policiais juntamente com diversos outros objetos, incluindo o relógio roubado, em residência utilizada pelo corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES para esconder objetos roubados (fls. 13/16). O laudo pericial de fls. 180/183 confirmou a aptidão do objeto para realizar disparos, bem como constatou que "o revólver examinado apresentava o número de série e origem suprimidos".

O corréu DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES não se insurgiu em relação à autoria delitiva, a qual se encontra comprovada pelo reconhecimento em fase pré-processual (fls. 18/20) e novamente em juízo (mídia à fl. 354), bem como pelo Relatório Preliminar de Inteligência Policial de fls. 46/59 e pela Informação nº 011/2014 de fls. 173/179, sendo que o acusado confessou a prática do delito tanto em fase inquisitorial (fls. 08/09) como em interrogatório judicial (mídia à fl. 354).

Por outro lado, a defesa do corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE pugna pela absolvição do apelante, sustentando a insuficiência de provas em relação à autoria do crime imputado ao acusado. O pleito, entretanto, não prospera, tendo em vista o robusto conjunto probatório

constante dos autos.

Inicialmente, há que se considerar que no mesmo dia dos fatos, horas após o assalto, os acusados encontravam-se reunidos, juntamente com outros rapazes, quando foram abordados por policiais federais que diligenciavam à procura de DIEGO, reconhecido através de fotografias pela testemunha Silvio Marchesan Júnior, funcionário dos Correios.

O funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Paulo Sérgio dos Santos, reconheceu RAFAEL através de fotografias, durante a fase investigativa (fl. 44). Sílvio Marchesan Júnior não pode reconhecer o acusado, pois viu apenas um dos assaltantes, DIEGO (fl. 19 e oitiva da testemunha em juízo gravada em mídia à fl. 354).

O Relatório Preliminar de Inteligência Policial de fls. 46/59 relaciona uma fotografia retirada da Internet com imagens dos assaltos ocorridos em 11/08/2014 e 11/09/2014 na agência dos Correios Galeria Shopping, situada na Av. Carlos Grimaldi, nº 168. Na fotografia, RAFAEL está vestido com uma camisa polo amarela e bermuda, vestimenta muito semelhante à de um dos responsáveis pelo assalto no dia 11/08/2014, ocorrido exatamente um mês antes do assalto objeto da denúncia desta ação penal (fl. 49).

A Informação nº 011/2014, às fls. 173/179 evidencia as semelhanças entre a vestimenta utilizada por um dos assaltantes no dia 11/09/2014, e a camisa e o boné apreendidos após diligência policial em residência onde o coacusado DIEGO informou ser o local onde os objetos roubados encontravam-se guardados.

Em audiência judicial instrutória, a testemunha Paulo Sérgio dos Santos reconheceu o acusado "com 95% de certeza" (mídia à fl. 354). Ao ser ouvido em juízo, a testemunha asseverou que o assaltante que permaneceu ao seu lado (RAFAEL) segurava arma de fogo.

Interrogado em juízo (fl. 354), DIEGO HENRIQUE FREITAS SOARES confessou a prática do delito, mas afirmou que RAFAEL não estava envolvido no assalto, pois o seu comparsa chamava-se Caio. DIEGO asseverou que RAFAEL era apenas seu conhecido, pois frequentavam os mesmos lugares, inclusive o bar de fl. 174, mas não possuíam vínculo de amizade. A respeito da arma de fogo empregada no roubo, o acusado afirmou que era emprestada, e pertencia a um conhecido do bairro Jardim Mirante em Hortolândia/SP, Alexandre.

Em interrogatório judicial (fl. 354), RAFAEL FERREIRA DUARTE negou a autoria dos fatos narrados na denúncia e afirmou que conhecia DIEGO apenas de vista. O acusado afirmou que possuía uma camiseta igual àquela das imagens da câmera de vigilância dos Correios. Indagado acerca do que fazia na data dos fatos, o acusado afirmou que estava trabalhando com sua companheira, cuidando de cachorros em um *pet shop*.

Analisando o conjunto probatório dos autos, verifico que a defesa de RAFAEL não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que colocasse em dúvida o reconhecimento realizado tanto na fase inquisitorial como em juízo, ou mesmo que comprovasse a alegação do acusado de que no momento do assalto estava trabalhando junto com sua companheira em um *pet shop*.

Insta salientar, neste ponto, que o reconhecimento realizado pela testemunha Paulo Sérgio dos Santos foi bastante seguro, e a certeza absoluta apenas não foi exarada em razão do nervosismo no momento do assalto. No entanto, há que se considerar que a testemunha foi capaz de, ao ser confrontada com fotografias de dois indivíduos com características semelhantes, identificar o verdadeiro assaltante e comparsa de DIEGO, RAFAEL (fl. 44).

Outrossim, o reconhecimento realizado pelo funcionário dos Correios é corroborado pelas imagens da câmera de vigilância da agência onde ocorreu o assalto, principalmente em relação ao vestuário dos assaltantes e as roupas apreendidas em poder de DIEGO. Também

milita contra RAFAEL o fato de que ele e DIEGO confraternizavam em um bar, juntamente com outros indivíduos, quando foram abordados pela Polícia Federal, e que foi retirada de rede social uma fotografia na qual os dois estão juntos, indicando o vínculo de amizade.

Destarte, encontra-se devidamente comprovada nos autos a responsabilidade dos acusados pelos delitos apurados nesta ação penal.

Há que se reformar a sentença, entretanto, para reconhecer que o crime de porte de arma de fogo com numeração raspada restou absorvido pelo crime de roubo já qualificado pelo emprego de arma de fogo, bem como pelo concurso de agentes.

Isto porque não há nos autos informações que permitam concluir pelo porte ou posse da arma de fogo como crime autônomo, para além da sua utilização no roubo objeto desta ação penal, considerando, ademais, que a arma foi apreendida no mesmo dia em que ocorrido o assalto à agência dos Correios, juntamente com o relógio roubado de um dos funcionários da estatal, ainda em situação de flagrância.

Consigno, ademais, que a própria sentença reconhece que os delitos foram perpetrados mediante uma ação (fls. 420 e 421v, ao tratar do concurso de crimes), o que evidencia a necessidade de se reconhecer *ex officio* a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo de numeração raspada.

Logo, tendo a arma sido apreendida no mesmo contexto fático do crime de roubo, reputo que o crime do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, crime-meio, restou absorvido pelo crime de roubo majorado, crime-fim.

Colaciono, por fim, precedentes da Corte Superior sobre o tema:

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO PRATICADO COM O EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES. RECEPTAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. 1. NULIDADE DA CITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. 2. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA A FORMA TENTADA. MATÉRIA DE PROVA. 3. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. DELITOS PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE. 4. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 443, DESTA CORTE. 5. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> (...)
> 3. A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.
> 4. *In casu*, o instrumento do crime foi apreendido em momento distinto, mas, no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime de roubo, no qual empregou a arma. Seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas.
> (...)
> (HC 155.062/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 14/06/2012)
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA CON-

SUNÇÃO. CRIMES DE ROUBO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRATICADOS EM UM MESMO CONTEXTO. OCORRÊNCIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO- PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
1. O Tribunal *a quo*, com base no acervo fático-probatório, entendeu ser caso de incidência do princípio da consunção entre o delito de disparo de arma de fogo e o crime de roubo, visto que praticados em um mesmo contexto fático, fazendo incidir o óbice da Súmula/STJ a desconstituição de tal entendimento.
2. Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 277.430/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 02/09/2013)

Por todo o exposto, de rigor a manutenção da condenação dos corréus como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, restando, todavia, o crime do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 absorvido pelo roubo majorado.

Passo a verificar a dosimetria da pena.

5. Da dosimetria da pena.

5.1. Corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE.

5.1.1. Roubos majorados (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal)

A MM. Juíza de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em razão dos fundamentos que ora transcrevo, *in verbis*:

No que tange ao acusado RAFAEL HENRIQUE FERREIRA DUARTE, com relação à *culpabilidade*, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta típica e ilícita, ela encontra-se além dos limites fixados pelo tipo penal. Ressalto aqui o risco imposto pelo agente com sua conduta, porquanto este foi além das vítimas efetivamente atingidas, o que impõe uma exacerbação na pena-base a ser fixada.
Quanto aos *motivos*, não verifico nos autos elementos suficientes para valorá-los. O mesmo ocorre com relação à *personalidade* e ao *comportamento da vítima*. De modo que deixo de considerá-los.
Com relação às *circunstâncias* do crime, verifico ter o réu RAFAEL demonstrado especial ousadia ao apoiar e atuar em prol de conduta delitiva relativa ao roubo, em estabelecimento aberto ao público, em plena luz do dia. Além disso, verifica-se a perícia do agente, frente à rapidez com que executou seu intento e subtraiu o relógio de um dos funcionários da agência, dando ainda apoio a seu comparsa que subtraía valores maiores dos Correios. Tais elementos extrapolam os limites do tipo penal em comento.
Quanto aos *antecedentes*, não há elementos nos autos que nos autorizem a considerá-los.
No que tange à *conduta social*, verifico que a prática do delito de roubo contra os Correios não corresponde a um fato isolado na vida do corréu RAFAEL, tanto é que além do delito versado nestes autos, consta das fotos obtidas perante as gravações feitas pelo circuito interno de TV da agência, ter ele atuado em delito similar praticado na mesma agência, o que depõe contra o acusado.
No que toca às *consequências do delito*, reputo-as dentro dos limites do tipo penal incriminador, razão pela qual deixo de valorá-las.
Feitas estas considerações, na *primeira fase* de aplicação da pena, fixo a pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não se mostram inteiramente favoráveis. Desta forma, fixo-a em 06 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, nos termos do artigo 157, do Código Penal. - fl. 420v

Pleiteia o apelante a diminuição da reprimenda aplicada.

Analisando as circunstâncias judiciais consideradas negativamente, reputo que a valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.

Nesse sentido, vejamos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (negritei):

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI INABITUAL. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 3. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MAJORAÇÃO DA SANÇÃO. IMPROPRIEDADE. SÚMULA Nº 444 DO STJ. 4. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 5. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> *4. Feitos em trâmite, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade ou a conduta social, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.*
> (...)
> (HC 296.603/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014)

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda.
> IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.
> *V – "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a pratica de crimes ou má conduta social (Precedente).*
> VI - As consequências do crime foram as normais à espécie. Portanto, não autorizam a exasperação da pena-base.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal.
> (HC 288.402/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 18/11/2014)

Dessa forma, ainda que haja indícios de que o acusado havia realizado outro assalto contra os Correios, não havendo a respeito destes fatos decisão condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, a culpabilidade e as consequências do crime mostram-se graves para além do descrito no tipo penal, conforme fundamentado pelo juízo de primeiro grau.

Assim, subsistindo parcialmente as circunstâncias que justificaram a exasperação da pena-base, fixo a pena inicial em 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da menoridade penal, por ser o réu menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos. Destarte, atenuo a pena em 1/6 (um sexto), mesmo patamar aplicado na sentença, resultando a pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase de fixação da pena, presentes duas causas especiais de aumento de pena do crime de roubo, emprego de arma e concurso de agentes (incisos I e II do artigo 157, § 2º, do Código Penal), a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos).

Com efeito, verifico que a exasperação deve ser mantida, pois o concurso de agentes possibilitou aos acusados uma ação rápida, de poucos minutos, rendidos os dois funcionários dos Correios que se encontravam na agência no momento do assalto, sendo que a grave ameaça mostra-se exacerbada em razão do emprego de duas armas de fogo, bem como pelo fato de que DIEGO chegou a apontar a arma para a cabeça de Paulo Sérgio dos Santos (depoimento da testemunha à fl. 354).

Assim, fixo a pena definitivamente, para cada um dos delitos de roubo - um praticado em detrimento de valores da EBCT e outro consistente em subtração do relógio de Paulo Sérgio dos Santos, decorrentes da mesma situação fática -, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.

5.1.2. Concurso formal.

Em razão do concurso formal (artigo 70 do Código Penal), exaspero uma das penas, posto que idênticas, em 1/6 (um sexto), patamar estabelecido na sentença, restando a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado em sentença, consistente em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime inicial fechado, em observância ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais negativas, como já explanado na fixação da pena.

Verifico que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo certo, ademais, que, tendo em vista o *quantum* da condenação e a espécie de delito, não estão preenchidos os requisitos objetivos do inciso I do mesmo artigo 44 do Código Penal.

5.2. Corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES.

5.2.1. Roubos majorados (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal)

A MM. Juíza de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 8 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, em razão dos fundamentos que ora transcrevo, *in verbis*:

> No que tange ao acusado DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, com relação à *culpabilidade*, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta típica e ilícita, ela encontra-se além dos limites fixados pelo tipo penal. Ressalto aqui o risco imposto pelo agente com sua conduta, porquanto este foi além das vítimas efetivamente atingidas, o que impõe uma exa-

> cerbação na pena-base a ser fixada.
> Quanto aos *motivos*, não verifico nos autos elementos suficientes para valorá-los. O mesmo ocorre com relação à *personalidade* e ao *comportamento da vítima*. De modo que deixo de considerá-los.
> Com relação às *circunstâncias* do crime, verifico ter o réu DIEGO colocado em perigo um maior número de pessoas ao efetuar o roubo, em estabelecimento aberto ao público, em plena luz do dia, haja vista a presença de transeuntes. Além disso, verifica-se a perícia do agente, frente à rapidez com que executou seu intento, Tais elementos extrapolam o tipo penal em questão.
> Quanto aos *antecedentes*, não há elementos nos autos que nos autorizem a considerá-los.
> No que tange à conduta social, verifico que a prática de crimes contra o patrimônio tem sido um comportamento frequente na vida do agente, tanto é que além do delito versado nestes autos, ele assumiu ainda neste feito a prática de outros roubos contra agências dos Correios, sendo um deles em agência localizada em Elias Fausto e o outro contra a mesma agência versada nestes autos, há apenas um mês do ocorrido. Além disso, responde também pelo delito de receptação (fl. 21 dos autos de prisão em flagrante). Tais elementos depõem contra o acusado.
> No que toca às *consequências do delito*, reputo-as dentro dos limites do tipo penal incriminador, razão pela qual deixo de valorá-las.
> Feitas estas considerações, na *primeira fase* de aplicação da pena, fixo a pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não se mostram inteiramente favoráveis. Desta forma, fixo-a em 08 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, nos termos do artigo 157, do Código Penal. - fl. 420v

Ressalto que a única insurgência da defesa do corréu DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES em sede recursal refere-se à alegação de *bis in idem* por existência de processo conexo e pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, já analisada *supra* (item "3"). Não houve, portanto, irresignação em relação ao *quantum* de pena fixado.

Todavia, analisando as circunstâncias judiciais consideradas negativamente, reputo que a valoração negativa da conduta social do acusado, em razão de suposto crime cometido anteriormente, encontra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pois, conforme entendimento sedimentado na Corte Superior, a conduta social do agente não pode ser valorada negativamente apenas com base na folha de antecedentes criminais indicando inquéritos policiais e ações penais em curso.

Nesse sentido, vejamos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (negritei):

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI INABITUAL. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 3. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MAJORAÇÃO DA SANÇÃO. IMPROPRIEDADE. SÚMULA Nº 444 DO STJ. 4. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 5. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> 4. Feitos em trâmite, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo nega-

tivo sobre a personalidade ou a conduta social, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.
(...)
(HC 296.603/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 26/09/2014)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
(...)
III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda.
IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.
V – "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a pratica de crimes ou má conduta social (Precedente).
VI - As consequências do crime foram as normais à espécie. Portanto, não autorizam a exasperação da pena-base.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal.
(HC 288.402/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 18/11/2014)

Dessa forma, ainda que haja indícios de que o acusado havia realizado outros assaltos contra os Correios, não havendo a respeito destes fatos decisão condenatória transitada em julgado, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, a culpabilidade e as consequências do crime mostram-se graves para além do descrito no tipo penal, conforme fundamentado pelo juízo de primeiro grau.

Assim, subsistindo parcialmente as circunstâncias que justificaram a exasperação da pena-base, fixo a pena inicial em 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, em simetria à pena fixada ao corréu RAFAEL FERREIRA DUARTE.

Na segunda fase da dosimetria, incide a atenuante da menoridade penal, por ser o réu menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, bem como a atenuante da confissão espontânea. Destarte, atenuo a pena em 1/4 (um quarto), mesmo patamar aplicado na sentença. Entretanto, em observância à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, fixo a pena no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase de fixação da pena, presentes duas causas especiais de aumento de pena do crime de roubo, emprego de arma e concurso de agentes (incisos I e II do artigo 157, § 2º, do Código Penal), a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos).

Com efeito, verifico que a exasperação deve ser mantida, pois o concurso de agentes possibilitou aos acusados uma ação rápida, de poucos minutos, rendidos os dois funcionários dos Correios que se encontravam na agência no momento do assalto, sendo que a grave ameaça mostra-se exacerbada em razão do emprego de duas armas de fogo, bem como pelo fato de

que DIEGO chegou a apontar a arma para a cabeça de Paulo Sérgio dos Santos (depoimento da testemunha à fl. 354).

Assim, fixo a pena definitivamente, para cada um dos delitos de roubo - um praticado em detrimento de valores da EBCT e outro consistente em subtração do relógio de Paulo Sérgio dos Santos, decorrentes da mesma situação fática -, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.

5.2.2. Concurso formal.

Em razão do concurso formal (artigo 70 do Código Penal), exaspero uma das penas, posto que idênticas, em 1/6 (um sexto), patamar estabelecido na sentença, restando a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado em sentença, consistente em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime inicial fechado, em observância ao artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais negativas, como já explanado na fixação da pena.

Verifico que a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal, sendo certo, ademais, que, tendo em vista o *quantum* da condenação e a espécie de delito, não estão preenchidos os requisitos objetivos do inciso I do mesmo artigo 44 do Código Penal.

6. Da condenação à reparação de danos (art. 387, IV, CPP).

O MM. Juízo *a quo* fixou a quantia mínima de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos do artigo 387, IV, do CPP, a título de indenização pelos prejuízos sofridos em razão do roubo à agência dos Correios.

A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, dispõe:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
> (...)
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;
> (...)

Ocorre que, para que esse valor possa ser fixado na sentença, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público. E, além disso, deve ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

Anoto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. *2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser*

> *oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes.* 3. Recurso desprovido. (STJ - REsp: 1193083 RS 2010/0084224-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/08/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2013 - negritei).

Diante do exposto, entendo inaplicável ao caso a fixação da quantia, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo penal, eis que não houve pedido da União, nem do Ministério Público Federal, bem como não foi oportunizado aos apelantes o direito de manifestarem-se acerca do tema, violando, assim, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, excluo, de ofício, a condenação dos acusados ao pagamento de quantia referente à reparação de danos.

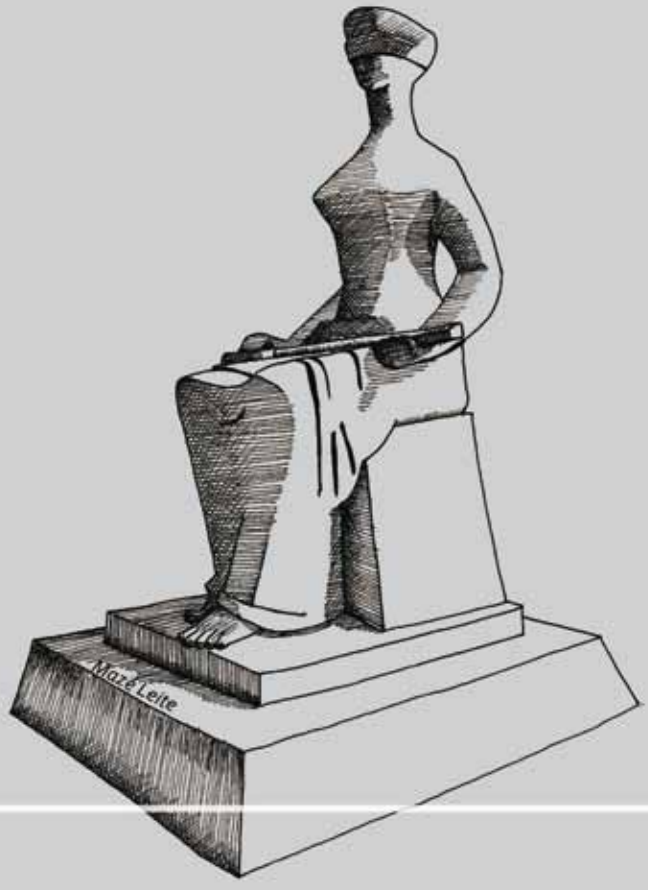
7. Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso de RAFAEL FERREIRA DUARTE e, na parte conhecida, dou parcial provimento, para reduzir a pena-base imposta, perfazendo a pena definitiva de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 (quinze) dias-multa, e nego provimento ao recurso de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES. Afasto, de ofício, a condenação dos corréus pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, posto que este delito encontra-se absorvido pelo crime do artigo 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Readequo, de ofício, a pena de DIEGO HENRIQUE DE FREITAS SOARES, para afastar violação ao Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, fixando a pena definitivamente em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 13 (treze) dias-multa. Finalmente, afasto também de ofício a condenação dos coacusados à reparação de danos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. No mais, mantenho a r. sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0025004-54.2004.4.03.9999
(2004.03.99.025004-3)

Agravante: LADISLAU LUCIO FACIN
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 316/324
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARIRI - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe de Processo: ApelReex 955066
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONVERSÃO DE ATIVIDADE COMUM EM ESPECIAL. ART. 57, § 3º, DA Lei 8.213/91. NECESSIDADE DE ALTERNÂNCIA ENTRE OS PERÍODOS DE ATIVIDADE COMUM E ESPECIAL. ART. 543-C DO CPC. RESP nº 1.310.034. INVIABILIDADE DE RETRATAÇÃO POR FALTA DE PRESSUPOSTO. JULGAMENTO MANTIDO.
1. O STJ, no REsp nº 1.310.034, firmou ser cabível a conversão de tempo comum em especial quando os requisitos para a aposentadoria são preenchidos na vigência dos diplomas legais que permitem a "conversão inversa".
2. O Relator explicitou que as atividades exercidas pelo autor em condições especiais não foram alternadas com atividades comuns, incidindo no caso o disposto no § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91, vigente à época do requerimento administrativo, que somente permitia a conversão da atividade comum em especial, para fins de concessão de aposentadoria especial, quando a atividade comum estivesse intercalada entre períodos em que comprovadas condições especiais de trabalho.
3. O Acórdão paradigma trata da aplicação de legislação diversa daquela vigente à época do pedido de concessão do benefício, matéria diversa da que foi tratada no julgado.
4. Incabível a retratação do acórdão, mantido como proferido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não considerar cabível o juízo de retratação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o reco-

nhecimento das condições especiais de trabalho nos períodos que menciona, com a conversão da aposentadoria por tempo de serviço que o autor recebe desde 03/08/1992 em aposentadoria especial, uma vez que houve alternância entre a atividade comum e a especial. Assim, com a conversão inversa prevista em lei, somada ao tempo de atividade especial que ora pretende reconhecer, atinge os 25 anos necessários à concessão do benefício. Pleiteia, ainda, o reconhecimento do direito à revisão, uma vez que a autarquia procedeu à glosa dos salários de contribuição, não sendo respeitado o direito adquirido de retorno às classes anteriores, nos termos do art. 137, § 3º, do Decreto 89.312/84.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a conversão do benefício e o recálculo da renda mensal inicial, improcedente o pedido de aplicação do art. 137, § 3º, do Decreto 89.312/84.

Sentença submetida ao reexame necessário, prolatada em 13/08/2003.

O autor apelou, pedindo a procedência integral do pedido, trazendo razões pertinentes ao direito adquirido de retorno às classes anteriores, mesmo quando a aposentadoria é concedida quando modificada a legislação que permitia tal procedimento.

O INSS também apelou, alegando não estarem comprovadas as condições especiais de trabalho.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Em julgamento monocrático de fls. 316/324, nos termos do art. 557 do CPC, o Desembargador Federal Nelson Bernardes negou seguimento ao agravo retido e ao recurso do autor, e deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, para reconhecer as condições especiais de trabalho de 26/04/1960 a 19/10/1968 e de 04/08/1969 a 31/01/1985, com o que, somando-se os períodos, o autor alcança 23 anos, 11 meses e 22 dias de tempo de serviço, insuficientes à concessão da aposentadoria especial. Decidiu, ainda, que descabe a conversão da aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria especial, pois não houve alternância entre tempo de atividade comum e especial.

O autor agravou da decisão, alegando que o pedido não foi analisado segundo a legislação vigente à época da atividade. Alegou que o então Relator fundou a desconsideração do tempo de serviço comum no art. 64 do Decreto 2.172/97, sem observar que, à época do requerimento administrativo (1992), sequer existia tal Decreto no ordenamento jurídico.

O acórdão de fls. 347/349, desta Nona Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. Votei acompanhando o Relator.

Interposto recurso especial pelo autor, alegando ser o julgamento *extra petita*, pois a apelação do INSS não mencionou argumentos contrários à conversão do tempo comum em especial, restando consumada a preclusão. No mérito, alegou que, baseado o acórdão na redação da Lei 9.032/95, há afronta à legislação aplicável, ao princípio da irretroatividade das leis e ao direito adquirido. Sustentou a necessidade de reconhecimento do direito ao recálculo da RMI com base na classe maior dos salários de contribuição (10), conforme pediu em sua apelação.

Em razão do decidido no RESP nº 1.310.034, vieram os autos em obediência à disposição do art. 543-C, § 7º, II, do CPC.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Registro de início que os autos foram redistribuídos por força do disposto no Ato 12.522/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, edição 191/2014, em 21/10/2014.

Às fls. 347/349, a Turma Julgadora negou provimento ao agravo legal interposto contra a decisão monocrática, mantendo o entendimento de que, inexistindo alternância entre as atividades comuns e especiais, inviável a conversão da atividade comum em especial, para efeitos de concessão de aposentadoria especial, nos termos do art. 57, § 5º, da Lei 8.213/91, na redação da Lei 9.032/95, vigente à época da propositura da ação.

Cabe a análise da incidência da norma prevista no art. 543 -C, §7º, II e §8º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.672/08, tendo em vista o julgamento pelo STJ, nos termos da decisão de fls. 371/372:

> Art. 543 -C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
> (...)
> § 7 º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
> II. serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.
> § 8º Na hipótese prevista no inciso II do §7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

O paradigma indicado não se aplica porque se refere à lei aplicável à conversão entre tempos de serviço especial e comum (Tema 546), tema distinto do que se trata nestes autos .

Ementa do acórdão do RESP 1.310.034, paradigma indicado:

> ...
> 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.
> 2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, Dje 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.
> 3. A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço. Na mesma linha: Resp 1.151.652/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9.11.2009; REsp 270.551/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; Resp 28.876/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5.10.2011.
> [...]
> (REsp 1310034 PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 24/10/2012, DJe 19/12/2012).

O Relator não fundamentou a impossibilidade de concessão da aposentadoria especial na impossibilidade da conversão de atividade comum, mas, sim, na ausência de alternância entre os tipos de atividade.

De fato, o autor trabalhou em atividades reconhecidas como especiais de forma *consecutiva*. As atividades comuns foram exercidas antes e depois dos períodos cuja especialidade foi confirmada nos autos.

A redação original do art. 57 da Lei 8.213/91 assim dispõe, em seu § 3º:

> O tempo de serviço exercido *alternadamente* em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

Portanto, o fundamento do indeferimento não foi a matéria tratada no recurso repetitivo paradigma indicado. O recurso repetitivo não trata da *alternância* das atividades comuns e especiais para efeitos de conversão e concessão de aposentadoria especial. O recurso repetitivo assentou ser cabível a conversão de tempo comum em especial quando os requisitos para a aposentadoria são preenchidos na vigência dos diplomas legais que autorizam a conversão pretendida.

E tal pressuposto não foi cumprido, nos termos da decisão agravada, uma vez que os períodos de atividades cuja conversão inversa o autor pretendia são anteriores e posteriores a todo o período em que teve reconhecidas as condições especiais de trabalho. Não houve alternância, no sentido de se executar uma atividade considerada especial por um período, seguindo de outro período de atividade comum e mais um pedido de atividade especial (a título exemplificativo).

O pressuposto de que parte o autor, de que houve a análise nos termos de legislação diferenciada daquela em que concedida a aposentadoria, não procede, uma vez que o Relator fundamentou seu convencimento na redação original do art. 57, § 3º, da Lei 8.213/91.

Incabível, portanto, a retratação, mantendo-se o julgado tal como proferido.

Devolvam-se os autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência, para as providências que entender cabíveis.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000996-44.2006.4.03.6183
(2006.61.83.000996-9)

Apelantes: GENERINO JOSÉ DE SOUZA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: ApelReex 1572367
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE PARA CONHECER COMO AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. PARCIAL REFORMA DO JULGADO. LABOR SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. TORNEIRO MECÂNICO. ENQUADRAMENTO. PARCIAL REFORMA.
- Recurso interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, do CPC. É de se aplicar, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal, de forma a admitir o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não se configura hipótese de erro grosseiro nem de má-fé.
- Nos termos do artigo do art. 557, "caput" e parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, cabe ao relator o julgamento monocrático do recurso, negando-lhe seguimento quando se manifeste inadmissível, improcedente, prejudicado ou para lhe dar provimento se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores.
- Inviabilidade do agravo legal quando constatada, de plano, a inviabilidade da pretensão recursal, mantidos os fundamentos de fato e de direito do julgamento monocrático, que bem aplicou o direito à espécie.
- A parte segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade vindicada aos interregnos de 02/05/79 a 22/11/80 e de 20/05/85 a 01/07/87, dada a comprovação do desempenho de atividade em condições insalubres pela juntada da cópia da CTPS (fls. 39-40) e formulários (fls. 21 e 29), de torneiro mecânico, mediante enquadramento pela categoria profissional.
- Há o implemento do tempo de labor total de 32 (trinta e dois) anos 05 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias, insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, dado o não preenchimento do requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.
- Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pela parte segurada, contra a decisão que não conheceu da remessa oficial, negou seguimento a seu apelo deu parcial provimento à apelação do INSS seu apelo, em sede de ação de concessão de benefício previdenciário (fls. 289-295).

Sustenta a parte recorrente a retificação da decisão guerreada, uma vez que, diversamente do que constou, a segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade aos lapsos de labor na profissão de torneiro mecânico e na função de meio oficial mecânico (fls. 302-339).

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

De início, consigne-se que o recurso foi interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, *caput*, do CPC. É de aplicar, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal, de forma a admitir o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não se configura hipótese de erro grosseiro nem de má-fé, até porque a parte autora apresentou sua irresignação dentro do prazo previsto para a interposição do recurso cabível.

De outro vórtice, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, proferi decisão monocrática terminativa, cujo teor transcrevo:

> (...) DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.
> A concessão da aposentadoria por tempo de serviço está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:
> (...)
> O período de carência é também requisito legal para obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, dispondo o artigo 25 do mesmo diploma legal, *in verbis*:(...)
> O artigo 55 da Lei nº 8.213/91 determina que o cômputo do tempo de serviço para o fim de obtenção de benefício previdenciário se obtém mediante a comprovação da atividade laborativa vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, na forma estabelecida em Regulamento.
> Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/98, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei nº 8.213/91, art. 52).
> Após a EC nº 20/98, aquele que pretende se aposentar com proventos proporcionais deve cumprir as seguintes condições: estar filiado ao RGPS quando da entrada em vigor da referida Emenda; contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher; somar no mínimo 30 (trinta) anos, homem, e 25 (vinte e cinco)

anos, mulher, de tempo de serviço, e adicionar o pedágio de 40% (quarenta por cento) sobre o tempo faltante ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria integral.
Comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral, pelas regras anteriores à EC nº 20/98, se preenchido o requisito temporal antes da vigência da Emenda, ou pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se após a mencionada alteração constitucional (Lei nº 8.213/91, art. 53, I e II).
O art. 4º da EC nº 20/98 estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social (art. 55 da Lei nº 8.213/91).
Além do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado art. 25, II.
Outra regra de caráter transitório veio expressa no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 destinada aos segurados já inscritos na Previdência Social na data da sua publicação. Determina o número de contribuições exigíveis, correspondente ao ano de implemento dos demais requisitos tempo de serviço ou idade.
DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL
A jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, e após pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, conforme a seguir se verifica.
Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigeram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.
O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:
(...)
O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:
(...)
Até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico).
Entre 28/05/95 e 11/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.
Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.96, o dispositivo legal supratranscrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:
(...)
Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).
Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

(...)
Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.
Por fim, ainda no que tange a comprovação da faina especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.
Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faina especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.
Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faina nocente:
(...)
DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM.
A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:
(...)
No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12: "É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".
Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28/05/98, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.11.
Observe-se, também, que a conversão do lapso de atividade sob condições especiais em tempo comum dar-se-á em conformidade à tabela do Decreto nº 3.048/99, artigo 70, por sua vez alterado pelo Decreto nº 4.827/2003, mediante a incidência do fator 1.40, diversamente de 1.20, como entende o INSS em sua irresignação recursal.
DO AGENTE NOCIVO RUÍDO
No que tange a caracterização da nocividade do labor em função da presença do agente agressivo ruído, faz-se necessária a análise quantitativa, sendo considerado prejudicial nível acima de 80 decibéis até 5.3.97 (edição do Decreto 2.172/97); de 90 dB, até 18.11.03 (edição do Decreto 4.882/03), quando houve uma atenuação, sendo que o índice passou a ser de 85 dB. Ainda que tenha havido atenuação pelo Decreto 4.882/03, não se aceita a retroatividade da norma mais benéfica. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:
(...)
Também, no mesmo sentido, as Súmulas nº 32, da TNU, e nº 29, da AGU. (...)
DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL
Quanto ao uso de equipamentos de proteção individual (EPIS), nas atividades desenvolvidas no presente feito, sua utilização não afasta a insalubridade. Ainda que minimize seus efeitos, não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 9 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual "O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o serviço especial prestado".

DO EFETIVO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES ELENCADAS NA EXORDIAL
Cinge-se a controvérsia instaurada nos autos aos pretensos períodos de labor sob condições especiais que se pretende reconhecer (e converter em comum), somados aos lapsos considerados comuns.
Verifique-se os seguintes períodos de atividades laborativas descritas nos autos:
- na empresa Lanifício Santo Amaro S/A, de 01/08/76 a 20/01/79, quando submetido o segurado a ruído de 75 dB, quando laborava no setor de manutenção, o labor não é especial, conforme laudo técnico de fls. 25;
- na empresa Mecânica Serser Ltda., de 02/05/79 a 22/11/80, quando laborada no setor de usinagem de peças, segundo formulário DSS-8030 (fls. 21), exposto a calor, ruído e poeiras metálicas. Sem a juntada de laudo técnico, não há como considerar o lapso especial;
- na empresa Lanifício Santo Amaro S/A, de 03/11/81 a 14/05/84, quando laborava no setor de manutenção; o labor não é especial, conforme laudo técnico de fls. 25;
- na empresa Zema Zselics Ltda, de 21/05/84 a 15/05/85, quando laborava no setor de usinagem como torneiro, exposto a ruído de 86 dB, conforme laudo técnico de fls. 27;
- na empresa Trol S/A Indústria e Comércio, de 20/05/85 a 01/07/87 (fls. 29), quando laborava no setor de usinagem, submetido a calor, ruído e poeiras metálicas, segundo formulário DSS-8030; sem a juntada do laudo técnico, não há como considerara o lapso especial;
- na empresa Bridgestone Firestone do Brasil Ind. Com. Ltda., de 25/04/88 a 31/09/99 e de 01/09/99 a 04/09/2000, quando laborava na oficina mecânica e na oficina de moldes, submetido a ruído de 94 dB, conforme laudo técnico (fls. 34-35). Esclareça-se que a especialidade, nesse lapso, logrou a devida comprovação somente até a data do laudo pericial, 04/09/2000.
Nesse ensejo, nota-se que o requerente preencheu os requisitos necessários à convolação de parte dos períodos pretendidos, restando afastados os laborados de 01/08/76 a 20/01/79 e de 20/05/85 a 01/07/87, como acima aludido, de modo que, somados aos períodos comuns, incontroversos, não faz jus o segurado ao benefício, dado que comprovados 31 (trinta e um) anos e 07 (sete) dias, insuficiente à aposentação, uma vez que não preenchido o requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.
Esclareça-se, ainda, que mesmo considerado o tempo total de labor pretendido na exordial, de 33 anos, 09 meses e 14 dias (fls. 03), com a comprovação de todos os períodos cuja especialidade o autor pretende reconhecer, não estaria satisfeito o requisito da idade mínima, na forma do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20/98, uma vez que a aplicação da norma constitucional permanente, que não exige o implemento de requisito etário, requer a comprovação mínima de 35 anos de contribuição.
Sem condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, por se tratar de parte beneficiária da gratuidade processual.
DISPOSITIVO
POSTO ISSO, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL E, COM FUNDAMENTO NO ART. 557, *CAPUT* E PARÁGRAFO 1º-A, DO CPC, NEGO SEGUIMENTO AO APELO DA PARTE SEGURADA E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS, A FIM DE AFASTAR O RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE DO PERÍODO DE 01/08/76 A 20/01/79, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.
Publique-se. Intime-se.
Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem.(...) (fls.289-295).

Entendo que deve ser parcialmente retificada a decisão anteriormente proferida.

A parte segurada faz jus ao reconhecimento da especialidade vindicada aos interregnos de 02/05/79 a 22/11/80 e de 20/05/85 a 01/07/87, dada a comprovação do desempenho de atividade em condições insalubres pela juntada da cópia da CTPS (fls. 39-40) e formulários (fls. 21 e 29), de torneiro mecânico, mediante enquadramento pela categoria profissional.

Nesse rumo, saliente-se que o Ministério Público do Trabalho considera insalubre a aludida atividade de torneiro mecânico, por analogia às atividades enquadradas no código 2.5.3 do Anexo II do Decreto nº 83.080/79, sendo que, verifica-se por meio da Circular nº 15, de 08/09/1994, do INSS, determinação do enquadramento das funções de ferramenteiro, torneio mecânico, fresador e retificador de ferramentas, exercidas em indústrias metalúrgicas.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Regional:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO §1º ART. 557 DO C.P.C. CONVERSÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL EM COMUM ANTES DE 1980. POSSIBILIDADE. FATOR DE CONVERSÃO. ATIVIDADE ESPECIAL TORNEIRO MECÂNICO. ESMERILHADOR. CATEGORIA PROFISSIONAL.
> I - No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, advento da Lei 9.528/97, independentemente da apresentação de laudo técnico, com base nas atividades previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, cujo rol é meramente exemplificativo.
> II - Tendo o legislador estabelecido na Lei 3.807/60, critérios diferenciados de contagem de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria especial ao obreiro que esteve sujeito à condições prejudiciais de trabalho, feriria o princípio da isonomia negar o mesmo tratamento diferenciado àquele que em algum período de sua vida exerceu atividade classificada prejudicial à saúde, motivo pelo qual pode sofrer conversão de atividade especial em comum os períodos laborados anteriores a 1980.
> III - Sendo o requerimento do benefício posterior à Lei 8.213/91, deve ser aplicado o fator de conversão de 1,40, mais favorável ao segurado do sexo masculino, entendimento este que acabou por ser expressamente acolhido pela legislação previdenciária, por força da edição do Decreto 4.827/2003 que dando nova redação ao art. 70 do Decreto 3.048/99, dispõe que as regras de conversão se aplicam ao trabalho prestado em qualquer período.
> IV - Mantidos os termos da decisão que determinou a conversão de atividade especial em comum com base nos formulários de atividade especial SB-40, na função de torneiro mecânico por analogia à atividade de serralheiro em indústria metalúrgica, ressaltando-se, apenas, que, em sede administrativa, o INSS reconheceu a especialidade da categoria profissional de torneiro mecânico em diversos períodos, em razão da atividade desempenhada, por enquadramento previsto no código 2.5.3 do Decreto 83.080/79 "operações diversas - esmerilhadores", ou seja, a própria autarquia-ré admite a similitude da função de torneiro mecânico e esmerilhador.
> V - Agravo do INSS improvido.
> (Processo nº 200261830032330, 10ª Turma, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Data da Publicação 02/12/2009);

Destarte, verifica-se que há o implemento do tempo de labor total de 32 (trinta e dois) anos 05 (cinco) meses e 26 (vinte e seis) dias, ainda insuficientes à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, dado o não preenchimento do requisito etário ao tempo do requerimento do benefício.

No mais, o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

A decisão agravada abordou as demais questões suscitadas e orientou-se pela legislação aplicável à espécie; devidamente fundamentada, não padece de nenhum vício formal que justifique sua reforma.

DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, PARA RECONHECER O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS NOS PERÍODOS DE 02/05/79 A 22/11/80 E DE 21/05/84 A 15/05/85, MANTIDA, NO MAIS, A R. DECISÃO RECORRIDA.

É COMO VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0004800-47.2008.4.03.9999
(2008.03.99.004800-4)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E JOSE GERALDO DA MATA VIEIRA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSE GERALDO DA MATA VIEIRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE ITAPETININGA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe de Processo: AC 1275185
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA ESPECIAL.
1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.
2. Verifica-se que os interregnos ainda controversos correspondem à atividade urbana, em condição especial, nos períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 18/03/1991 a 04/06/1993, 16/06/1993 a 19/07/1996, 14/08/1996 a 15/12/1998 e de 20/09/2002 a 15/03/2006.
3. Assim, devem ser considerados especiais os períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e 14/08/1996 a 15/12/1998, porquanto restou comprovada a exposição a ruído acima do limite permitido, conforme os documentos acostados nas fls. 21/23 e 26/28, enquadrando-se no código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, bem como no item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e no item 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99 c/c Decreto nº 4.882/03.
4. No entanto, os períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 16/06/1993 a 19/07/1996 e de 20/09/2002 a 15/03/2006 deverão ser considerados comuns, posto que a documentação apresentada pela parte autora não demonstra a sua condição insalubre, tendo em vista a legislação aplicável à época, salientando-se, no mais, que a prova testemunhal mostrou-se insuficiente para a caracterização da insalubridade nos referidos períodos.
5. Enfim, as atividades exercidas pela parte autora, de acordo com a legislação em vigor na época da prestação do serviço, autorizam a concessão de aposentadoria especial ao ser implementado o tempo mínimo de 25 (vinte e cinco) anos.
6. Em seguida, nota-se que o somatório de todos os períodos especiais mencionados não perfaz o mínimo de vinte e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e seguinte da Lei nº 8.213/91. A parte autora não faz jus, portanto, à concessão do benefício de aposentadoria especial.

7. O requerente não perfaz o tempo mínimo previsto em Lei (30 anos), nos termos do art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, bem como, considerando o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, não cumpriu o período adicional conforme o disposto no art. 9º, § 1º, inciso I, alíneas "a" e "b", da referida Emenda, não fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço.
8. Agravos legais desprovidos.

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 aos agravos legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de agravos legais interpostos pela parte autora e pelo INSS em face de decisão monocrática terminativa (art. 557 do CPC) contrária a seus interesses e que, no seu entender, deve ser reformada.

Em suas razões de inconformismo os agravantes postulam a reforma do julgado.

Este o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

O julgamento monocrático se deu segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade-caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito-§ 1º-A).

A compatibilidade constitucional das novas atribuições conferidas ao Relator decorre da impugnabilidade da decisão monocrática mediante recurso para o órgão colegiado, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC, e da conformidade com os primados da economia e celeridade processuais.

Assim, com a interposição do presente recurso, ocorre a submissão da matéria ao órgão colegiado.

Observo que a decisão ora agravada encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria especial.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para conceder o benefício de aposentadoria especial. Inconformado, apela o INSS, requerendo que a r. sentença seja reformada, julgando-se improcedente o pedido da parte autora. Subsidiariamente, pleiteia a reforma do julgado no tocante aos honorários advocatícios.
Após o decurso de prazo, subiram os autos a esta Corte.
É O RELATÓRIO.
DECIDO.
O art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".
Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido dispositivo processual.
Preliminarmente, conheço da remessa oficial, tida por interposta, nos termos do § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.
Passo à análise do mérito.
Inicialmente, entendo oportuno esclarecer os requisitos necessários para o reconhecimento de labor especial, bem como para a concessão do benefício pleiteado.
Quanto aos períodos laborados em condições insalubres, cumpre ressaltar que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais deverão obedecer ao disposto da legislação em vigor na época da prestação do serviço.
No tocante à caracterização como atividade especial, o Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003, que alterou o art. 70 do regulamento da Previdência Social, entrou em vigor em 04/09/2003, dispondo no seu parágrafo 1º que "a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço".
Dessa forma, até a edição da Lei nº 9.032/95, em 29/04/95, deve-se levar em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, os quais admitem como meio de prova para a caracterização da condição especial da atividade exercida o registro em carteira da função expressamente considerada especial, sem prejuízo de outros meios de prova, ressaltando-se que os Decretos devem ser aplicados concomitantemente, não havendo que se falar em revogação do Decreto nº 53.831/64, quando da entrada em vigor do Decreto 83.080/79. A propósito, observe-se o disposto na seguinte ementa:
"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.
1. As Turmas que compõem a Egrégio Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão especial do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.
2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.
3. *O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio* in dúbio pro misero.

4. *Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.* (grifo nosso)
5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).
6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."
(STJ, RESP 412351/RS, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, v.u., DJ 17/11/2003, pág. 355)
Após o referido diploma, passou a ser exigida a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos em caráter permanente. No entanto, tendo em vista que a Lei nº 9.032/95 não estabeleceu a forma pela qual deverá ser comprovada a exposição aos agentes agressivos, ressalto que esta poderá, por exemplo, dar-se através da apresentação do informativo SB-40 ou do DSS-8030, sem limitação dos demais possíveis meios de prova.
Somente com a edição do Decreto nº 2172, de 05/03/1997, regulamentando a Medida Provisória nº 1523/96, tornou-se exigível a apresentação de laudo técnico para a caracterização da condição especial da atividade exercida, mas por se tratar de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9528, de 10/12/1997.
Sendo assim, somente a partir de 10/12/1997, passou a ser exigida a apresentação de laudo técnico ou de formulário baseado em laudo técnico para fins de comprovação da atividade especial exercida.
Neste sentido:
"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA EM QUE OS SERVIÇOS FORAM PRESTADOS. CONVERSÃO EM COMUM DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. LEI 9.032/95 E DECRETO 2.172/97. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
I - O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição a cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.
II - A exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos, estabelecida no § 4º do art. 57 e §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei 8.213/91, este na redação da Lei 9.732/98, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo se aplicada a situações pretéritas.
III - Até o advento da Lei 9.032/95, em 29-04-95, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta Norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 05-03-97, que regulamentou a MP 1523/96 (convertida na Lei 9.528/97), que passou a exigir o laudo técnico.
IV - O § 5º, do artigo 57 da Lei 8.213/91, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei 9.711/98, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial em comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da MP 1.663-10, em 28.05.98, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95.
V - Agravo interno desprovido."
(STJ, AGRESP 493458/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU: 23/06/2003)
"PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - AFRONTA À LICC - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL ATÉ O ADVENTO DA LEI 9.528,

DE 10.12.97 - VERBA HONORÁRIA - SÚMULA 111/STJ.
(...)
- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida em períodos compreendidos entre 01.03.73 a 31.08.75; 01.07.76 a 30.09.87 e 02.10.87 a 20.07.99, por força da Lei nº 9.528/97, a conversão é admissível somente até 10.12.97, por não estar sujeita à restrição legal. Por outro lado, o tempo de serviço especial exercido no período entre 11.12.97 a 20.7.99, não pode ser enquadrado como especial, dada a ausência de laudo pericial.
(...)
- Recurso parcialmente conhecido e nesta parte provido, para reconhecer a conversão do tempo de serviço especial em comum, somente nos períodos compreendidos entre 01.03.1973 a 31.08.75; 01.07.76 a 30.09.87 e 02.10.87 a 10.12.1997 e determinar a incidência dos honorários advocatícios sobre as parcelas vencidas, até a data da prolação da sentença monocrática, em consonância com a Súmula 111/STJ."
(STJ, Processo nº 200200350357, RESP nº 422616, 5ª T., Rel. Jorge Scartezzini, v. u., D: 02/03/2004, DJ: 24/05/2004, pág:00323)
Saliente-se, ainda, que o limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, conforme julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o RESP 1.398.260-PR, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), julgado em 14/05/2014.
Sendo assim, deve ser observado o limite de tolerância de 80 decibéis até a vigência do Decreto nº 2172/97, quando então passou a ser reconhecido o limite de ruído no nível de 90 decibéis, reduzido este, a partir do Decreto nº 4882/03, para 85 decibéis.
Outrossim, observo que a exigência legal de comprovação de exposição a agente insalubre de forma permanente, introduzida pela Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213, não pode ser aplicada retroativamente. Acrescente-se que a expressão tempo de trabalho permanente à qual se refere este parágrafo deve ser interpretada como o labor continuado, não eventual ou intermitente, de modo que não significa a exposição ininterrupta a agente insalubre durante toda a jornada de trabalho (STJ, REsp 658016/SC, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., D: 18/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 318; TRF da 2ª Região, Processo nº 200151015310890, AC 330073, 2ª T., Des. Fed. Messod Azulay Neto, v. u., D: 11/04/2006, DJU: 02/05/2006, pág.: 269; TRF da 4ª Região, APELREEX 200470000241760, 5ª T., Rel. João Batista Lazzari, v. u., D: 14/07/2009, D.E. 17/08/2009).
Acrescente-se que a utilização de equipamento de proteção individual (EPI) não descaracteriza a natureza especial da atividade exercida, posto que não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz os seus efeitos.
Neste sentido:
"DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS LEGAIS. ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. HIDROCARBONETOS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL NA DER. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO ATÉ AQUELA DATA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL NA DER. IMPOS-

SIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DAS REGRAS PREVISTAS NA EC 20/98. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. O uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Precedentes desta Corte. 2. Não há garantia de utilização do equipamento por todo o período, não obstante a menção no laudo técnico de fiscalização da empresa. Ressalte-se que o fornecimento de EPI tornou-se obrigatório apenas com a Lei 9.732/98. 3. A parte autora comprovou que exerceu atividade especial no período de 02/05/2000 A 10/11/2008, exposto ao fator de risco químico 'hidrocarbonetos, compostos de carbono', agente nocivo previsto no item 1.0.11 do anexo IV do Decreto 3.048/99, conforme PPP. 4. O tempo total de serviço/contribuição do autor, comprovado nos autos, incluindo os períodos de trabalho em atividade especial com o acréscimo da conversão em tempo comum, mais os demais períodos de contribuição reconhecidos no procedimento administrativo, contados até a DER, alcança 34 anos, 1 mês e 19 dias, sendo insuficiente para o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição. 5. Por ocasião da entrada do requerimento administrativo, o autor não preenchia os requisitos etário e tempo de serviço/contribuição, exigidos pelo Art. 9º, I, II e § 1º, da EC 20/98, para o benefício de aposentadoria na forma proporcional. 6. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada. 7. Agravos legais desprovidos."

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, Proc. nº 0000450-89.2012.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 20/01/2015)

Quanto à necessidade de prévio custeio, ressalto que inexiste vinculação do ato de reconhecimento de tempo de atividade perigosa ao eventual pagamento de encargos tributários com alíquotas diferenciadas, eis que os artigos 57 e 58, da Lei nº 8.213/91, não demandam tal exigência, que constituiria encargo para o empregador, não podendo o empregado ser por isso prejudicado, inexistindo, pois, violação aos artigos 195 e 201 da Constituição Federal.

Ademais, a extemporaneidade dos documentos apresentados não obsta o reconhecimento de tempo de trabalho sob condições especiais, até porque como as condições do ambiente de trabalho tendem a aprimorar-se com a evolução tecnológica, supõe-se que em tempos pretéritos a situação era pior ou quando menos igual à constatada na data da elaboração, conforme já decidido por esta E. Corte, em voto de relatoria da MMª Juíza Rosana Pagano, proferido na AC 2002.61.20.003044-7, em 10-07-2008.

No tocante aos requisitos legais para concessão do benefício de aposentadoria especial, o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 (com a redação dada pela Lei nº 9.032/95) determina o cumprimento da carência exigida na referida Lei, e o trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a legislação.

Por sua vez, dispõe o artigo 66 do Decreto nº 3.048/99 que, se o segurado houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, considerada a atividade preponderante e os fatores de conversão que discrimina.

Passo, então, ao exame do presente caso.

De início, verifica-se que os interregnos ainda controversos correspondem à atividade urbana, em condição especial, nos períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 18/03/1991 a 04/06/1993, 16/06/1993 a 19/07/1996, 14/08/1996 a 15/12/1998 e de 20/09/2002 a 15/03/2006.

Assim, devem ser considerados especiais os períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e 14/08/1996 a 15/12/1998, porquanto restou comprovada a exposição a ruído acima do limite permitido, conforme os documentos acostados nas fls. 21/23 e 26/28, enquadrando-se no código 1.1.6

do Decreto nº 53.831/64 e no item 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, bem como no item 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e no item 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99 c/c Decreto nº 4.882/03.
No entanto, os períodos de 12/03/1975 a 05/12/1988, 13/12/1988 a 18/04/1990, 02/07/1990 a 01/03/1991, 16/06/1993 a 19/07/1996 e de 20/09/2002 a 15/03/2006 deverão ser considerados comuns, posto que a documentação apresentada pela parte autora não demonstra a sua condição insalubre, tendo em vista a legislação aplicável à época, salientando-se, no mais, que a prova testemunhal mostrou-se insuficiente para a caracterização da insalubridade nos referidos períodos.
Enfim, observo que as atividades exercidas pela parte autora, de acordo com a legislação em vigor na época da prestação do serviço, autorizam a concessão de aposentadoria especial ao ser implementado o tempo mínimo de 25 (vinte e cinco) anos.
Em seguida, nota-se que o somatório de todos os períodos especiais mencionados não perfaz o mínimo de vinte e cinco anos necessários à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e seguinte da Lei nº 8.213/91.
A parte autora não faz jus, portanto, à concessão do benefício de aposentadoria especial.
Por outro lado, o requerente não perfaz o tempo mínimo previsto em Lei (30 anos), nos termos do art. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, bem como, considerando o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, não cumpriu o período adicional conforme o disposto no art. 9º, § 1º, inciso I, alíneas "a" e "b", da referida Emenda, não fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço.
Sendo os litigantes vencidos e vencedores concomitantemente, torna-se indevida a condenação nas verbas da sucumbência, conforme disposto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.
Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, *dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS,* para reconhecer o exercício de atividade urbana, em condição especial, somente nos períodos de 18/03/1991 a 04/06/1993 e de 14/08/1996 a 15/12/1998, julgando improcedente os pedidos de concessão de aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de serviço.
Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito dos tribunais. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática, que merece ser sustentada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AOS AGRAVOS LEGAIS.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0027667-97.2009.4.03.9999
(2009.03.99.027667-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VICENTE CARLOS DA FONSECA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BEBEDOURO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1442831
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543 -C, § 7º, II, DO CPC. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR A PROVA DOCUMENTAL.
1. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência.
2. A comprovação do tempo de serviço, nos termos do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/1991, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.
3. Tendo em vista, o julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a admissão de tempo de serviço rural anterior à prova documental.
4. No caso em apreço, cabe o reconhecimento da atividade rural do período requerido (01.01.1966 a 31.12.1971) que, somados aos demais vínculos, *não* alcança o tempo de serviço necessário para a concessão do benefício pleiteado.
5. Agravo parcialmente provido, em juízo de retratação positiva, para reconhecer o exercício de atividade rural no período de 01.01.1966 a 31.12.1971.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *na forma do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, em juízo de retratação positiva, dar parcial provimento ao Agravo Legal da parte autora,* nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de reexame previsto no art. 543 - C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, do v. acórdão (fls. 131/134v) que, por unanimidade, negou provimento ao agravo legal interposto pela parte autora em face de decisão monocrática (fls. 106/114) que deu parcial provimento à

Remessa Oficial, tida por interposta, e à Apelação do INSS, para reconhecer o trabalho rural apenas no interregno de 31.12.1968 a 31.12.1971 e julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

O tempo de serviço do segurado trabalhador rural exercido antes da data de início de vigência da Lei nº 8.213/1991, é de ser computado e averbado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, mas não se presta para efeito de carência (Lei nº 8.213/1991, art. 55, § 2º).

A comprovação do tempo de serviço, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado, nos termos do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/1991, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

O art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social, ou seja, nada obsta, em tais condições, a soma do tempo das atividades rural e urbana.

Aliás, a junção dos tempos de serviço relativos às atividades rural e urbana, na vigência da redação original do § 2º do art. 202 da Constituição Federal de 1988, já era admitida pela Corte Suprema, ao esclarecer que a aludida regra constitucional de contagem recíproca se restringe ao tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada (RE 148.510 SP, Min. Marco Aurélio).

Dito reconhecimento não demanda a prova de cobrança de contribuições do tempo de serviço rural, conforme jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA CONTAGEM DE APOSENTADORIA URBANA. RGPS. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESNECESSIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.
> Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, a teor do disposto no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91. A Constituição Federal de 1988 instituiu a uniformidade e a equivalência entre os benefícios dos segurados urbanos e rurais, disciplinado pela Lei nº 8.213/91, garantindo-lhes o devido cômputo, com a ressalva de que, apenas nos casos de recolhimento de contribuições para regime de previdência diverso, haverá a necessária compensação financeira entre eles (art. 201, § 9º, CF/88). Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 610.865 RS, Min. Hélio Quaglia Barbosa; REsp 506.959 RS, Min. Laurita Vaz; REsp 616.789 RS, Min. Paulo Medina; REsp 434.837 MG, Min. Hamilton Carvalhido; REsp 616.789 RS, Min. Paulo Medina).

Cabe destacar, que o fato de evidenciar a prova o trabalho do menor, à época com doze (12) anos de idade, na companhia dos pais, em regime de economia familiar, em nada prejudica

a contagem desse tempo.

De todo razoável o seu cômputo, pois a autorização constitucional condicionada ao vínculo empregatício (EC 1/69, art. 165, X) se justificava no intuito de proteção do menor, o que está implícito no dever de educar dos pais nas famílias em que predomina a economia de subsistência.

De igual modo, se a atual Constituição veda o trabalho aos menores de 14 (catorze) anos o faz certamente em benefício deles; logo, em tais condições, descabe prejudicá-los deixando de computar o período de atividade rurícola desde a idade de doze (12) anos.

Aliás, constitui entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça que o exercício da atividade rural do menor, em regime de economia familiar, deve ser reconhecido para fins previdenciários, já que as normas proibitivas do trabalho do menor são editadas para protegê-los:

> PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. MENOR DE 14 ANOS. TEMPO DE SERVIÇO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. Comprovado o tempo de serviço da trabalhadora rural em regime de economia familiar, quando menor de 14 anos, impõe-se a contagem desse período para fins previdenciários. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (REsp 314.059 RS, Min. Paulo Gallotti; EREsp 329.269 RS, Min. Gilson Dipp; REsp 419.796 RS, Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 529.898 SC, Min. Laurita Vaz; REsp 331.568 RS, Min. Fernando Gonçalves; AGREsp 598.508 RS, Min. Hamilton Carvalhido; REsp. 361.142 SP, Min. Felix Fischer).

No caso dos autos, o autor requereu o reconhecimento de atividade rural no período de 01/01/1966 a 31/12/1971.

O conjunto probatório revela razoável início de prova material, mediante cópia de documento datado de 1968 (Certificado de Dispensa de Incorporação - fl. 10) em que o autor é qualificado como lavrador, sendo corroborada por prova testemunhal (fls. 61/62), consoante o enunciado da Súmula do C. STJ nº 149.

Tendo em vista, o julgamento do Recurso Especial nº 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, pela Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a admissão de tempo de serviço rural anterior à prova documental, desde que corroborado por prova testemunhal idônea:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.
> 2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ).
> 3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo

de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.
4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.
5. Ainda que inexista prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.
6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.
7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil. (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, por maioria, julgado em 28.08.2013).

Comprovado se acha, portanto, o exercício da atividade rural no período requerido pelo autor de *01.01.1966 a 31.12.1971,* totalizando 06 anos e 01 dia de serviço rural.

Cumpre esclarecer, ainda, que o período de trabalho rural ora reconhecido não se presta para efeitos da carência para a aposentadoria por tempo de serviço.

Verifica-se que, quando da entrada em vigor das novas regras (16.12.1998) o autor não possuía direito às regras anteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998, pois, somando-se o período rural, ora reconhecido, aos períodos constantes da CTPS até 15.12.1998, apura-se o total de *28 anos, 08 meses e 29 dias*. Assim, de acordo com as regras de transição, o tempo faltante, já computado com seu respectivo acréscimo legal, corresponde a 30 anos e 06 meses, conforme cálculo de pedágio.

Com tais considerações, em juízo de retratação positiva, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, apenas para reconhecer a atividade rural no período de *01.01.1966 a 31.12.1971,* mantendo, no mais, a decisão agravada.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos do segurado, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata expedição de certidão de tempo de serviço, nos termos acima, com observância das disposições do art. 461 e §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil, facultando à Autarquia consignar na própria certidão a ausência de recolhimento de contribuições ou indenização para fins de contagem recíproca (TRF 3ª Região, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, Embargos Infringentes nº 2002.03.99.036699-1, julgado em 10.11.2011).

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002442-71.2010.4.03.6109
(2010.61.09.002442-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ANTONIO HELIO TREVISAN
Remetente: JUIZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: ApelReex 1774910
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUIZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO EPI.
1. O C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *ARE n. 664.335*, em regime de repercussão geral, decidiu que: *(i)* se o EPI for *realmente capaz de neutralizar* a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; *(ii)* havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a *real eficácia do EPI* para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; *(iii)* na hipótese de exposição do trabalhador a *ruído* acima dos limites de tolerância, a utilização do *EPI não afasta a nocividade do agente.*
2. O juízo de retratação delimitado pela Vice-Presidência refere-se à especialidade do trabalho desempenhado com exposição a *agente agressivo diverso do ruído*, com informação sobre *utilização eficaz do EPI.*
3. O acórdão proferido da Nona Turma desta Corte não destoa do julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, valorados os elementos de prova dos autos, verifica-se que, na hipótese, diante das circunstâncias da prestação laboral descritas no PPP, o equipamento de proteção individual (EPI) não é realmente capaz de neutralizar a nocividade do agente (químico).
4. O campo "*EPI Eficaz (S/N)*" constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não *atenuação* dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere a *real eficácia* do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.
5. Decisão anterior mantida. Juízo de retração negativo (artigo 543-B do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no artigo 543-B, manter a decisão anterior, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator)**:**

Trata-se de ação proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia a revisão de aposentadoria por tempo de contribuição, com reconhecimento de tempo especial.

Em julgamento colegiado, a Nona Turma deste Tribunal manteve a decisão monocrática anteriormente proferida, a qual deu parcial provimento à apelação autárquica e à remessa oficial, para: (i) conceder a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora (NB 150.210.234-7), e (ii) fixar os critérios de incidência dos consectários.

Em razão do decidido no ARE n. 664.335/SC, retornaram os autos a esta Turma, por determinação da E. Vice-Presidência deste Tribunal, em conformidade com o disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC, para apreciação de possível dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

É o breve e necessário relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator):

O C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *ARE n. 664.335*, em regime de repercussão geral, decidiu que: *(i)* se o EPI for *realmente capaz de neutralizar a nocividade*, não haverá respaldo ao enquadramento especial; *(ii)* havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a *real eficácia do EPI* para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; *(iii)* na hipótese de exposição do trabalhador a *ruído* acima dos limites de tolerância, a utilização do *EPI não afasta a nocividade* do agente.

É o que se infere do julgado transcrito na decisão da E. Vice-Presidência: STF, Pleno, ARE n. 664.335/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 4/12/2014, DJe 12/2/2015.

No caso, entretanto, o acórdão da Nona Turma desta Corte não destoa do julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O juízo de retratação delimitado pela Vice-Presidência refere-se à especialidade do trabalho desempenhado com exposição a *agente agressivo diverso do ruído*, com informação sobre *utilização eficaz do EPI*.

Assim, a reanálise recai sobre os períodos de 1º/1/2004 a 31/12/2004 e de 1º/1/2006 a 28/2/2006, em que houve o enquadramento especial decorrente da exposição habitual e permanente do autor a *agentes químicos* (benzeno, tolueno e xileno).

Com efeito, valorados os elementos de prova dos autos, verifica-se que, na hipótese, diante das circunstâncias da prestação laboral descritas no PPP, o equipamento de proteção individual (EPI) *não é realmente capaz* de neutralizar a nocividade do agente.

Quanto a esse aspecto, sublinhe-se o fato de que o campo *"EPI Eficaz (S/N)"* constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não *atenuação* dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere a real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B do CPC, *mantenho a decisão* desta Nona Turma e determino o retorno destes autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência para as providências cabíveis.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009830-92.2010.4.03.6119
(2010.61.19.009830-8)

Apelante: MARCO ANTONIO SANTNER
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 2117714
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2015

DECISÃO

Trata-se de ação que busca o *restabelecimento do auxílio-doença e posterior concessão de aposentadoria por invalidez* em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito pela *improcedência* do pedido *(fls. 209/210).*

Inconformada, a parte-autora apelou requerendo a reforma do julgado *(fls. 212/220).*

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ.

Inicialmente, rejeito a alegação preliminar arguida pelo réu em suas razões de apelação, concernente ao cerceamento de defesa por não ter sido analisado seu pedido de realização de nova perícia, tendo em vista que, nos termos do art. 130 do CPC, o Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção, de acordo com o seu livre convencimento.

Passo ao exame do feito.

Em vista da legislação vigente na data em que são reunidos os requisitos materiais e formais para a concessão de benefícios previdenciários, e para o que interessa a este feito, a aposentadoria por invalidez está prevista nos arts. 42 a 47, ao passo em que o auxílio-doença está contido nos arts. 59 a 63, todos da Lei 8.213/1991.

Por força desses preceitos normativos, a concessão da aposentadoria por invalidez depende, cumulativamente, da comprovação: a) da incapacidade total e permanente para o trabalho; b) de doença ou lesão posterior ao ingresso do requerente como segurado ou, se anterior, se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão; c) da carência de 12 contribuições (observadas as exceções legais), estando ou não a pessoa no gozo do auxílio-doença; d) da condição de segurado (obrigatório ou facultativo) da Previdência Pública do trabalhador no momento do surgimento da incapacidade.

Tanto quanto a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença é benefício previdenciário substitutivo do trabalho, motivo pelo qual ambos têm requisitos semelhantes. A diferença é que concessão de auxílio-doença se dá em casos nos quais o trabalhador pode ser recuperado ou readaptado (reabilitado) para o trabalho, e, por isso, a incapacidade laboral pode ser parcial e permanente ou total e temporária, perdurando enquanto houver doença incapacitante. Por

isso, é necessário flexibilizar a análise do pedido em ações judiciais a propósito desses temas, de modo que é possível conceder aposentadoria por invalidez se o pedido foi de auxílio-doença (com fundamento especialmente na celeridade e otimização da prestação jurisdicional que decorrem da duração razoável do processo) bem como é possível conceder auxílio-doença se requerida aposentadoria por invalidez (não só porque pelo argumento *a maiori, ad minus*, mas também pela economicidade e pela eficiência que orientam a atuação estatal), mesmo porque restam preservados a ampla defesa e o contraditório nessa flexibilização.

É verdade que haverá incapacidade total e permanente se o trabalhador for insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência segundo suas qualificações profissionais, idade e demais elementos que se inserem em seu contexto. Por tudo isso é essencial a realização de parecer ou perícia médica que viabilize a aferição, no caso concreto, de deficiência do trabalhador para atividades que possam prover seu sustento.

Diante do sistema solidário que deriva da construção jurídica da seguridade social brasileira, o cumprimento da carência e a condição de segurado são também requisitos relevantes, porque exibem o comprometimento do trabalhador com a manutenção financeira dos benefícios pecuniários pagos pelo INSS. Por isso, a incapacidade laborativa não pode existir antes do ingresso no sistema de seguridade, sob pena de ofensa tanto à solidariedade quanto à própria igualdade (na medida em que não só a necessidade pessoal deve mover o trabalhador a contribuir para as reservas que financiam o seguro social).

Embora exigindo em regra apenas 12 contribuições (art. 24 e art. 25, I, da Lei 8.213/1991), a carência por certo é dispensável nas hipóteses do art. 26, II, da mesma Lei 8.213/1991, que prevê inexigência em casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social (e suas atualizações), de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Até que seja elaborada a lista de doenças referidas, o art. 151 da Lei 8.213/1991 dispensa de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. O art. 11, VII, o art. 26, III, e o art. 39, I, todos da Lei 8.213/1991 também dispensam de carência aqueles que se caracterizam como segurados especiais nas formas de "pequenos produtores" ou "pescadores artesanais" ou que inserem no denominado "regime de economia familiar".

Enquanto se verificar o trabalho e as contribuições, haverá condição de segurado do Regime Geral, exigência que estimula a permanência do trabalhador no sistema solidário da seguridade. Contudo, em regra, cessado o trabalho e as contribuições, há a perda da condição de segurado no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos previstos no art. 15 da Lei 8.213/1991. Antes disso se dá o chamado "período de graça" porque até então ficam mantidos a filiação e conseqüentes direitos perante a Previdência Social (note-se, por prazo indeterminado para quem está no gozo de benefícios conforme art. 15, I da Lei 8.213/1991), tudo extensível ao trabalhador doméstico por força do art. 63 da Lei Complementar 150/2015. É claro que será mantida a condição de segurado (mesmo além

dos prazos do art. 15 da Lei 8.213/1991) se houver demonstração clara de que a incapacidade laboral o impediu a continuidade ou o retorno tempestivo ao trabalho.

Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

A propósito das provas da carência e da condição de segurado, por certo servem para tanto a carteira de trabalho, carnês ou guias de recolhimento de contribuições previdenciárias e demais meios de prova, especialmente as indicações do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) mantido pelo próprio INSS (e, por isso, dotado de presunção relativa de veracidade e de validade). Contudo, o trabalhador (rural ou urbano) também poderá demonstrar esses elementos por prova testemunhal fortalecida por início de prova documental, com amparo na Súmula 149 do E.STJ.

Presentes os requisitos, em regra, o termo inicial do benefício é o momento no qual o mesmo é reclamado junto ao INSS pelas vias próprias, quais sejam, a data do requerimento administrativo (se houver) ou a data da citação (dos dois, a anterior), conforme decidido pelo E.STJ no RESP 1369165, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/02/2014, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Somente em casos de atraso na citação imputado ao Poder Judiciário é que aplica a Súmula 106 do E.STJ, quando a data da distribuição da ação judicial é o termo inicial. Dentre outros momentos que, por exceção, podem ser definidos como termo inicial estão a data da incapacidade (quando superveniente ao requerimento administrativo ou à citação/ajuizamento), caso no qual caberá ao laudo pericial a exata definição do momento a partir de sua análise concreta. É também pertinente também fixar a data da indevida cessação em caso de restabelecimento de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Importante observar que o termo inicial do benefício (momento no qual é concedido, independentemente da data do primeiro pagamento) é também referência para a definição dos critérios legais aplicáveis ao cálculo do benefício.

Após a concessão, há outra diferença relevante entre esses benefícios por incapacidade, uma vez que a aposentadoria por invalidez é paga por tempo indeterminado (por conta da permanente incapacidade, embora novos procedimentos científicos possam ensejar a recuperação da capacidade laboral) e o auxílio-doença pode ser pago por tempo indeterminado ou determinado (dependendo da incapacidade e possibilidade de recuperação ou readaptação do segurado). Por isso, esses benefícios permitem análises periódicas por parte das autoridades administrativas, bem como a delimitação temporal em certas circunstâncias do auxílio-doença.

No caso dos autos, foi requerido o restabelecimento de auxílio-doença até a recuperação da parte-autora ou até a concessão de aposentadoria por invalidez, a partir da cessação do benefício (15/01/2008). O ajuizamento da presente ação deu-se em 15/10/2010 (fls. 02), tendo sido efetivada a citação do réu em 14/02/2011 (fls. 86).

A sentença julgou improcedente o pedido, com base na conclusão médica pericial.

Apela a parte-autora, aduzindo preliminar de cerceamento de defesa, já analisada. No mérito, pugna pelo reconhecimento do período de incapacidade indicado pelo perito judicial (setembro de 2009), para fins de concessão do benefício previdenciário.

Com relação à carência e à condição de segurado, consoante pesquisa realizada no CNIS, há registro de diversas relações de trabalho entre 01/03/1984 e outubro de 2003, gozo de auxílio-doença nos períodos de 26/02/2004 a 20/05/2006, 28/06/2006 a 15/01/2008 e

06/02/2007 a 30/07/2007, além de contribuições vertidas na qualidade de empregado doméstico em agosto de 2007 e na qualidade de segurado facultativo de 01/08/2015 a 31/12/2015.

Contudo, realizada perícia na especialidade de Psiquiatria, cujo laudo foi elaborado em 01/06/2011 (fls. 119/125), ficou consignado que o requerente é portador de "Transtorno Depressivo Recorrente, atualmente em remissão com uso de medicamentos (CID 10 F33)", não havendo incapacidade laboral atual sob o ponto de vista psiquiátrico. Por outro lado, indicou a existência de incapacidade no mês de setembro de 2009 (fls. 144).

Por sua vez, a perícia realizada em 27/09/2013 pela especialista em Neurologia constatou que o requerente é portador de epilepsia, porém tal moléstia não o incapacita para o exercício de suas atividades habituais, por estar controlada com medicação (fls. 176/181).

Observando o histórico da parte-autora, nota-se que ao tempo do primeiro laudo pericial estava prestes a completar 46 anos (porque nasceu em 09/06/1965, fls. 18), estudou até o ensino médio, tendo trabalhado como escriturário e auxiliar em estabelecimento bancário, recebedor de mercadorias em estabelecimento de comércio varejista e praticante junto à Ferrovia Paulista S/A (CTPS, fls. 20/21). Assim, os problemas de saúde apresentados pela parte-autora não impedem o seu trabalho regular.

Por isso, estão ausentes os requisitos para a concessão do benefício requerido.

Considerando que o feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita, quando vencida a parte-autora, não há condenação em sucumbência pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei 1.060/1950 torna a sentença um titulo judicial condicional (RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). Portanto, a parte-autora está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais nos termos da Lei 1.060/1950.

Do exposto, nos termos do art. 557, do CPC, NEGO PROVIMENTO *à apelação.*

Sem condenação em custas e honorários, respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 10 de dezembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0001356-15.2013.4.03.6124
(2013.61.24.001356-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ ROBERTO SCALON NOGUEIRA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe de Processo: AMS 354609
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. REJEITADA. SEGURADO JÁ APOSENTADO NO RPPS. REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DO TEMPO DE SERVIÇO NÃO UTILIZADO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NO REGIME PÚBLICO PARA FINS DE CONTAGEM RECÍPROCA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA JUNTO AO RGPS. ATIVIDADES CONCOMITANTES. POSSIBILIDADE.

1. Ao contrário do afirmado pela Autarquia, não há necessidade de dilação probatória para se aferir a liquidez e certeza do direito invocado, o que autoriza a impetração do writ, não sendo o caso de indeferimento da inicial nos termos do artigo 10º da Lei nº 12.016/2009.

2. O impetrante é aposentado junto ao regime próprio de previdência em razão do exercício do cargo público de perito medico do INSS desde 29/09/2011.

3. Objetiva a averbação dos períodos trabalhados no regime celetista, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, que, embora concomitantes, não foram utilizados para fins de concessão do benefício no regime próprio.

4. O exercício de atividades concomitantes pelo segurado não é proibido por lei, sendo que a própria legislação previdenciária autoriza a cumulação de uma aposentadoria pelo regime estatutário e outra pelo regime geral, desde que não seja computado o mesmo tempo de serviço ou de contribuição em mais de um regime.

5. No caso analisado, não há qualquer indício de que houvesse incompatibilidade de horários entre as duas atividades exercidas pelo requerente (perito médico), tampouco a de que pretenda o uso no regime privado de tempo computado quando aposentou pelo regime próprio.

6. Possibilidade do INSS emitir certidão de tempo de serviço, para que o segurado da Previdência Social possa levar para o regime de previdência privado o período de tempo e de contribuição não utilizados para aposentadoria no regime próprio.

7. Preliminar rejeitada. Reexame necessário e apelação do INSS desprovidos.

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, rejeitar a preli-

minar e negar provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *José Roberto Scalon Nogueira*, alegando que é aposentado do cargo de médico perito previdenciário do INSS desde 28/09/2011, e requerendo a averbação do período concomitante em que esteve filiado ao Regime Geral de Previdência Social, e não computado para aposentadoria no regime próprio, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 180/181 opinando pela ausência de interesse público a justificar a sua intervenção no presente *writ*.

A r. sentença de fls. 183/192 concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada averbe e compute para fins previdenciários os períodos de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, bem como que o INSS observe, ainda, a concomitância entre alguns vínculos.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação alegando preliminar de inadequação da via eleita, ante a ausência de liquidez e certeza, além da necessidade de dilação probatória. No mérito, sustenta, em síntese, a impossibilidade da averbação do período requerido, uma vez que o impetrante estava vinculado a regime próprio de previdência. Alega, ainda, que o requerente não pode computar o mesmo tempo para obter duas aposentadorias, considerando a unidade de vínculos.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

A Ilustre Representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo desprovimento da apelação do INSS e do reexame necessário.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora):

Objetiva o impetrante a averbação e contagem do tempo de serviço não utilizado para concessão de aposentadoria no regime próprio, para fins de obtenção de benefício junto ao Regime Geral de Previdência Social.

No que tange a preliminar arguida, tem-se que o mandado de segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado.

Analisando a questão posta nos autos, verifica-se que com a petição inicial o Impetrante juntou cópia do procedimento administrativo (fls. 16/100) contendo toda documentação necessária à análise do pedido. Assim, ao contrário do afirmado pela Autarquia, não há necessidade

de dilação probatória para se aferir a liquidez e certeza do direito invocado, o que autoriza a impetração do *writ*, não sendo o caso de indeferimento da inicial nos termos do artigo 10º da Lei nº 12.016/2009.

Rejeito, portanto, a arguição de carência da ação, por falta de interesse para agir.

Passo, pois, ao exame do mérito.

Alega o requerente fazer jus à expedição da certidão de averbação do tempo de serviço trabalhado como perito médico para fins de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, pois tal período, embora concomitante, não foi utilizado na concessão do benefício de aposentadoria no regime próprio.

Por sua vez, sustenta o INSS que o tempo trabalhado no regime celetista, como perito, exercido concomitantemente com o cargo público, já foi considerado na contagem para a concessão de aposentadoria no regime próprio. Alega, ainda, que para fins de contagem de tempo não importa o número de vínculos existentes ao mesmo tempo, mas sim o período efetivamente trabalhado. Sustenta, por fim, que o pedido do autor importa em computar tempo dobro.

A contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada é assegurada pela Constituição Federal (§ 2º do artigo 202) e pela Lei nº 8.213/91 (artigo 94, parágrafo único), devendo os diversos sistemas previdenciários envolvidos efetuar a compensação financeira pertinente.

Quanto à possibilidade de contagem recíproca do tempo de serviço exercido na atividade privada e no serviço público, assim dispõe a Lei de Benefícios da Previdência Social:

> Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
> I - não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais;
> II - é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes;
> III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;
> (...)

Reza o art. 12, § 2º, da Lei 8.213/91, que todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada no RGPS é segurado obrigatório e, portanto, deve recolher contribuições previdenciárias sobre a remuneração de cada uma delas.

Na concessão de benefício, o salário de benefício será o somatório integral dos respectivos salários de contribuição, quando satisfeitos os requisitos legais para a concessão de benefício em cada atividade, conforme dispõe art. 32, inciso I da Lei 8.213/91.

Quando o segurado houver preenchido os requisitos para a concessão de benefício em apenas uma das atividades, utiliza-se a média dos salários de contribuição de cada atividade, porém sobre a média das atividades nas quais não foram preenchidos os requisitos legais, aplica-se o percentual resultante da relação entre o número total de meses de contribuição do segurado nas atividades concomitantes e o número de meses de contribuição exigidos pela carência do benefício, ou o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício por tempo de serviço, nos termos do art. 32, incisos II e III da Lei 8.213/91.

O art. 96, II, da Lei 8.213/91 veda que seja contado duas vezes o mesmo período em virtude do exercício de atividades concomitantes na área privada e pública.

Na hipótese dos autos, o impetrante é aposentado junto ao regime próprio de previdência em razão do exercício do cargo público de perito medico do INSS desde 29/09/2011 (fls. 40, 44 e 74).

Com efeito, pelos documentos de fls. 40, 44/46 e 74, verifica-se que na concessão do benefício de aposentadoria concedido no regime próprio de previdência, em 28/09/2011, o demandante utilizou os seguintes períodos laborativos: 01/06/1978 a 30/11/1978, 03/01/1979 a 21/08/1979, 22/08/1979 a 01/05/1981, 16/10/1981 a 23/11/1982, 24/11/1982 a 02/10/1983, 03/10/1983 a 28/04/1995, 29/04/1995 a 07/05/1995 e de 08/05/1996 a 13/10/1996, além do período de 03/10/1983 a 28/09/2011, referente ao cargo de perito médico do INSS (37 anos, 11 meses e 15 dias).

Os demais períodos trabalhados no regime celetista, de 01/02/1982 a 17/01/1987, 15/06/1982 a 15/09/1986, 16/03/1987 a 06/11/1987 e de 01/07/1987 a 19/11/1987, embora concomitantes, não foram utilizados para fins de concessão do benefício no regime próprio, nem ao menos as contribuições vertidas neste período foram utilizadas no cálculo do salário de benefício, a teor do disposto no artigo 32 da Lei nº 8.213/91.

Por outro lado, o exercício de atividades concomitantes pelo segurado não é proibido por lei (art. 37, XVI, c, da CF), sendo que a própria legislação previdenciária autoriza a cumulação de uma aposentadoria pelo regime estatutário e outra pelo regime geral, desde que não seja computado o mesmo tempo de serviço ou de contribuição em mais de um regime. No caso analisado, não há qualquer indício de que houvesse incompatibilidade de horários entre as duas atividades exercidas pelo requerente (dois cargos de profissional da saúde), tampouco a de que pretenda o uso no RGPS de tempo computado quando aposentou pelo regime próprio.

Assim, o tempo de serviço do impetrante como perito médico nos períodos requeridos, pode ser aproveitado no regime privado, devendo o INSS expedir a respectiva certidão do tempo de serviço, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO JÁ APOSENTADO NO SERVIÇO PÚBLICO COM UTILIZAÇÃO DA CONTAGEM RECÍPROCA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA JUNTO AO RGPS. TEMPO NÃO UTILIZADO NO INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. FRACIONAMENTO DE PERÍODO. POSSIBILIDADE. ART. 98 DA LEI Nº 8.213/91. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.
> 1. *A norma previdenciária não cria óbice à percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, quando os tempos de serviços realizados em atividades concomitantes sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles.*
> 2. O art. 98 da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado restritivamente, dentro da sua objetividade jurídica. A vedação contida em referido dispositivo surge com vistas à reafirmar a revogação da norma inserida na Lei nº 5.890/73, que permitia o acréscimo de percentual a quem ultrapassasse o tempo de serviço máximo, bem como para impedir a utilização do tempo excedente para qualquer efeito no âmbito da aposentadoria concedida.
> 3. *É permitido ao INSS emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, possibilitando ao segurado da Previdência Social levar para o regime de previdência próprio dos servidores públicos apenas o montante de tempo de serviço que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado naquele regime. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado para qualquer efeito no RGPS. O tempo não utilizado, entretanto, valerá para efeitos previdenciários junto à Previdência Social.*
> 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 687.479/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 30.05.2005)

Diante do exposto, REJEITO A PRELIMINAR E NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO INSS.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0001257-41.2014.4.03.6114
(2014.61.14.001257-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: PEDRO ADEMIR BISSON
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO
Classe de Processo: AMS 353914
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2015

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE EM CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. CARÁTER ALIMENTAR. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no art. 557 do CPC, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta E. Corte.

2. É indevida a devolução dos valores recebidos pelo autor a título de cumulação dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria, pois tais verbas possuem natureza alimentar e foram recebidas de boa-fé, por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela.

3. 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.

4. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Cuida-se de agravo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 557 do CPC, deu parcial provimento à apelação do impetrante e negou seguimento

à remessa oficial e à apelação da Autarquia, para determinar a desnecessidade de devolução dos valores recebidos indevidamente a título de auxílio-acidente.

Aduz o INSS, em síntese, que a parte impetrante deve ser condenada à restituição das verbas recebidas indevidamente a título de auxílio-acidente em cumulação com aposentadoria. Requer o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

À mesa, para julgamento.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO – Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Não procede a insurgência da parte agravante.

A decisão agravada foi proferida em consonância com o artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o julgamento por decisão singular, amparada em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

Assentado este entendimento colegiado, os integrantes desta Sétima Turma, com fundamento no artigo 557, do CPC, passaram a decidir monocraticamente os feitos desta natureza.

Cabe salientar também que, conforme entendimento pacífico desta E. Corte, 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.

E não está a merecer reparos a decisão recorrida, a qual passo a transcrever, *in verbis:*

> (...)
> Com efeito, é indevida a devolução dos valores recebidos pelo autor a título de cumulação dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria, pois tais verbas possuem natureza alimentar e foram recebidas de boa-fé, por força de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela. A propósito, confiram-se os seguintes julgados:
> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO. BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.
> 1. Cumpre asseverar que não há nos autos informação da existência de tutela antecipada para recebimento do benefício previdenciário, conforme alegado pelo agravante.
> 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade dos descontos, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, aplicando ao caso o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes. Súmula 83/STJ.
> 3. A decisão agravada, ao julgar a questão que decidiu de acordo com a interpretação sistemática da legislação, especialmente nos termos do art. 115 da Lei nº 8.112/91, apenas interpretou as normas, ou seja, de forma sistemática, não se subsumindo o caso à hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem que a questão tenha sido decidida pelo Plenário.
> Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 432511/RN Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0380462-5 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 17/12/2013, Publicação/Fonte DJe 03/02/2014)
> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO AFASTADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-

FÉ PELA SEGURADA.
1 - Não há violação ao art. 130, § único da Lei nº 8.213/91, pois esse dispositivo exonera o beneficiário da previdência social de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada, não guardando, pois, exata congruência com a questão tratada nos autos.
2 - O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo pacífica perante esse Superior Tribunal de Justiça.
3 - Cabe ressaltar que, entendimento diverso desse implicaria afronta ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, que não agasalha a hipótese do credor dos alimentos vir a ser compelido a devolver as parcelas percebidas por força de decisão judicial.
4 - Não há falar em violação ao art. 115 da Lei nº 8.213/91, pois esse regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não agraciando os casos majorados por força de decisão judicial.
5 - Agravo regimental a que se nega provimento."
(STJ; AgRg no REsp 1054163/RS; 6ª Turma; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 10.06.2008; DJe 30.06.2008).
"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. POSTULAÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIÇÃO SEÇÃO...
1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, sedimentou o entendimento sobre o tema para assentar que, em se tratando de verba alimentar percebida por força de tutela antecipada, posteriormente revogada, aplicável a jurisprudência consagrada por este Tribunal, pautado pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos.
(...)"
(STJ; Edcl no REsp 996850/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 04.11.2008; DJe 24.11.2008).
"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, em razão do seu caráter alimentar, incidindo, na hipótese, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.
2. Recurso especial conhecido e improvido".
(STJ, REsp 446892, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, v.u, DJ 18.12.2006, p. 461)
"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, §1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO JUDICIAL REFORMADA. RESTITUIÇÃO DE VALORES. NATUREZA ALIMENTAR. PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS.
I - A restituição pretendida pelo INSS é indevida, porquanto as quantias auferidas pela autora tiveram como suporte decisão judicial que se presume válida e com aptidão para concretizar os comandos nelas insertos, não restando caracterizada, assim, a má-fé da parte autora.
II - A decisão agravada não se descurou do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, porquanto, ante o conflito de princípios concernente às prestações futuras (vedação do enriquecimento sem causa X irrepetibilidade dos alimentos), há que se dar prevalência

à natureza alimentar das prestações, em consonância com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.
III - Agravo do INSS desprovido (art. 557, §1º, do CPC).”
(TRF 3ª Região, AI nº 2010.03.00.034841-0, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 01.03.2011, DJF3 09.03.2011.)
Do exposto, enfrentadas as questões pertinentes à matéria em debate, com fulcro no art. 557, do CPC, *dou parcial provimento à apelação do impetrante e nego seguimento à remessa oficial à apelação do INSS,* nos termos da fundamentação. Não há honorários advocatícios em mandado de segurança (art. 25, da Lei nº 12.016/2009).
Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem.
Publique-se. Intime-se.

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.

Impõe-se, por isso, a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002405-74.2014.4.03.6183
(2014.61.83.002405-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 102/104
Interessado: JOSÉ SANTIAGO PONTO GORJON
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe de Processo: ApelReex 2075098
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECADÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO. TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Verifica-se que o prazo decadencial da MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97, não incide na espécie, eis que não trata a presente ação de pedido de revisão da RMI, nos termos do Art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere à revisão de ato de concessão.

2. O entendimento firmado pelo E. STF, no julgamento do RE 564.354-9/SE, é no sentido de que o teto do salário-de-contribuição é elemento externo à estrutura jurídica dos benefícios previdenciários, de modo que a adequação aos novos limites das EC 20/98 e EC 41/03 importa em alteração da renda mensal do benefício, e não modificação do ato de concessão, restando afastada a prejudicial de decadência.

3. A questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos.

4. O benefício concedido no período denominado “buraco negro” também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emendas constitucionais. Precedente desta Turma.

5. Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitado ao teto máximo; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas ECs 20/98 e 41/03, respeitada a prescrição quinquenal e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

6. 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 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de agravo legal, contra decisão que, de ofício, reconheceu a prescrição quinquenal e negou seguimento à remessa oficial e à apelação, em pleito de revisão de benefício previdenciário mediante sua adequação aos tetos impostos pelas EC 20/98 e EC 41/03.

Sustenta o agravante, preliminarmente, que, nos termos da decisão do STF no RE 564.354/SE, a pretensão de revisão encontra-se coberta pela decadência.

Alega, no mérito, que o benefício da parte autora está situado no período denominado de buraco negro, não tendo direito à revisão do Art. 26, da Lei 8.870/94, e não sendo abrangido pela decisão proferida pelo STF no RE 564.354-9, uma vez que o julgamento esteve baseado única e exclusivamente nos benefícios contemplados pelas Leis 8.870/94 e 8.880/94, não abarcando DIB's situadas no período do buraco negro, nem mesmo DIB's anteriores à CF/88.

Requer, por fim, o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

A decisão agravada (fls. 102/104) foi proferida nos seguintes termos:

> Trata-se de remessa oficial e apelação nos autos em se objetiva a revisão de benefício previdenciário mediante sua adequação aos tetos impostos pelas EC 20/98 e EC 41/03.
> O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar as diferenças, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, ambos pelas Resoluções 134/2010 e 267/2013 do CJF. Os honorários foram fixados em 10%, nos termos da Súmula 111 do STJ. A sentença foi submetida ao reexame necessário.
> Apela o INSS, no mérito, pleiteando a reforma da r. sentença.
> Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.
> É o relatório. Decido.
> Por primeiro, é aplicável o disposto no § 3º, do Art. 475, do CPC, pois a sentença está fundamentada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, Assim, é inadmissível a remessa oficial.
> Passo à análise da matéria de fundo.
> O Art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91 estabeleceu como teto ao salário-de-benefício o limite máximo do salário-de-contribuição na data de início do benefício.
> O Art. 33 da mesma lei prevê também um limitador para a renda mensal, que não pode ter valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no Art. 45.
> Após exaustiva discussão nos Tribunais Superiores pátrios, o Supremo Tribunal Federal fulminou a controvérsia acerca do limite legalmente imposto, decidindo por sua constitucionalidade. Nos anos de 1998 e 2003, o teto máximo de pagamento da Previdência foi alterado, respectivamente, pelas emenda s Constitucionais nº 20/98 (Art. 14) e nº 41 /03 (Art. 5º).
> O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a aplicação do novo valor teto aos benefícios já concedidos não viola o ato jurídico perfeito. É o que se vê no julgamento que segue:

"DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTER AÇÃO. EMENDA S CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41 /2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. N ec ESSIDADE DE INTERPRE AÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. R ec URSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da emenda Constitucional nº 20/1998 e do art. 5º da emenda Constitucional nº 41 /2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário."
(RE 564354, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe 14-02-2011)

A divergência naquela E. Corte, manifestada no voto proferido pelo Exmo. Ministro Dias Tóffoli, entendia que o cálculo do benefício é ato único, não passível de recálculo mensal para adequação aos novos tetos, de modo que a parte excedente ao salário-de-benefício não poderia ser reincorporada quando das modificações dos tetos, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito.

Os Ministros que acompanharam a Exma. Relatora assentaram posicionamento no sentido de que o redutor é elemento externo ao cálculo do benefício, pelo que, sempre que o teto máximo de pagamento de benefícios for modificado, fará jus o segurado ao novo teto, considerando-se o cálculo originário, ou seja, as contribuições corrigidas do PBC.

Considerando que o benefício está sujeito, não apenas ao redutor quando do pagamento do benefício, mas também ao redutor quando da definição do SB (média dos salários-de-contribuição corrigidos), tem-se, pelo precedente do Excelso Pretório, que aqueles que tiveram o salário-de-benefício limitado pelo teto vigente na data da concessão do benefício são os destinatários do julgado em questão.

Esclareça-se, ademais, que há casos em que o INSS fez incidir o valor máximo do salário-de-contribuição da Previdência Social sobre as contribuições que integraram o período básico de cálculo, razão pela qual os segurados enquadrados nesta situação, também devem ser contemplados por aquele julgado.

Ressalte-se, portanto, que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários de contribuição. Não se trata de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos, ou seja, absorção do valor resultante do redutor pelos novos tetos.

O benefício concedido no período denominado "buraco negro" também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emenda s constitucionais.

Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. EMENDA S CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41 /2003. I - O E. STF, no julgamento do RE 564354/SE, entendeu ser possível a readequação dos benefícios aos novos tetos constitucionais previstos nas emenda s 20/98 e 41 /03, considerando o salário de benefício apurado à época da concessão administrativa. II - Considerando que no caso dos autos, o benefício da parte autora, concedido no período denominado 'buraco negro', foi limitado

ao teto máximo do salário-de-contribuição, o demandante faz jus às diferenças decorrentes da aplicação dos tetos das emenda s 20 e 41 , por meio da evolução de seus salários de benefícios pelos índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários. III - Agravo do INSS improvido (art. 557, § 1º, do CPC)." TRF3, APELREEX - 0000616-45.2011.4.03.6183, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimentos, 10ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2013

Quanto à questão do benefício do autor superar ou não os tetos, há casos em que poderia resultar em prejuízo ao segurado, especialmente naquelas situações em que se está postulando revisão diversa em outro feito, o que permitiria a alteração do cálculo do salário-de-benefício.

Diante disso, creio que assegurar a revisão ora pretendida, mesmo que na fase de execução não se encontre diferenças em favor do demandante, constitui a medida mais justa. Assim, ainda que, inicialmente, o segurado não tenha tido o benefício limitado pelo teto, tem direito à prestação jurisdicional que assegure a efetivação deste direito em vista da possibilidade de ter os seus salários-de-contribuição, integrantes do período básico de cálculo do benefício, majorados ou alterados por força de revisão administrativa ou judicial.

Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS de fl. 20, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitada ao teto máximo.

De rigor, portanto, a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas emendas Constitucionais nº 20/98 e 41 /2003, respeitada a prescrição quinquenal (Art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91) e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e a data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

O percentual da verba honorária deve ser mantido (10%), porquanto fixado de acordo com os §§ 3º e 4º, do Art. 20, do CPC, e a base de cálculo deve ser fixada em conformidade com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, de ofício, reconheço a prescrição quinquenal e, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à remessa oficial e à apelação, nos termos supra explicitados.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

In casu, verifica-se que o prazo decadencial da MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97, não incide na espécie, eis que não trata a presente ação de pedido de revisão da RMI, nos termos do Art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere à revisão de ato de concessão.

O entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do RE 564.354-9/SE é no sentido de que o teto do salário-de-contribuição é elemento externo à estrutura jurídica dos benefícios previdenciários, de modo que a adequação aos novos limites das EC 20/98 e EC 41/03 importa

em alteração da renda mensal do benefício, e não modificação do ato de concessão, restando afastada a prejudicial de decadência.

Ressalte-se que a questão não se traduz como aumento da renda na mesma proporção do reajuste do valor do teto dos salários-de-contribuição; não se tratando de reajuste do benefício, mas de readequação aos novos tetos.

O benefício concedido no período denominado "buraco negro" também está sujeito à readequação aos tetos das referidas emendas constitucionais.

Em análise ao demonstrativo de cálculo de revisão do INSS de fl. 20, verifica-se que o salário-de-benefício da parte autora foi limitado ao teto máximo; sendo de rigor a readequação dos valores do benefício pleiteados a fim de cumprir o decidido pelo E. STF, no RE 564.354/SE, aplicando-se os novos tetos previstos nas ECs 20/98 e 41/03, respeitada a prescrição quinquenal (Art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91) e descontados eventuais valores já pagos administrativamente.

Por fim, quanto ao prequestionamento da matéria para fins recursais, não há falar-se em afronta a dispositivos legais e constitucionais, porquanto o recurso foi analisado em todos os seus aspectos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0035268-81.2014.4.03.9999
(2014.03.99.035268-4)

Agravante: JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 112/117
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDREGULHO - SP
Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe de Processo: AC 2018559
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2016

EMENTA

AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - VIGIA. ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. PORTE. NATUREZA ESPECIAL. RECONHECIDA. AGRAVO PARCIAL PROVIDO.

I. A respeito da atividade de vigilante, em atenção à reforma legislativa realizada pela Lei nº 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante e afins como perigosa, com o adicional de 30%, em virtude da exposição da categoria a roubos ou outras espécies de violência, não fazendo menção a uso de armas, considero referida atividade como especial ainda que não haja a demonstração de porte de armas de fogo.

II. Reputa-se perigosa tal função por equiparação da categoria àquelas previstas no item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ainda que não tenha sido incluída pelos Decretos nº 83.090/79 e nº 89.312/84, cujos anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa.

III. Ressalte-se que essa presunção de periculosidade perdura mesmo após à vigência do Decreto nº 2.172/97, independentemente do laudo técnico a partir de então exigido. Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça.

III. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo legal da parte autora, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Gilberto Jordan, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, ficando vencida a Desembargadora Federal Marisa Santos que negava provimento.

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN – Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo legal interposto pelo autor contra decisão monocrática (fls. 112/117) que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Sustenta que todas as atividades indicadas devem ser reconhecidas como especiais. Requer a retratação na forma do art. 557, § 1º, do CPC, ou, em caso negativo, o julgamento do recurso pelo órgão colegiado competente na forma regimental.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Agravo legal interposto pelo autor contra decisão monocrática (fls. 112/117) que deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

Registro, de início, que "Esta Corte Regional já firmou entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte" (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, *in* RTRF 49/112).

As razões recursais apresentadas não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.

A decisão agravada assentou:

> Ação ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento da natureza especial das atividades indicadas às fls. 64/65, com a consequente concessão da aposentadoria especial ou da aposentadoria por tempo de contribuição.
> O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento da aposentadoria por tempo de serviço, desde a citação - 06.08.2013, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação. Deferiu, ainda, a tutela antecipada.
> Sentença proferida em 04.04.2014, não submetida ao reexame necessário.
> O autor apela, requerendo a fixação do termo inicial na data do pedido administrativo.
> O INSS apela, sustentando não haver prova da natureza especial das atividades reconhecidas e pede, em consequência, a reforma da sentença.
> Com contrarrazões, subiram os autos.
> É o relatório.
> Passo ao julgamento da causa aplicando o disposto no art. 557 do CPC, por se tratar de matéria pacificada na jurisprudência dos Tribunais.
> Tratando-se de sentença ilíquida, está sujeita ao reexame necessário, nos termos do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.101.727 (DJ 03.12.2009). Tenho por interposta a remessa oficial.

Dispunha o art. 202, II, da CF, em sua redação original:
"Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:
(...)
II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;"
Em obediência ao comando constitucional, editou-se a Lei nº 8.213, de 24.07.1991, cujos arts. 52 e seguintes forneceram o regramento legal sobre o benefício previdenciário aqui pleiteado, e segundo os quais restou afirmado ser devido ao segurado da Previdência Social que completar 25 anos de serviço, se mulher, ou 30 anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário-de-benefício para o máximo de 100%, caso completados 30 anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 anos, se do sexo masculino.
A tais requisitos, some-se o cumprimento da carência, acerca da qual previu o art. 25, II, da Lei nº 8.213/91 ser de 180 contribuições mensais no caso de aposentadoria por tempo de serviço. Tal norma, porém, restou excepcionada, em virtude do estabelecimento de uma regra de transição, posta pelo art. 142 da Lei nº 8.213/91, para o segurado urbano já inscrito na Previdência Social por ocasião da publicação do diploma legal em comento, a ser encerrada no ano de 2011, quando, somente então, serão exigidas as 180 contribuições a que alude o citado art. 25, II, da mesma Lei nº 8.213/91.
Oportuno anotar, ainda, a EC 20, de 15.12.1998, cujo art. 9º trouxe requisitos adicionais à concessão de aposentadoria por tempo de serviço:
"Art. 9º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:
I - contar com 53 (cinqüenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;
II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
a) 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta), se mulher; e
b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior."
Ineficaz o dispositivo em questão desde a origem, por ausência de aplicabilidade prática, razão pela qual o próprio INSS reconheceu não serem exigíveis quer a idade mínima para a aposentação, em sua forma integral, quer o cumprimento do adicional de 20%, aos segurados já inscritos na Previdência Social em 16.12.1998. É o que se comprova dos termos postos pelo art. 109, I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.2005:
"Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o contido no § 2º, do art. 38 desta IN, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações:
I - aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:
a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher."
A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo; tal entendimento visa não só amparar o próprio segurado

contra eventuais alterações desfavoráveis perpetradas pelo Instituto autárquico, mas tem também por meta, induvidosamente, o princípio da segurança jurídica, representando uma garantia, ao órgão segurador, de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que expressamente prevista.

Realço, também, que a atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial, conforme já de há muito pacificado pelo extinto TFR na Súmula 198:

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. DESNECESSIDADE. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA LEI COMPROVADO MEDIANTE LAUDO ESPECÍFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, consubstanciam instrumento processual apto a sanar omissão, obscuridade ou contradição, e corrigir eventual erro material.

2. Até a edição da Lei 9.032/95 (28/4/95), existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no anexo dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 tão-só pela atividade profissional, quando então passou a ser exigida a sua comprovação por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas até a data da publicação do Decreto 2.172/97. *In casu*, apesar da correta fundamentação, foi reconhecido, pela atividade profissional, o tempo de serviço até 5/3/97, verificando-se, dessa forma, a apontada contradição no voto do recurso especial.

4. A constatação do alegado vício, entretanto, em nada prejudica a conclusão alcançada pelo aresto ora embargado, uma vez que o restante do tempo considerado especial - entre 29/4/95 e 5/3/97 - foi devidamente comprovado mediante formulários emitidos pela empresa, na forma estabelecida pelo INSS.

5. Embargos de declaração acolhidos para suprir a contradição, sem a atribuição de efeitos infringentes."

(EDcl REsp 415298/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe *06.04.2009)*.

Posto isso, impõe-se verificar se cumpridas as exigências legais para a caracterização da natureza especial das atividades citadas na inicial.

Até o advento da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do citado Decreto nº 83.080/79 e Anexo do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto nº 357, de 07.12.1991, que "Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social" e pelo art. 292 do Decreto nº 611, de 21.07.1992, que "Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7.12.1991, e incorpora as alterações da legislação posterior".

Com a edição da Lei 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, conforme a nova redação então atribuída ao § 4º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

"§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício".

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PERIGOSAS E INSALUBRES DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DECISÃO MANTIDA POR SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO.

1. A decisão está em sintonia com a orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, segundo a qual é direito do servidor público, ex-celetista, contar o tempo de serviço prestado em condições perigosas e insalubres de acordo com a legislação vigente à época de prestação do serviço.
2. Agravo regimental improvido."
(AgRg Resp 929774/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 31.03.2008).
Registro, por oportuno, ter sido editada a controversa Ordem de Serviço 600/98, alterada pela OS 612/98, estabelecendo certas exigências para a conversão do período especial em comum, quais sejam:
a) a exigência de que o segurado tenha direito adquirido ao benefício até 28.05.1998, véspera da edição da Medida Provisória 1.663-10, de 28.05.1998;
b) se o segurado tinha direito adquirido ao benefício até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95 -, seu tempo de serviço seria computado segundo a legislação anterior;
c) se o segurado obteve direito ao benefício entre 29.04.1995 - Lei nº 9.032/95 - e 05.03.1997 - Decreto nº 2.172/97 -, ou mesmo após esta última data, seu tempo de serviço somente poderia ser considerado especial se atendidos dois requisitos: 1º) enquadramento da atividade na nova relação de agentes agressivos; e 2º) exigência de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos para todo o período, inclusive o anterior a 29.04.1995.
Em resumo, as ordens de serviço impugnadas estabeleceram o termo inicial para as exigências da nova legislação relativa ao tempo de serviço especial.
E com fundamento nesta norma infralegal é que o INSS passou a denegar o direito de conversão dos períodos de trabalho em condições especiais.
Ocorre que, com a edição do Decreto 4.827, de 03.09.2003, que deu nova redação ao art. 70 do Decreto 3.048 - Regulamento da Previdência Social -, de 06.05.1999, verificou-se substancial alteração do quadro legal referente à matéria posta a desate, não mais subsistindo, a partir de então, o entendimento posto nas ordens de serviço em referência.
Isso é o que se dessume da norma agora posta no citado art. 70 do Decreto nº 3.048/99:
"Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:
(...)
§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.
§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período".
Importante realçar, no particular, ter a jurisprudência do STJ firmado orientação no sentido da viabilidade da conversão de tempo de serviço especial para comum, em relação à atividade prestada após 28.05.1998:
"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
1. É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28 de maio de 1998. Precedentes desta 5ª Turma.
2. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.
3. Agravo desprovido."
(AgRg Resp 1087805/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 23.03.2009).
Diga-se, ainda, ter sido editado o Decreto 4.882, de 18.11.2003, que "Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.0480, de 6 de maio de 1999".
A partir de então, restou alterado o conceito de "trabalho permanente", com o abrandamento do rigor excessivo antes previsto para a hipótese, conforme a nova redação do art. 65 do Decreto 3.048/99:

"Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial".

Para comprovar a natureza especial das atividades, o autor juntou cópias das CTPS (fls. 66/80) e primeira página de perfil profissiográfico previdenciário, supostamente emitido por Prefeitura Municipal de Jeriquara, sem identificação do emissor ou assinatura (fls. 24).

Nos períodos de 09.03.1973 a 04.06.1973 e de 23.02.1974 a 15.08.1975, o autor trabalhou como "operário", e de 01.03.1976 a 28.06.1976, como "prenseiro" na Algodoeira Centenário do Sul; de 09.11.1977 a 19.08.1981, o autor foi "manipulador de equipamentos e materiais" junto à Ford Brasil S/A.

Tais funções não estão enquadradas na legislação especial e não foram apresentados laudo técnico ou perfil profissiográfico previdenciário para os períodos, o que impede o reconhecimento da sua natureza especial.

De 01.07.1983 a 22.01.1984, o autor foi "tratorista" junto a Circles Agropecuária S/A; de 06.12.1986 a 06.06.1987 foi "motorista" junto a Alfredo de Almeida; de 13.07.1987 a 26.01.1993 e a partir de 01.03.2000, sem data de saída, exerceu atividade de "motorista" junto à Prefeitura Municipal de Jeriquara; de 14.07.1993 a 21.12.1993 foi "motorista" junto à Transportadora Arcazul Ltda.; e de 21.12.1995 a 10.01.1997 foi "motorista" junto à Empresa São José Ltda.

As atividades de "motorista de caminhão" e "motorista de ônibus" constam dos decretos legais e a sua natureza especial pode ser reconhecida apenas pelo enquadramento profissional até 05.03.1997, quando passou a ser obrigatória a apresentação do laudo técnico ou do perfil profissiográfico previdenciário.

Entretanto, nos vínculos de trabalho de 06.12.1986 a 06.06.1987 e de 14.07.1993 a 21.12.1993, o autor foi contratado como "motorista", não sendo possível determinar se era motorista de caminhão, de ônibus ou de veículo de menor porte, o que impede o reconhecimento da natureza especial dessas atividades.

A função de "tratorista" pode ser equiparada à de motorista de caminhão e, assim, a natureza especial das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 pode ser reconhecida.

Considerando que a Empresa São José Ltda. cuida do transporte coletivo urbano, a natureza especial das atividades de 21.12.1995 a 10.01.1997, que se infere exercidas como motorista de ônibus, pode ser reconhecida.

Entretanto, as atividades junto à Prefeitura Municipal de Jeriquara não podem ser consideradas especiais, visto que não foram exercidas como motorista de ônibus ou de caminhão, havendo anotação na CTPS de que era "motorista de gabinete" (fls. 75).

O PPP incompleto juntado às fls. 24 não pode ser admitido, pois, além de se referir a atividades exercidas a partir de 01.03.2000, é documento apócrifo e não conta com indicação de profissional responsável pelos registros ambientais.

Em relação à atividade de guarda, vigia ou vigilante, a partir da Lei 7.102/83, passou-se a exigir a prévia habilitação técnica do profissional, como condição para o regular exercício da atividade, especialmente para o uso de arma de fogo, e para serviços prestados em estabelecimentos financeiros ou em empresas especializadas na prestação de serviços de vigilância ou de transporte de valores:

"Art. 15. Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do *caput* e §§ 2º, 3º e 4º do art. 10. (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:
I - ser brasileiro;
II - ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;
III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;
IV - ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei. (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994, sendo que a exigência já constava da redação original);
V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;
VI - não ter antecedentes criminais registrados; e
VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.
Parágrafo único - O requisito previsto no inciso III deste artigo não se aplica aos vigilantes admitidos até a publicação da presente Lei
Art. 17. O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro no Departamento de Polícia Federal, que se fará após a apresentação dos documentos comprobatórios das situações enumeradas no art. 16. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.184, de 2001).
Art. 18 - O vigilante usará uniforme somente quando em efetivo serviço.
Art. 19 - É assegurado ao vigilante:
I - uniforme especial às expensas da empresa a que se vincular;
II - porte de arma, quando em serviço;
III - prisão especial por ato decorrente do serviço;
IV - seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora".
Com a nova exigência instituída pela Lei 7.102/83, o enquadramento pela atividade profissional somente é possível se cumpridos os requisitos para o exercício da função, nos termos ali estipulados, especialmente nos casos em que o segurado não exerce suas funções em empresas ligadas à área de segurança patrimonial ou pessoal.
Apenas após a vigência da Lei 7.102/83, o porte de arma de fogo é elemento essencial para a configuração da atividade especial.
Acrescento recente julgado do TRT da 3ª Região (Minas Gerais):
"EMENTA: VIGIA E VIGILANTE. DIFERENCIAÇÃO.
A função do vigilante se destina precipuamente a resguardar a vida e o patrimônio das pessoas, exigindo porte de arma e requisitos de treinamento específicos, nos termos da lei nº 7.102/83, com as alterações introduzidas pela lei nº 8.863/94, exercendo função parapolicial. Não pode ser confundida com as atividades de um simples vigia ou porteiro, as quais se destinam à proteção do patrimônio, com tarefas de fiscalização local. O vigilante é aquele empregado contratado por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviços de vigilância e transporte de valores, o que não se coaduna com a descrição das atividades exercidas pelo autor, ou seja, de vigia desarmado, que trabalhava zelando pela segurança da reclamada de forma mais branda, não sendo necessário o porte e o manejo de arma para se safar de situações emergenciais de violência."
(TRT 3ª Região, Proc. 00329-45.2014.5.03.0185, Rel. Juíza Fed. Convocada Rosemary de Oliveira Pires, p. 14.07.2014).
No caso dos autos, não foi comprovada a devida habilitação profissional, exigida a partir de 21.06.1983, como condição para o regular exercício da atividade de vigilante, e não há informação de que o autor portava arma de fogo no exercício de suas atividades, inviabilizando o reconhecimento das condições especiais do período de 16.07.1984 a 29.08.1985.
Conforme tabela anexa, até a edição da EC-20, o autor tem 19 anos, 1 mês e 18 dias, tempo insuficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mesmo na forma proporcional.
O autor se enquadra nas regras de transição, e deve comprovar mais 15 anos e 3 meses para ter direito ao benefício.
Até o ajuizamento da ação - 12.07.2013, conta o autor com mais 13 anos, 4 meses e 12 dias,

insuficientes para o deferimento da aposentadoria por tempo de serviço.
DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS para reformar a sentença, reconhecer a natureza especial apenas das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 e de 21.12.1995 a 10.01.1997 e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço, cassando a tutela concedida. PREJUDICADA a apelação do autor. Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.
Oficie-se ao INSS para o imediato cumprimento desta decisão.
Int.

A decisão agravada está de acordo com o disposto no §1º - A do art. 557 do CPC, visto que segue jurisprudência dominante do STJ e demais Tribunais.

Com vistas a essa orientação, não há qualquer vício no *decisum* a justificar a sua reforma.

NEGO PROVIMENTO ao agravo legal.

É o voto

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora.

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN:

Trata-se de agravo legal interposto pela parte Autora em face de decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, § 1º do CPC, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço.

A e. Relatora, em seu voto, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, reconhecendo a natureza especial apenas das atividades exercidas de 01.07.1983 a 22.01.1984 e de 21.12.1995 a 10.01.1997.

Em suas razões recursais, sustenta a parte autora, que todas as atividades devem ser reconhecidas como especiais.

Com a data máxima vênia da e. Relatora, ouso divergir de seu voto tão somente em relação ao período de trabalho exercido pela parte autora como vigia, ou seja, de 16.07.1984 a 29.08.1985.

A respeito da atividade de vigilante, em atenção à reforma legislativa realizada pela Lei nº 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, para considerar a profissão de guarda patrimonial, vigia, vigilante e afins como perigosa, com o adicional de 30%, em virtude da exposição da categoria a roubos ou outras espécies de violência, não fazendo menção a uso de armas, considero referida atividade como especial ainda que não haja a demonstração de porte de armas de fogo.

Ademais, reputa-se perigosa tal função por equiparação da categoria àquelas previstas no item 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ainda que não tenha sido incluída pelos Decretos nº 83.090/79 e nº 89.312/84, cujos anexos regulamentares encerram classificação meramente exemplificativa.

Ressalte-se que essa presunção de periculosidade perdura mesmo após à vigência do Decreto nº 2.172/97, independentemente do laudo técnico a partir de então exigido, consoante a orientação jurisprudencial do C. Superior Tribunal Justiça (6ª Turma, RESP nº 441469, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 11/02/2003, DJU 10/03/2003, p. 338).

Aliás, a despeito da necessidade de se comprovar esse trabalho especial mediante estudo técnico ou perfil profissiográfico, entendo que tal exigência não se mostra adequada aos ditames da Seguridade Social, pois, ao contrário das demais atividades profissionais expostas a agentes nocivos, o laudo pericial resulta inviável no caso dos vigias, na medida em que a avaliação do grau de periculosidade se dá no mesmo âmbito da presunção adotada pelo enquadramento no Decreto nº 53.831/64, vale dizer, somente seria possível avaliar a efetiva exposição de risco numa situação real de defesa ao patrimônio tutelado, justamente o que se procura prevenir com contratação dos profissionais da área da segurança privada.

A propósito da continuidade das circunstâncias de perigo a que exposto o segurado, bem decidiu este E. Tribunal que "Diferentemente do que ocorre com a insalubridade, na qual ganha importância o tempo, por seu efeito cumulativo, em se tratando de atividade perigosa, sua caracterização independe da exposição do trabalhador durante toda a jornada, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte, justificando o enquadramento especial , não havendo que se falar em intermitência, uma vez que o autor exerce a função de vigia durante toda a jornada de trabalho, assim sendo, a exposição ao risco é inerente à sua atividade profissional" (10ª Turma, AC nº 2007.03.99.038553-3, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, j. 23/06/2009, DJF3 01/07/2009, p. 889).

Partindo de tais premissas, reconheço como atividade especial o período de trabalho de 16.07.1984 a 29.08.1985, exercido como vigia.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo legal da parte autora para reconhecer o período de *16.07.1984 a 29.08.1985* como atividade exercida em condições especiais.

É como voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0036533-21.2014.4.03.9999 (2014.03.99.036533-2)

Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessada: RAISSA GABRIELY DA SILVA SANTOS (incapaz)
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JACAREÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
Classe de Processo: ApelReex 2021045
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/12/2015

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. AGRAVO (ART. 557 DO CPC). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
1. No caso de o segurado estar desempregado ao tempo de seu encarceramento, repensada a questão, curvo-me à posição firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que não há renda a ser considerada, atendendo-se, desse modo, o critério de baixa renda exigido.
2. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2015.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Púbico Federal contra acórdão proferido pela Nona Turma, o qual manteve a decisão que, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento à apelação da parte autora, que havia sido imposta contra sentença que julgou improcedente o pedido visando à condenação do INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão.

Sustenta a embargante, em síntese que no v. acórdão houve omissão no julgado que não se pronunciou sobre a questão frente aos artigos 80 da Lei 8.213/91 e art. 116, do Decreto 3.048, pelos quais o valor a ser considerado para fins de concessão do benefício é aquele efetivamente recebido pelo segurado, o que não ocorre na hipótese dele se encontra desempregado.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Os embargos de declaração merecem acolhimento, em razão das peculiaridades do caso concreto em que se evidencia situação excepcional a ensejar a atribuição de efeitos infringentes aos declaratórios de forma a acompanhar a jurisprudência que veio a se consolidar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto à verificação da situação de baixa renda, a qual me curvo.

Nesse sentido, confira-se precedente da Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ARTS. 4º, 6º E 9º). CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.
> DESNECESSIDADE.
> 1. A atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.
> 2. O acórdão embargado negou provimento ao Agravo Regimental de Carlos Chaves, sob o argumento de que: a) não se pode conhecer do recurso interposto sem a comprovação do preparo nos moldes do art.
> 511, *caput*, do Código de Processo Civil; e b) a jurisprudência do STJ também pacificou-se no sentido de que o preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, sendo certo, outrossim, que na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores.
> 3. Todavia, o entendimento atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9º da Lei 1.060/50, sendo desnecessário para o processamento do recurso que o beneficiário refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento do benefício (AgRg nos EAREsp 86.915/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 26.2.2015, DJe 4.3.2015).
> 4. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para afastar a deserção e determinar o retorno dos autos ao Relator, a fim de que prossiga na análise dos demais requisitos de admissibilidade recursal.
> (EDcl no AgRg no REsp 1493101/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 22/05/2015)

Pois bem. Relativamente ao auxílio-reclusão, pode-se dizer que é o benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso sob regime fechado ou semi-aberto.

O auxílio-reclusão vem disciplinado nos artigos 201, IV da Constituição Federal (com a redação atribuída pela EC nº 20/98); 80 da Lei 8.213/91 e 116 a 119 do Decreto nº 3.048/99, com a redação seguinte:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
(...)
Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
(...).

LEI 8.213/91
(...)
Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.
Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.
(...).

DECRETO Nº 3.048/99
(...)
Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).
§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.
§ 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.
§ 3º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica.
§ 4º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105.
§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto.
§ 6º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea "o" do inciso V do art. 9º ou do inciso IX do § 1º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes.
Art. 117. O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso.
§ 1º O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente.
§ 2º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado.
§ 3º Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado.
Art. 118. Falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte.

> Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário-de-contribuição superior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13.
> Art. 119. É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado.
> (...)

Assim, o que se tem é que a instituição do auxílio-reclusão depende do atendimento concomitante dos seguintes pressupostos relativos à pessoa do segurado:

1) que ele esteja preso;

2) que possua dependentes;

3) que seja segurado do Regime Geral de Previdência Social;

4) que tenha baixa renda.

No caso em exame, consta dos autos que a requerente é filha da segurada (fl. 10), recolhido à prisão desde 08/03/2013 (fl. 21).

No tocante a qualidade de segurado da Previdência Social, observa-se que a rescisão do contrato de trabalho ocorreu em 23/03/2012 (fl. 26) e conforme o disposto nos arts. 13, inciso II e 14, ambos do Decreto nº 3.048/99, é mantida a qualidade de segurado até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social, situação verificada nestes autos.

Por sua vez, no caso de o segurado estar desempregado ao tempo de seu encarceramento, o que ocorre no caso em análise, repensada a questão, curvo-me à posição firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que não há renda a ser considerada, atendendo-se, desse modo, o critério de baixa renda exigido.

Nesse sentido é o entendimento assentado perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como precedentes nesta Colenda Corte Regional:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO- RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os requisitos para a concessão do auxílio-reclusão devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum*. Precedentes.
> 2. Na hipótese em exame, segundo a premissa fática estabelecida pela Corte Federal, o segurado, no momento de sua prisão, encontrava-se desempregado e sem renda, fazendo, portanto, jus ao benefício (REsp n. 1.480.461/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/10/2014).
> 3. Agravo regimental improvido.
> (STJ, 5ª Turma, v.u. AGRESP 201100171801, AGRESP 1232467. Rel. Min. JORGE MUSSI. DJE 20/02/2015, julgado em 10/02/2015)

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO. NÃO OBRIGATORIEDADE. EMBARGOS REJEITADOS.
> 1. O magistrado não é obrigado a responder a todas as teses apresentadas pelas partes para fielmente cumprir seu encargo constitucional de prestar a jurisdição, mas, tão somente, decidir

fundamentadamente as questões postas sob seu julgamento. (...) 4. Embargos de declaração rejeitados.
(STJ, 5ª Turma, v.u. EDAGRESP 201100171801; EDAGRESP 1232467. Rel. Min. JORGE MUSSI. DJE 30/04/2015, julgado em 07/04/2015)

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. A questão jurídica controvertida consiste em definir o critério de rendimentos ao segurado recluso em situação de desemprego ou sem renda no momento do recolhimento à prisão. O acórdão recorrido e o INSS defendem que deve ser considerado o último salário de contribuição, enquanto os recorrentes apontam que a ausência de renda indica o atendimento ao critério econômico.
2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991 o benefício auxílio- reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.
3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a "baixa renda".
4. Indubitavelmente que o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.
5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio- reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão "não receber remuneração da empresa".
6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que "é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado", o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).
7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao provimento dos Recursos Especiais, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio tempus regit actum. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260. 8. Recursos Especiais providos.
(STJ, 2ª Turma, v.u. RESP 201402307473, RESP 1480461. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. DJE 10/10/2014, julgado em 23/09/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. FUNGIBILIDADE RECURSAL. AUXILIO- RECLUSÃO. SALÁRIO MÍNIMO.
I - Agravo regimental recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.
II - Conforme constou da decisão agravada, o segurado ficou desempregado desde abril/2012 até sua prisão (29.11.2012). Assim, em razão da ausência de salário de contribuição na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, o valor do benefício será de um salário mínimo.
III - Agravo interposto pela parte autora na forma do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil improvido.
(TRF3, 10ª Turma, v.u. AC 00026400520154039999, AC 2036963. Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO. e-DJF3 Judicial 1 15/07/2015, julgado em 07/07/2015)

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO- RECLUSÃO. QUALIDADE DE SEGURADO E BAIXA RENDA DO RECLUSO COMPROVADOS.
I- Comprovada a qualidade de segurado do recluso, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
II- *In casu*, por encontrar-se desempregado quando do seu encarceramento, a exigência da baixa renda do segurado recluso encontra-se satisfeita, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão que concedeu o auxílio- reclusão.
III- O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o decisum que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ. III- Agravo improvido.
(TRF3, 7ª Turma, v.u. AC 00490251620124039999, AC 1813693. Rel. Des. Fed. NEWTON DE LUCCA. e-DJF3 Judicial 1 29/05/2015, julgado em 18/05/2015)

AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, *CAPUT* DO CPC. AUXÍLIO RECLUSÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.
1. A decisão monocrática ora vergastada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - *caput*), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A). Não é inconstitucional o dispositivo.
2. O auxílio- reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço (art. 80 da Lei nº 8.213/91).
3. Os critérios para sua concessão foram definidos pelo Decreto nº 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, mais especificamente em seus artigos 116 a 119.
4. Assim, tem-se que o pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente. Para fins de manutenção do benefício, deve ser apresentado trimestralmente atestado de que a detenção ou reclusão do segurado ainda persiste.
5. O benefício é devido apenas durante o período em que o segurado permanecer recluso, sob regime fechado ou semi-aberto, sendo que, no caso de fuga, o auxílio- reclusão será suspenso e seu restabelecimento ocorrerá se houver a recaptura do fugitivo, desde que mantida sua qualidade de segurado.
6. Quanto à condição de segurado (obrigatório ou facultativo), essa decorre da inscrição no regime de previdência pública, cumulada com o recolhimento das contribuições correspondentes. Convém lembrar que o art. 15 da Lei 8.213/91 prevê circunstâncias nas quais é possível manter a condição de segurado independentemente de contribuições (em regra fixando prazos para tanto). Ainda é considerado segurado aquele que trabalhava, mas ficou impossibilitado de recolher contribuições previdenciárias em razão de doença incapacitante.
7. O art. 26, I, da Lei 8.213/91 prevê que independe de carência a concessão do auxílio- reclusão.
8. A Emenda Constitucional nº 20/1998, em seu art. 13, dispôs que o auxílio- reclusão será concedido apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), sendo este valor atualizado periodicamente.

9. A limitação acima referida é aplicável à renda do segurado, não podendo seu último salário-de-contribuição ser superior ao limite imposto, para que seus dependentes façam jus ao benefício.
10. Na hipótese de o segurado estar desempregado - e, portanto, sem renda - à época de sua prisão, o benefício será devido a seus dependentes.
11. Se comprovados os requisitos exigidos a sua concessão, o auxílio- reclusão é devido a partir da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido no prazo de 30 (trinta) dias a contar daquela, ou, se fora dele, desde a data do requerimento, esclarecendo-se, contudo, que não corre prescrição contra os menores de 16 (dezesseis) anos, a teor do disposto no artigo 169, inciso I do Código Civil de 1916 (artigo 198, inciso I do Código Civil de 2003).
12. Os critérios de fixação da renda mensal inicial decorrem de lei, competindo ao INSS, adstrito ao princípio da legalidade, tão apenas observar as regras vigentes. É também devido o abono anual, a teor do art. 40 da Lei 8.213/91.
13. "In casu", as coautoras pleiteiam a concessão de auxílio- reclusão em virtude da prisão do pai, estando a relação de parentesco comprovada.
14. Sendo as coautoras menores de 21 anos à época em que o genitor foi preso, a dependência em relação a ele é presumida (art. 16, I, da Lei 8.213/91).
15. Comprovadas as exigências legais, é de se deferir o auxílio-reclusão pleiteado.
16. Agravo legal desprovido.
(TRF3, 10ª Turma, v.u. APELREEX 00040868720124036106, APELREEX 2013408. Rel. Juiz Convocado VALDECI DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 24/06/2015, julgado em 16/06/2015)

Portanto, mantida a qualidade de segurado da reclusa, que não exercia atividade laboral na data do recolhimento à prisão e, desse modo, não possuía renda, faz jus seu dependente ao benefício em questão.

O termo inicial do benefício de auxílio-reclusão deve ser concedido na data do encarceramento da segurada (08/03/2013), sendo devido nos termos da lei, apenas durante o encarceramento.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), e legislação superveniente, a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região). Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração e, excepcionalmente, empresto-lhes os efeitos infringentes, com efeito modificativo, para dar provimento ao agravo legal, com vistas a dar provimento à apelação interposta pela parte autora, na forma da fundamentação supra.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0007512-87.2015.4.03.0000
(2015.03.00.007512-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: JUNIOR GOMES DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE AMPARO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe de Processo: AI 554803
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2015

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.
- O ora recorrido, auxiliar de armazém, nascido em 14/07/1995, é portador de anemia aplástica, submetido a transplante de medula, em 16/01/2015, clinicamente debilitado em imunossupressão e em tratamento, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado para o trabalho, nos termos dos atestados médicos, exames e Laudo Médico Pericial do INSS.
- A qualidade de segurado restou demonstrada mediante documento do Sistema Dataprev da Previdência Social e cópia da CTPS, indicando vínculo laborativo, junto à Química Amparo Ltda., desde 10/03/2014 sem data de saída.
- Independe de carência a concessão de auxílio-doença ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de qualquer das enfermidades elencadas no artigo 151, da Lei nº 8.213/91.
- A doença do autor pela sua gravidade e especificidade no tratamento merece equiparação às doenças relacionadas no rol do art. 151, atentando-se às diretrizes lançadas no art. 26, inc. II, da Lei 8.213/91.
- A Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região uniformizou o entendimento de que a anemia aplástica adquirida, por sua especificidade, gravidade e tratamento particularizado, pode ser enquadrada entre as que independem de carência para a concessão do auxílio-doença.
- A plausibilidade do direito invocado pela parte autora merece ter seu exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.
- Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.
- 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 de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de setembro de 2015.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): O Instituto Nacional do Seguro Social agravou de instrumento, da decisão reproduzida a fls. 54/55, que, em autos de ação previdenciária, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, determinando a implantação do benefício de auxílio-doença, em favor do ora recorrido.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a decisão agravada não respeitou os requisitos impostos pelo artigo 273, do CPC, nem tampouco a legislação específica acerca do benefício.

Em despacho inicial foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora):

Compulsando os autos, verifico, nos termos da decisão agravada e dos documentos que acompanham a minuta do recurso, a presença de elementos demonstrando que o ora recorrido, auxiliar de armazém, nascido em 14/07/1995, é portador de anemia aplástica, submetido a transplante de medula, em 16/01/2015, clinicamente debilitado em imunossupressão e em tratamento, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado para o trabalho, nos termos dos atestados médicos, exames e Laudo Médico Pericial do INSS.

A qualidade de segurado restou demonstrada mediante documento do sistema dataprev da Previdência Social e cópia da CTPS, indicando vínculo laborativo, junto à Química Amparo Ltda., desde 10/03/2014 sem data de saída.

Vale ressaltar, que independe de carência a concessão de auxílio-doença ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de qualquer das enfermidades elencadas no artigo 151, da Lei nº 8.213/91. Neste caso, a doença do autor pela sua gravidade e especificidade no tratamento merece equiparação às doenças relacionadas no rol do art. 151, atentando-se às diretrizes lançadas no art. 26, inc. II, da Lei 8.213/91.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL HEMORRÁGICO. DOENÇA EQUIPARADA. ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART. 151 DA LEI Nº 8.213/91. DISPENSA DA CARÊNCIA ANTE A GRAVIDADE DA DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA DEFINITIVA CONSTATADA. LAUDO PERICIAL. JUROS REFORMADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Não configura julgamento extra petita o Juiz conceder aposentadoria por invalidez quando o pedido visa à percepção de auxílio-doença. Jurisprudência do STJ e desta Corte. Enunciado nº 22 da Turma da Seção Judiciária do Espírito Santo, das Turmas Recursais dos Juizados

Especiais Federais.
2. A análise dos autos conduz à conclusão de que o autor faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez, pois conforme a documentação acostada aos autos, como os atestados médicos e exames de fls. 32/47, e, principalmente, pelo Laudo Pericial de fl. 140, o autor sofreu Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico em 12/01/2004, apresentando hemiparesia fascio braquio crural direita, sem possibilidade de melhora, e está incapacitado definitivamente para o trabalho, sendo que a patologia do autor, conforme bem analisado pelo i. representante do Ministério Público Estadual às fls. 151/152, é equiparável, diante da gravidade, e de acordo como o que adota a jurisprudência, àquelas que dispensam a exigência da carência para o benefício, causa do indeferimento administrativo pelo INSS.
3. Merece acolhida a argumentação do apelante no tocante aos juros, para que, após o advento da Lei nº 11.960/2009, sejam aplicados de acordo com a nova redação dada pela referida lei ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, em sintonia com a posição firmada no Colendo Superior Tribunal de Justiça (EREsp 1207197/RS, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 02/08/2011).
4. Recurso parcialmente provido.
(TRF-2 - AC: 201102010081518 RJ 2011.02.01.008151-8, Relator: Desembargador Federal ABEL GOMES, Data de Julgamento: 13/12/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 16/01/2012 - Página: 66/67)

De se observar que a Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região uniformizou o entendimento de que a anemia aplástica adquirida, por sua especificidade, gravidade e tratamento particularizado, pode ser enquadrada entre as que independem de carência para a concessão do auxílio-doença.

A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0022244-49.2015.4.03.9999
(2015.03.99.022244-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 254/255
Apelante: SAMI EL FARO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2072064
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE COMPROVADA.
I - A legislação não estabelece, para os filhos inválidos, exigência cumulativa de que a invalidez seja anterior à maioridade. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com a pensão deixada pelo instituidor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois.
II - Ante o conjunto probatório constante dos autos, restou configurada a invalidez do autor à época do óbito de seu genitor.
III - Agravo do INSS improvido (artigo 557, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo (CPC, art. 557, § 1º) interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Trata-se de agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS em face da decisão que deu provimento à apelação do autor, para julgar procedente o pedido inicial, a fim de condenar o réu a conceder-lhe o benefício de pensão por morte, a partir da data do requerimento administrativo (30.08.2011).

Alega o INSS, em síntese, que o benefício não é devido, visto que o autor não compro-

vou já estar inválido anteriormente ao advento da maioridade, bem assim não demonstrou a dependência econômica em relação ao genitor por ocasião do óbito.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Relembre-se que, no caso em tela, o autor pleiteia a concessão do benefício de pensão por morte, na qualidade de filho inválido de Abdul Rahman Omar El Faro, falecido em 20.06.2007.

Assim dispõe o artigo 16, I, da Lei nº 8.213/91:

> 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;
> (...)

Da leitura do dispositivo acima transcrito, constata-se que o filho inválido faz jus à pensão por morte e que a legislação não estabelece, para os filhos que se encontram em tal situação, a exigência cumulativa de que a invalidez seja anterior à maioridade. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com a pensão deixada pelo instituidor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

> PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. EMANCIPAÇÃO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. OCORRÊNCIA. DIB. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.
> I - Depreende-se do texto legal que um dos dependentes do segurado é o filho inválido. A lei não condiciona que a invalidez deva existir desde o nascimento ou tenha sido adquirida até aos 21 anos para que o filho possa ser considerado beneficiário. O que a norma considera para estabelecer a relação de dependência do filho em relação ao seu genitor é a invalidez, seja ela de nascença ou posteriormente adquirida.
> II - A condição de dependente econômico do autor em relação ao "de cujus", restou caracterizada, a teor do art. 16, I, §4º, da Lei nº 8.213/91, uma vez que sua invalidez é anterior à data do óbito de seu falecido pai.
> (....)
> (TRF3; AC 2004.61.11.000942-9; 10ª Turma; j. 19.02.2008; DJ 05.03.2008)

De outro giro, a decisão agravada consignou de forma explícita que o laudo médico pericial produzido nos autos em 03/06/2014 (fls. 210/214) demonstra que o autor é portador de esquizofrenia paranoide, apresentando incapacidade total e permanente para o trabalho, tendo o *expert* consignado o início da incapacidade em 1997.

Assim sendo, considerando que o demandante já padecia dos mesmos males ora constatados na época do falecimento de seu genitor, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

Resta, pois, configurado o direito do demandante à percepção do benefício de Pensão por Morte em razão do óbito de seu genitor Abdul Rahman Omar El Fato.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo do INSS (artigo 557, § 1º, do CPC).

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
1204331-75.1995.4.03.6112 (2008.03.99.018910-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1.308/1.316
Apelantes: FLORIVALDO ALTEIRO LEAL E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe de Processo: AC 1317242
Disponibilização de Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVOCATÓRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DEFINIÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO EXEQUENDO.
I. Ação revocatória que visa garantir crédito no seu exato valor, tornando inoponível ao credor o negócio jurídico realizado em fraude pauliana.
II. A antecipação do julgamento da ação pauliana antes da definição do *quantum debeatur* contraria a própria natureza da ação revocatória, devendo o processo ficar suspenso até o trânsito em julgado do que vier a ser decidido nos embargos do devedor, em respeito à segurança jurídica.
III - Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

A União interpôs agravo contra a decisão de fls. 1.308/1316, que determinou a suspensão deste processo, com fundamento no art. 265, IV, "a", do CPC, até o julgamento dos embargos à execução fiscal nº 97.12027279.

Sustenta a União haver "notícia de desaparecimento de 484 hectares, área igual a da matrícula 3720, na unificação/encerramento de várias matrículas, resultando apenas na matrícula 7035 do Registro de Imóveis de Pedro Gomes MS. E ainda há notícia de transferência de área sem prova da transferência da propriedade" (fl.1.322). Assevera que "A averbação determinada pelo juízo de primeiro grau foi feita apenas na matrícula 7035, onde consta como

proprietária tão somente a empresa Transportadora Simbal Ltda. Não há informações da cadeia de atos que desencadearam na abertura dessa nova matrícula" (fl. 1.322). Defende que "não é possível concordar com a suspensão da presente revocatória, tendo em vista o perigo da demora, para as pretensões da União" (fl. 1.322). Requereu, ao final, "a reconsideração do citado entendimento e, se assim não for caracterizada seja submetido à apreciação da Egrégia Turma, perante a qual postula-se o provimento do Presente Agravo Legal para o fim de ser reformada a decisão do R. Despacho (...)" (fl. 1.323).

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):
A decisão agravada veio vazada nos seguintes termos:

> *Ab initio,* indefiro o requerimento formulado às fls. 1285/1286, 1299/1300 e 1306/1307, eis que a sentença não logrou transitar em julgado, na medida em que as apelações encontram-se pendentes de julgamento, tendo sido suscitada, inclusive, preliminar de nulidade da decisão, além de estar submetida ao reexame necessário na parte em que a União restou vencida.
> Ultrapassada essa questão, a matéria está a demandar um exame mais aprofundado.
> Na lição de Yussef Said Cahali, *in* Fraudes contra Credores, 5ª edição, editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 96, "A pauliana é a ação pela qual os credores impugnam os atos fraudulentos de seu devedor. Desse conceito resulta claro que, sem o pressuposto da existência de um crédito, a pretensão revocatória não se legitima, pois a pauliana representa (ao lado da sub-rogatória, ou ação oblíqua) remédio jurídico específico de tutela do direito de crédito".
> Nesse raciocínio, infere-se que a existência do crédito é condição elementar para legitimar o respectivo titular ao exercício da ação pauliana.
> Na hipótese, a ação revocatória foi proposta pela União, com vistas à recomposição do patrimônio do devedor para assegurar a solvabilidade do crédito tributário objeto da execução fiscal tombada sob o nº 94.1201093-1.
> Evidente, portanto, o caráter acessório da ação pauliana em relação à ação de execução do crédito tributário defraudado em sua garantia, caso extinto o crédito, extinta seria a revocatória. Confira-se a jurisprudência:
> "AÇÃO PAULIANA. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO FUNDADA EM CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE A PROCLAMOU. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC.
> - A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente.
> - Reconhecida, por decisão trânsita em julgado, a prescrição da execução que dera ensejo à propositura da ação revocatória, perdeu esta a sua razão de ser. Improcedência decretada.
> Recurso especial conhecido e provido."
> (REsp 53765/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2000, DJ 21/08/2000, p. 133)
> Registre-se, ainda, que a revocatória, por sua natureza e finalidade, não visa à satisfação do crédito por via direta, mas viabilizar o processo executivo, mediante a declaração de ineficácia jurídica do negócio fraudulento em relação ao credor, na exata medida do prejuízo que tenha sofrido, consoante jurisprudência do STJ, *in verbis*:
> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO. FRAUDE CONTRA CREDORES. NATUREZA DA SENTENÇA DA AÇÃO PAULIANA. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA

SOBRE MEAÇÃO DO CÔNJUGE NÃO CITADO NA AÇÃO PAULIANA.
1. O conhecimento de recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da divergência, na forma dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.
2. A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio - já que o retorno, puro e simples, ao status quo ante *poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado.*
3. Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2°; CC/16, art. 106, par. único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à de retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes excutir os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas.
4. No caso dos autos, sendo o imóvel objeto da alienação tida por fraudulenta de propriedade do casal, a sentença de ineficácia, para produzir efeitos contra a mulher, teria por pressuposto a citação dela (CPC, art. 10, § 1º, I). Afinal, a sentença, em regra, só produz efeito em relação a quem foi parte, 'não beneficiando, nem prejudicando terceiros' (CPC, art. 472).
5. Não tendo havido a citação da mulher na ação pauliana, a ineficácia do negócio jurídico reconhecido nessa ação produziu efeitos apenas em relação ao marido, sendo legítima, na forma do art. 1046, § 3º, do CPC, a pretensão da mulher, que não foi parte, de preservar a sua meação, livrando-a da penhora.
5. Recurso especial provido". (REsp 506312/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006, p. 198). (Grifos não oficiais).
A utilidade do processo revocatório é, pois, garantir os direitos do exequente, em exata proporcionalidade às obrigações fiscais do executado. Afora isso, quanto ao remanescente e nessa lógica, não há impedimentos a que o negócio jurídico entre particulares seja convalidado.
Assim, antes que se tenha conhecimento da somatória que definirá o exato valor do crédito fiscal pleiteado é inadequado compor o julgamento da ação pauliana. Nem a celeridade processual poderia justificar essa antecipação, que estaria a contrariar a natureza da ação proposta. Esta, a bem da segurança jurídica, apenas deverá prosseguir após o trânsito em julgado do que vier a ser decidido no processo executório, cujos bens estão a garantir os interesses fazendários.
Há precedente do STJ (REsp nº 604.435, Rel. Min. Nancy Andrighi) afirmando não haver impedimento à renovação da suspensão do processo por iguais períodos enquanto pendente a decisão da ação declaratória.
Do exposto, diante da relação conexa desta ação com os embargos à execução fiscal nº 97.12027279, que se encontram na E. Quarta Turma, aguardando julgamento do recurso de apelação e da remessa oficial, DETERMINO A SUSPENSÃO DESTE PROCESSO, com fundamento no art. 265, IV, "a", do CPC, até o trânsito em julgado do acórdão a ser proferido naqueles autos.

De ser ver que as razões trazidas no recurso não são capazes de infirmar as conclusões expostas na decisão acima transcrita, extrapolando os limites da demanda as alegações de supostas irregularidades havidas no registro dos imóveis, ressaltando-se, ademais, que o manejo da ação revocatória busca garantir o crédito exequendo no seu exato valor, tornando inoponível ao credor o negócio jurídico realizado em fraude pauliana. Desse modo, a antecipação do julgamento deste processo antes da definição do *quantum debeatur* contraria a própria natureza da ação revocatória, devendo este feito ficar suspenso até o trânsito em julgado do que vier a ser decidido nos embargos do devedor, em respeito à segurança jurídica.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES
0001940-31.2002.4.03.6104
(2002.61.04.001940-6)

Agravante: GILBERTO ALVES DOS SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 294/296
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: GILBERTO ALVES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Classe de Processo: EI 871724
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2015

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CPC. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. AGRAVO PROVIDO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.

I - Cabível o julgamento monocrático do recurso, considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, alinhada à jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC. Precedentes. Preliminar afastada.

II - O artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação.

III - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento, de forma a limitar a devolução na via dos presentes embargos infringentes.

IV - Acertado o entendimento proferido no voto condutor, no sentido da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal. A apresentação da conta de liquidação em Juízo não cessa a incidência da mora, pois não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.

V - Entendimento que não se contrapõe às decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria (RE 579.431/RS - julgamento iniciado dia 29 de outubro p.p, com maioria de 6 votos já formada, interrompido por pedido de vista do Exmo. Min. Dias Toffoli).

V - Agravo legal provido. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Trata-se de agravo legal interposto por Gilberto Alves dos Santos contra a decisão monocrática terminativa proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Roberto Haddad, com fulcro no art. 557, § 1º-A do CPC (fls. 294/296), que deu provimento aos embargos infringentes interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e reconheceu como indevida a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento, nos termos do entendimento constante do voto vencido proferido pela E. Desembargadora Federal Marianina Galante no julgamento do recurso de apelação em sede de execução definitiva de sentença.

Nas razões recursais, sustenta a parte agravante que a matéria objeto do recurso se encontra pendente de julgamento no RE 579.431-8/RS, com repercussão geral reconhecida pelo C. Supremo Tribunal Federal. Assim, entende ser de rigor a submissão dos embargos ao colegiado, pugnando pela prevalência do voto condutor proferido pela Eminente Relatora, a Exma. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, no julgamento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

A decisão agravada foi proferida nos termos seguintes:

> Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face do v. acórdão de fl. 224 e verso, proferido pela C. Oitava Turma deste E. Tribunal que, em sede de execução do julgado, por maioria, deu parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto da e. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora), para determinar a elaboração de cálculos, com a incidência dos juros moratórios até a data da inclusão do precatório no orçamento, com quem votou, ressalvado entendimento, a e. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a e. Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.
> O v. acórdão objeto dos embargos infringentes foi assim ementado:
> "PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.
> - A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da

elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciários, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP nº 1973-67, artigo 29, § 3º.
- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento."
Opostos embargos de declaração pelo INSS em face do v. acórdão, restaram prejudicados quanto ao pedido de juntada do voto vencido e, no mais, foi negado provimento ao recurso. V. acórdão de fl. 239 e verso.
Voto Vencido juntado às fls. 232/234. Assenta entendimento no sentido de que, "se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível se revela a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data da inscrição do precatório ou RPV no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor".
Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, sustentando indevida a incidência de juros de mora entre a conta de liquidação e a inscrição do débito no orçamento. Afirma que os juros de mora são devidos se o precatório for pago fora do prazo constitucional, o que não ocorreu.
Contrarrazões às fls. 285/288.
Admitidos os embargos infringentes (fl. 290).
É o relatório, decido.
O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria objeto da presente ação já se encontra pacificada pelo E. Supremo Tribunal Federal e no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o princípio constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, bem como da instrumentalidade das formas.
Por oportuno, saliente-se que a E. Terceira Seção desta Corte já decidiu, reiteradas vezes, no sentido da viabilidade de aplicação do artigo 557 da Lei Civil Adjetiva aos embargos infringentes: EI 933476, Processo: 0002476-71.2000.4.03.6117/SP, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 09/02/2012, TRF3 27/02/2012; EI 432353, Processo: 98.03.067222-3/SP, Rel. Walter do Amaral, j. 09/06/2011, DJF3 16/06/2011, p. 69; e EI 595383, Processo: 2000.03.99.030182-3/SP, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, Terceira Seção, j. 10/12/2009, DJF3 14/01/2010, p. 57.
Feitas essas ponderações, passo ao exame dos embargos infringentes.
Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face do v. acórdão proferido pela C. Oitava Turma deste E. Tribunal que, em sede de execução do julgado, por maioria, deu parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do voto da e. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (Relatora), para determinar a elaboração de cálculos, com a incidência dos juros moratórios até a data da inclusão do precatório no orçamento, com quem votou, ressalvado entendimento, a e. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a e. Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.
O voto vencido, da lavra da e. Desembargadora Federal Marianina Galante, assenta entendimento no sentido de que, "se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível se revela a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data da inscrição do precatório ou RPV no orçamento, sobremaneira porque

a demora nessa fase não é imputada ao devedor".
Pretende o embargante a prevalência do voto vencido, sustentando indevida a incidência de juros de mora entre a conta de liquidação e a inscrição do débito no orçamento. Afirma que os juros de mora são devidos se o precatório for pago fora do prazo constitucional, o que não ocorreu.
Portanto, a divergência cinge-se à incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.
Inclino-me pela adoção da tese adotada no voto vencido.
O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório judicial e do seu efetivo pagamento, desde que ocorrido no prazo estabelecido na Constituição Federal, porquanto não caracterizado o inadimplemento por parte do Poder Público.
Ressalto, por oportuno, que o Pleno da Suprema Corte, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator no RE nº 591085, em 04.12.2008 (DJe 20.02.2009), reconheceu a existência de repercussão geral e ratificou o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema. Confira-se:
"CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DURANTE O PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO PARA SEU PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ORIGINAL E REDAÇÃO DADA PELA EC 30/2000), DA CONSTITUIÇÃO. I - QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA DE MÉRITO PACIFICADA NO STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA. DEVOLUÇÃO DESSES RE À ORIGEM PARA ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, MIN. ELLEN GRACIE; RE 591.068-QO/PR, MIN. GILMAR MENDES; RE 585.235-QO/MG, REL. MIN. CEZAR PELUSO. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido."
Decisão
"O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Relator no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral, ratificar o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema e denegar a distribuição dos demais processos que versem sobre a matéria, determinando a devolução dos autos à origem para a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 04.12.2008."
Ainda de acordo com o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, adotado também pelo C. Superior Tribunal de Justiça, não incidem juros de mora entre a elaboração dos cálculos e a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.
Nesta linha de exegese, destaco julgados dos Tribunais Superiores:
"CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECATÓRIO. MORA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não cabe agravo de instrumento contra decisão do Tribunal de origem que determina o sobrestamento do feito com fundamento no art. 543-B do CPC. Entretanto, razões de economia processual e celeridade justificam a manutenção da decisão ora atacada. II - O entendimento firmado no julgamento do RE 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, também se aplica ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório. III - Agravo regimental improvido."
(STF, 1ª Turma, AI nº 713551, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/06/2009, DJE 14/08/2009).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS MORATÓRIOS. ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS. EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO OU DO OFÍCIO REQUISITÓRIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não incidem juros de mora no período compreendido entre a confecção dos cálculos de liquidação e a expedição do precatório ou do ofício requisitório. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental não provido."
(STJ, 1ª Turma, AGRESP nº 1205335, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14/12/2010, DJE DATA:02/02/2011).
Por fim, transcrevo o seguinte julgado proferido, no mesmo sentido, por esta Egrégia Corte:
"AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. REPERCUSSÃO GERAL. IMPROPRIEDADE DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS SOMENTE ATÉ A DATA DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO
I. Eventual sobrestamento do feito, em virtude da possível existência de questão constitucional de repercussão geral, somente se justifica quando se tratar de recurso extraordinário. Destarte, evidente a impropriedade do pedido formulado pelo agravante.
II. O § 5º do artigo 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009, estabelece que os precatórios/RPVs apresentados devem ser pagos até o final do exercício seguinte ou no prazo de 60 (sessenta) dias, quando terão seus valores atualizados monetariamente.
III. Com relação aos juros de mora, observa-se da redação dada ao § 5º do artigo 100 da CF que, por vontade do legislador ao definir a atualização como sendo puramente monetária, a não incidência de juros de mora deve ater-se ao período compreendido entre a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento e a data máxima estipulada para a efetivação de tal pagamento, sendo que, por força de posicionamento pacificado no Egrégio Supremo Tribunal, também não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão no orçamento, seja do precatório, seja de RPV.
IV. Agravo a que se nega provimento".
(TRF3, AC nº 395442, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, 10ª T., j. 28/02/2012, TRF3 CJ1 DATA:07/03/2012).
Destarte, considerando a inexistência de mora durante a tramitação do precatório ou requisição de pequeno valor, quando observado o prazo constitucional, não há que se falar em incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e a inscrição do débito no orçamento, de molde a imputar a demora ao INSS.
Isto posto, com supedâneo no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* aos embargos infringentes do INSS, para que prevaleça o voto vencido.
Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem.
Publique-se. Intimem-se.

Inicialmente, não compartilho da tese a possibilidade de julgamento monocrático dos embargos infringentes, em virtude da própria essência do recurso, qual seja, a de integrar mais julgadores para a análise de recurso em que não ocorreu unanimidade na turma julgadora. Contudo, a questão fica superada pela própria interposição deste agravo legal e sua submissão ao colegiado, bem como em se considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª Seção, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC, consoante os julgados que trago à colação:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. RECURSO IMPROVIDO.
I - O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante a Emenda

Regimental nº 12, de 18 de dezembro de 2012, dispôs no artigo 260, § 3º, incisos I e II, a possibilidade de julgamento monocrático de Embargos Infringentes, quando a matéria versada nos autos amoldar-se às exigências previstas no *caput* ou § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.
II - A prova documental foi complementada pela oitiva de testemunhas, que corroboraram o período necessário à concessão da aposentadoria por idade rural.
III - Não se pode esperar que depoimentos testemunhais de pessoas simples, com pouca instrução e idade avançada, possam colmatar matematicamente eventual início de prova material apresentado.
IV - A prova testemunhal deve ser apta a influir na formação do convencimento do Magistrado. Porém, cabe atentar que somente a totalidade do conjunto probatório é que permite inferir o exercício do labor rural pelo tempo necessário à concessão do benefício de aposentadoria por idade.
V - O fato de alguém receber benefício assistencial não é fator impeditivo à concessão de benefício previdenciário, mormente considerando ser aquele de ordem transitória, já que somente poderá ser recebido enquanto permanecerem as condições autorizadoras para tanto.
VI - A vedação legal é quanto ao recebimento conjunto de benefício assistencial e benefício previdenciário, a teor do que dispõe o artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742/1993, o que não é o caso dos autos, eis que a aposentadoria por idade rural passou a ser percebida quando já cessado o recebimento do benefício assistencial.
VII - O Órgão Colegiado não deve modificar a decisão do Relator, quando devidamente fundamentada e que não padeça dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, capazes de gerar dano irreparável ou de difícil reparação.
VIII - Recurso improvido.
(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 97.03.055580-2, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 27/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/03/2014)

AGRAVO EM EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME DE TURMA. DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS FIXADOS NA CITAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. LEI 10666/03. IRRELEVÂNCIA. Não existe impedimento à aplicação do Art. 557 do CPC no julgamento monocrático de embargos infringentes, uma vez que o próprio dispositivo não os excepciona. O Art. 557, § 1º-A, do CPC exige súmula ou jurisprudência dominante, e não uníssona, de modo que o fato de haver divergência sobre a matéria neste Regional, conforme restou constatado no julgamento não unânime da apelação, não afasta a aplicação desse permissivo processual. Advento da Lei 10666/03. Não houve verdadeira inovação legislativa nessa seara, porquanto as interpretações das regras existentes já autorizavam a concessão do benefício nessas circunstâncias, razão pela qual não há que se conclamar contra a retroatividade da Lei 10.666/03 para fins de fixação do termo inicial do benefício, pois de retroatividade nãose trata. A citada lei é que aportou tardiamente no ordenamento jurídico, declarando o que uma interpretação sistemática e teleológica das leis já existentes prediziam. Não possui o condão, entretanto, a aparente inauguração legislativa de excepcionar a firme jurisprudência no sentido que o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação, na ausência de prévio requerimento administrativo, pois somente a contar desse ato processual o INSS tomou ciência do pedido do segurado, incidindo, por conseguinte, nesse momento, a correção monetária e os juros de mora. Agravo ao qual se nega provimento.
(EI 00104319520004036104, DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, TRF3 - TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2011 PÁGINA: 38 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

De outra parte, o artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação, consoante a interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, estampada nos arestos seguintes:

> EMBARGOS INFRINGENTES . CABIMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º, DA CF/88. VOTO VENCIDO PELA IMPROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO EMBARGANTE OU PELOS JULGADORES.
> I - Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido, nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação. Precedentes: REsp nº 858.906/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 08.11.2006; REsp nº 709743/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06.03.2006; REsp nº 361.688/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002; e REsp nº 148.652/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 28/05/2001.
> II - Agravo regimental improvido.
> (STJ - Primeira Turma, AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 922542, Processo: 200700238498 UF: RS, Relator(a) Francisco Falcão, Data da decisão: 05/06/2007 , DJ DATA:21/06/2007, pg:303)

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO-CONHECIDOS. RAZÕES QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES DA DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO PARCIAL. ACÓRDÃO CASSADO.
> 1. Havendo contradição supostamente ocorrida no julgamento dos embargos de declaração, deve o recorrente opor novos embargos de declaração para a supressão do vício. Precedentes.
> 2. O que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes , nos termos do art. 530 do CPC, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso que as razões dos embargos devem-se limitar à divergência, visando a prevalência desta.
> 3. Porém, o fato de as razões do recurso ultrapassarem a divergência, por si só, não enseja o seu não-conhecimento, senão na parte que extravasa a conclusão do voto vencido. Ou seja, em caso de desrespeito aos limites do voto dissidente, os embargos *infringentes* devem ser conhecidos parcialmente, para que se proceda ao julgamento da parte que se harmoniza com a divergência.
> 4. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, providos.
> RESP 200302269028, RESP - RECURSO ESPECIAL - 615201 LUIS FELIPE SALOMÃO QUARTA TURMA DJE DATA:19/04/2010

No caso sob exame, o dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório/RPV no orçamento.

Consoante se verifica de fls. 179, a parte autora/exequente busca o pagamento dos juros moratórios intercorrentes, no período entre a data do cálculo de liquidação que apurou o débito, o mês de fevereiro de 2005 (fls. 128/135), e o mês de junho de 2007, data em que o ofício precatório foi transmitido para o Tribunal (fls. 158), num total de 28 meses.

O INSS não opôs embargos à execução do julgado (fls. 124).

Na sentença de fls. 196/200, o Juízo de origem extinguiu a execução com base no art.

794, I do CPC, apoiando-se na orientação jurisprudencial do C. STF, no sentido de que não há mora se o ente público executado observou o trâmite constitucional de pagamento do débito, de forma a afastar a incidência dos juros moratórios no período de tramitação previsto no art. 100 da C.F.

No julgamento do recurso de apelação interposto pela parte autora, prevaleceu perante a E. Oitava Turma desta Corte a tese de que o período anterior à inscrição não se inclui no trâmite constitucional do art. 100 da C.F. e, portanto, não é abrangido pela decisão proferida pelo Pretório Excelso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.085/MS, que afastou a incidência dos juros de mora no período entre a expedição do precatório e sua inclusão no orçamento. Reconheceu ainda que a incidência dos juros no período anterior à expedição está pendente de apreciação pelo C.STF no julgamento do RE nº 579.431-8/RS, sob o regime do art. 543-B, do CPC, concluindo, assim, ter o próprio STF reconhecido se tratar de períodos distintos, de forma que, até o julgamento do recurso pelo pleno daquela Corte, ficou mantida a incidência dos juros moratórios até a expedição do precatório.

O voto dissidente entendeu que houve o pagamento do precatório dentro do prazo constitucional, daí ser incabível falar-se em saldo remanescente do débito.

A Decisão agravada chancelou a tese minoritária, aplicando extensivamente a orientação jurisprudencial relativa aos juros no período entre a data da expedição do precatório e do efetivo pagamento, para o período anterior, entre a elaboração da conta e a expedição do precatório.

Passo ao exame do recurso.

O agravo legal merece provimento.

O tema toma assento no artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal, que dispõe que os débitos oriundos de sentenças judiciais transitadas em julgado, cujo pagamento dependa de verba das entidades de direito público, deverão ser incluídos no orçamento até a data de 1º de julho e pagos até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Entre a data da inclusão do débito no orçamento e a do seu efetivo pagamento, desde que dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, deverá incidir apenas correção monetária, uma vez que essa é a orientação do C. Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 17.

A razão de ser dessa interpretação é a de que, no período estabelecido pelo art. 100 para pagamento do precatório não estaria caracterizada a mora do ente estatal a ensejar a incidência de juros moratórios, pelo que, pago o débito dentro do prazo constitucional, o valor há apenas que ser atualizado monetariamente. Todavia, esgotado o prazo sem o pagamento, configura-se novamente a inadimplência da Fazenda Pública, incorrendo na mora e na consequente aplicação dos juros.

O ponto central do raciocínio é o de que os juros de mora constituem pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação ou no retardamento na devolução do capital alheio e tem por finalidade desestimular o inadimplemento da obrigação.

Partindo desse raciocínio, é necessário tratar com o mesmo critério a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago, ou memória de cálculo apresentada pelo exequente) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal, e não até a data do efetivo pagamento, como pretende o agravante.

Com efeito, como já dito, os juros de mora decorrem do não pagamento do débito pelo ente público, caracterizando, de certa forma, uma indenização pelo retardamento na execução do débito.

Em primeiro lugar, deve-se partir da ideia de que, ao se executar débito judicial transitado em julgado, trata-se de dívida reconhecida judicialmente. Ou seja, o Judiciário determinou que o vencido deveria ter reconhecido determinado direito em favor do devedor, e reconhece em favor deste uma dívida que de há muito deveria ter sido paga. Como não o foi, o credor foi obrigado a ir a Juízo e percorrer todas as instâncias judiciais tanto para a discussão do mérito da causa como para a apuração do valor exato efetivamente devido em embargos à execução. Portanto, somente após vários anos virá a receber o que é devido, e por isso o devedor deve pagar a quantia apurada corrigida monetariamente e, além disso, submeter-se às consequências da prolongada mora.

Nesse passo, não há como acolher a tese de que, apresentada a conta de liquidação em Juízo, cessa a incidência da mora. Isto porque *não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.*

A prática reiterada demonstra que, após a apresentação da conta com o valor do débito pelo credor (ou pelo devedor, como nos casos de execução inversa), na maioria das vezes ocorre a impugnação pelo executado, inclusive com a oposição de embargos, ensejando o encaminhamento dos autos ao setor da Contadoria Judicial com as posteriores manifestações das partes e apresentação de recursos, vindo a controvérsia a ser dirimida, não raro, muitos anos após a feitura do cálculo inicial.

Entendo, assim, que enquanto não for encerrada essa fase e permanecer controvertido o valor efetivamente devido, remanesce a mora, entretanto deve o montante ser corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios *no mínimo até a fase de expedição do precatório ou do RPV,* buscando-se o valor mais atual e justo possível.

Aliás, outro não é o motivo da recomendação contida no Manual de Cálculos da Justiça Federal adotado pela Resolução nº 267, de 02/12/2013, no capítulo 5, que cuida das requisições de pagamento.

Confira-se:

> O montante da condenação será corrigido monetariamente e acrescido de juros segundo os critérios determinados no respectivo título judicial. Entretanto, em face do lapso existente entre a realização desses cálculos e a extinção do débito, pode ser deferida a expedição de requisição complementar.
> Requisição complementar é aquela utilizada para pagamento de diferenças:
> a) De juros resultantes da mora:
> a.1) No período entre a data do cálculo e a data de apresentação do precatório (1º de julho) ou da RPV (entrada no Tribunal ou recebimento na entidade devedora, quando a requisição é feita diretamente - Exemplo: Estados, Municípios, conselhos profissionais, Correios);
> a.2) No período posterior ao prazo constitucional e/ou legal de pagamento da requisição.
> b) De correção monetária:
> b.1) No período entre a data do cálculo e a data de apresentação da requisição, quando o indexador adotado judicialmente for maior do que o utilizado administrativamente pelo Tribunal;
> b.2) No período posterior ao prazo constitucional e/ou legal de pagamento da requisição.

Acresça-se que consta da Nota 8 que: "Para evitar a necessidade de requisição complementar, recomenda-se a atualização do cálculo (correção monetária e juros) antes de sua expedição."

Necessário consignar que, após um estudo mais detalhado das decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria, não me parece que a tese por mim adotada seja contrária ao entendimento ali expresso. Explico:

No julgamento do Recurso Especial nº 1.143.677-RS, que cuida da questão atinente à inclusão dos juros de mora no período entre a apresentação da conta e a expedição do RPV, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil na data de 02.12.2009, não é possível afirmar que a referência expressa "à data da elaboração dos cálculos" contida na fundamentação aluda ao momento da apresentação da primeira conta pela parte, sem a devida abertura de vista para manifestação do ente oposto, ou da homologação do valor pelo Juízo, antes da interposição ou do julgamento de qualquer recurso.

Pelo contrário, a referência é feita no sentido da "apuração efetiva do valor devido" antes da expedição do precatório ou RPV. Ou seja, partindo da idéia de que, homologado o valor - de forma definitiva e após as discussões e recursos possíveis - será expedido de imediato o requisitório, sem decurso de tempo suficiente a causar prejuízo ao credor.

Em resumo: a decisão do STJ diz respeito à *última conta* elaborada, ou seja, aquela que, em derradeira apuração que inclui correção monetária e juros , servirá de base para a expedição do precatório.

Resta claro dos fundamentos que embasam a decisão do RE 1.143.677-RS que a não aplicação dos juros decorre da ausência de mora da Fazenda Pública prevista no período estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, que se inicia com a expedição do RPV, ou do ofício precatório, o qual deve refletir o valor real do débito a ser pago ou o mais aproximado possível.

A jurisprudência colacionada naquele julgado corrobora essa interpretação, em especial as atinentes aos RE 298.616, AgRg no REsp 1.116.229/RS, REsp nº 771.624/PR e EDcl nos EDcl no AgRg no Resp 941.933/SP, que ora transcrevo:

> EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. precatório s. juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 5. *Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos.* 5. Recurso extraordinário provido. (STF - RE 298616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2002, DJ 03-10-2003 PP-00010 EMENT VOL-02126-02 PP-00429)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONFIRMAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV). JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA APRESENTAÇÃO DA CONTA DEFINITIVA E A EXPEDIÇÃO DA RPV. INADMISSIBILIDADE.
> I - Este e. STJ firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado o exame de violação ao disposto no art. 557 do CPC se a questão é reapreciada pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental.
> II - "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, no lapso compreendido entre a homologação da conta de liquidação e a expedição do precatório, não há mora da Fazenda Pública que determine a incidência de juros ." (REsp 991.710/CE, 5ª Turma, Rel.
> Min. Jorge Mussi, DJe de 29/06/2009) Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1116229/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 16/11/2009)
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A APRESENTAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO . REEXAME DE MATÉRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. "Não incidem juros moratórios no período compreendido entre a homologação da conta de liquidação e o registro do precatório, porquanto correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação no prazo assinado. Assim, a demora do poder judiciário em inscrever o débito no regime precatorial, ou em expedir a requisição de pequeno valor, não pode ser imputada à fazenda pública" (AgRg no REsp 1003000/SP, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 10/11/2008).
2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.
3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
(REsp 771.624/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. TERMO INICIAL E FINAL DOS JUROS DE MORA. CABIMENTO.
1. Ao termo inicial dos juros aplica-se a Sumula 204: "Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida."
2. Efetuado o pagamento do precatório, ou da requisição de pequeno valor, dentro do prazo legal, somente devem incidir juros de mora até a data da homologação da conta de liquidação.
3. Embargos de declaração acolhidos.
(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 03/08/2009)

Portanto, o entendimento aqui adotado é perfeitamente compatível com o que foi julgado sob a sistemática de recurso repetitivo: trata-se da *última conta* homologada, que leva à expedição do precatório, e não até o efetivo pagamento.

O fato é que a mora do vencido persiste enquanto durar o processo, pela simples razão de que, se o vencedor foi obrigado a ir a Juízo, é porque o vencido não tinha razão. Se este não quisesse se submeter aos efeitos da mora, bastava reconhecer a obrigação e cumprí-la no tempo e modo adequados.

O último argumento em favor da tese aqui exposta é de ordem simplesmente lógica: não se admite o locupletamento ilícito no ordenamento jurídico pátrio. De um caso prático extraio o seguinte exemplo: uma conta de liquidação foi apresentada pelo credor no ano de 1999; citada, a Fazenda Pública apresentou embargos, acolhidos parcialmente pelo Juiz em 2003; apelando as partes, os autos foram ao Tribunal Regional Federal em 2004, que julgou os recursos em 2008. Interpostos recursos ao Superior Tribunal de Justiça, foram estes julgados e tornaram os autos à Vara de origem em 2013. Ora, não é em nada justo pretender que o cálculo a ser utilizado na expedição do precatório seja aquele inicial, do ano 2000; ou, aquele contido na sentença judicial, de 2003, com simples correção monetária, ignorando-se solenemente a incidência de juros por quinze, ou no mínimo doze anos.

Inevitável a conclusão de que a mora do devedor persistiu até o retorno dos autos ao Primeiro Grau para o prosseguimento da execução do julgado, uma vez que o credor não recebeu nada até agora. Assim, devem incidir os juros, com a elaboração de simples cálculo de atualização, e a expedição do precatório, a fim de evitar o enriquecimento ilícito do devedor.

Nessa linha, aliás, tem se posicionado o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, admitindo a incidência dos juros moratórios até o trânsito em julgado dos embargos à execução ou, na ausência destes, da decisão que homologa os cálculos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

EXECUÇÃO: EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
I. Na esteira da jurisprudência desta Corte, "somente são devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos" (STJ, REsp 1.259.028/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2011).
II. *O fato de os Embargos à Execução da União terem sido parcialmente acolhidos, conquanto importe no afastamento dos juros referentes ao valor principal decotado, não tem o condão de afastar os juros moratórios incidentes sobre a parte incontroversa da dívida, acerca da qual a União poderia ter manifestado interesse em efetuar o pagamento, com a expedição do respectivo precatório, na forma da jurisprudência* (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.497.627/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/04/2015).
III. Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 573.851/AL, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA ATÉ A DEFINIÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR.
1. *São devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos.* Precedentes: AgRg no AREsp 597.628/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1/12/2014; EDcl no AgRg no REsp 1.311.427/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/8/2013; AgRg no AgRg no REsp 1.385.694/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2013.
2. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 594.764/AL, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE APLICOU EQUIVOCADAMENTE O ART. 543-C, § 7º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO. PRECATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO FINAL. LIQUIDAÇÃO DO VALOR. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.
1. Ao apreciar a Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça assentou que "não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC".
2. "Na linha dessa orientação, deve a parte recorrente, nos casos em que entender ter ocorrido equívoco na aplicação da regra prevista no artigo 543, § 7º, I, do CPC, manejar agravo regimental na origem, demonstrando a especificidade do caso concreto" (AgRg no AREsp 222.611/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 6.3.2013).
3. A orientação da Corte Especial do STJ pacificou-se no sentido de que "não incidem juros de mora nas execuções contra a Fazenda Pública, no período transcorrido entre a elaboração da conta e o efetivo pagamento, se realizado no exercício subsequente" (AgRg nos EREsp 1.141.530/RS, Corte Especial, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 2/9/2010).
4. *Por outro lado, o STJ entende que "são devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em*

julgado da decisão homologatória dos cálculos" (REsp 1.259.028/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25.8.2011).
5. Agravo Regimental provido a fim de assegurar o pagamento dos juros de mora até o trânsito em julgado dos Embargos à Execução.
(AgRg no AREsp 594.279/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 30/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA. HONORÁRIOS. SÚMULA Nº 7/STJ. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
1. Afasta-se a divergência jurisprudencial suscitada com o REsp 1.340.444-RS, uma vez que, na sessão de 29/5/2014, foi anulado seu julgamento por deliberação da Corte Especial e determinou-se a sua reinclusão em pauta. O feito foi reincluido na sessão do dia 3/6/2015, com voto do relator favorável aos servidores, seguido de pedido de vista pelo Min. Herman Benjamin, estando pendente, portanto, de julgamento. Ademais, não há similitude fática entre os processos, porquanto no REsp 1.340.444-RS há uma medida cautelar de protesto ajuizada pelos exequentes com o fito de interromper o fluxo prescricional e, no caso dos autos, não há.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assenta que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador diante das circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual insuscetível de revisão em sede de recurso especial a teor da Súmula nº 7/STJ.
3. A conclusão exarada no julgamento do REsp 1.270.439/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 2/8/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, segundo a qual a prescrição não corre durante o tempo necessário para a Administração apurar a dívida e individualizá-la ao beneficiado pelo direito, aplica-se ao caso dos presentes autos, uma vez que, no entendimento da Corte *a quo*, "a quantificação exata desta última (montante e termo inicial) encontra-se, inequivocamente, vinculada ao cumprimento integral" da obrigação de fazer por parte da Administração.
4. Nas elucidativas palavras do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, "a caracterização da prescrição não basta o transcurso do tempo, é necessária a presença concomitante da possibilidade de exercício de uma ação que tutele o direito e a inércia do seu titular". (AgRg no REsp 1.361.792/PE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 1º/4/2014.) 5. "São devidos juros moratórios até a liquidação do valor executado, o que ocorre com a definição do valor devido, consubstanciado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos" (REsp 1.259.028/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25/8/2011).
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1524810/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015)

Ou seja, a própria jurisprudência do STJ afasta-se do entendimento anterior, afirmando que os juros devem incidir no mínimo até o trânsito em julgado de eventuais embargos à execução opostos pelo devedor.

Reitero que o procedimento reconhecido no Manual de Cálculos da Justiça Federal supra transcrito e adotado pela Resolução CJF 267, de 02/12/2013, reconhece que a "conta de liquidação" a ser considerada é a última, realizada logo antes da expedição do precatório ou RPV. Daí o Manual chegar até mesmo ao ponto de recomendar que os Juízes promovam a atualização da conta de liquidação - que inclui correção monetária e os juros desde a última conta, feita em geral há muitos anos - imediatamente antes da expedição do precatório.

Por fim, a matéria objeto deste agravo, de ordem constitucional, teve repercussão geral reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 579.431/RS. O julgamento já se iniciou no dia 29 de outubro p.p, mas, com maioria de 6 votos já formada, foi interrompido por pedido de vista do Min. Dias Toffoli.

O voto proferido pelo Eminente Relator, Min. Marco Aurélio, foi referendado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, em julgamento cujo conteúdo foi explicitado no Informativo STF nº 805, cujo teor transcrevo, no trecho pertinente:

> O Ministro Marco Aurélio (relator) negou provimento ao recurso, para assentar a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição relativa ao pagamento de débito de pequeno valor. Ressaltou que o regime previsto no art. 100 da CF consubstancia sistema de liquidação de débito que não se confundiria com moratória. A requisição não operaria como se fosse pagamento, fazendo desaparecer a responsabilidade do devedor. Enquanto persistisse o quadro de inadimplemento do Estado, deveriam incidir os juros da mora. Assim, desde a citação - termo inicial firmado no título executivo - até a efetiva liquidação da RPV, os juros moratórios deveriam ser computados, a compreender o período entre a data da elaboração dos cálculos e a da requisição. Consignou que o Enunciado 17 da Súmula Vinculante não se aplicaria ao caso, porquanto não se cuidaria do período de 18 meses referido no art. 100, § 5º, da CF. Tratar-se-ia do lapso temporal compreendido entre a elaboração dos cálculos e a RPV. Além disso, o entendimento pela não incidência dos juros da mora durante o aludido prazo teria sido superado pela EC 62/2009, que incluíra o § 12 ao art. 100 da CF. Enfatizou que o sistema de precatório, a abranger as RPVs, não poderia ser confundido com moratória, razão pela qual os juros da mora deveriam incidir até o pagamento do débito. Assentada a mora da Fazenda até o efetivo pagamento do requisitório, não haveria fundamento para afastar a incidência dos juros moratórios durante o lapso temporal anterior à expedição da RPV. No plano infraconstitucional, antes da edição da aludida emenda constitucional, entrara em vigor a Lei 11.960/2009, que modificara o art. 1º-F da Lei 9.494/1997. A norma passara a prever a incidência dos juros para compensar a mora nas condenações impostas à Fazenda até o efetivo pagamento. Não haveria, portanto, fundamento constitucional ou legal a justificar o afastamento dos juros da mora enquanto persistisse a inadimplência do Estado. Ademais, não procederia alegação no sentido de que o ato voltado a complementar os juros da mora seria vedado pela regra do art. 100, § 4º, da CF, na redação da EC 37/2002. Haveria precedentes do STF a consignar a dispensa da expedição de requisitório complementar - mesmo nos casos de precatório - quando se cuidasse de erro material, inexatidão dos cálculos do precatório ou substituição, por força de lei, do índice empregado. Também seria insubsistente o argumento de que o requisitório deveria ser corrigido apenas monetariamente, ante a parte final da regra do art. 100, § 1º, da CF, na redação conferida pela EC 30/2000. O fato de o constituinte haver previsto somente a atualização monetária no momento do pagamento não teria o condão de afastar a incidência dos juros da mora. Sucede que a EC 62/2009 versaria a previsão dos juros moratórios, mantendo a redação anterior do aludido § 1º no tocante à atualização.(...)

Assim, por todo o acima exposto, impõe-se a reforma da decisão agravada, a fim de determinar a incidência dos juros no intervalo entre a data do cálculo de liquidação e a expedição do precatório.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo legal para reformar a decisão monocrática agravada, com o que NEGO PROVIMENTO aos embargos infringentes.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0014125-80.2007.4.03.9999 (2007.03.99.014125-5)

Embargante: JOÃO BATISTA DA ROSA
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 170/173
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente : JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE VINHEDO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS DELGADO
Classe de Processo: REO 1188467
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/11/2015

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE ANTERIOR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PETIÇÃO PROTOCOLIZADA ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO. OMISSÃO CONFIGURADA. DOCUMENTO NOVO. DESCARACTERIZAÇÃO. SEM EFEITO MODIFICATIVO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. EFEITO INFRINGENTE.

1 - Documento protocolizado em data anterior ao julgamento. Integração do julgado que se impõe.

2 - Cópia de termo de audiência realizada em data anterior ao próprio ajuizamento da demanda. Descaracterização do conceito de "documento novo", cuja apreciação encontra-se prevista no art. 397 do Código de Processo Civil.

3 - Não tendo o documento instruído a petição inicial, nem sido trazido por ocasião da instrução, sua apresentação nesta oportunidade afigura-se extemporânea. Impossibilidade de apreciação, sob pena de supressão de instância.

4 - Critérios de arbitramento dos honorários advocatícios. Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada, nos moldes do art. 535, I e II, CPC. Inadmissibilidade de reexame da causa, por meio de embargos de declaração, para conformar o julgado ao entendimento da parte embargante. Caráter nitidamente infringente.

5 - Embargos de declaração parcialmente providos, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração, sem efeitos modificativos nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2015.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por JOÃO BATISTA DA ROSA em face do v. acórdão proferido pela 8ª Turma, que, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração.

Inicialmente, sustenta o embargante que, em 21/08/2013, previamente, portanto, ao julgamento dos declaratórios de fls. 157/165, protocolizou a petição de fls. 175/180, em que pugnou pela juntada de cópias voltadas à comprovação do exercício da atividade de vigilante, com utilização de arma de fogo, extraídas de reclamação trabalhista ajuizada em face da empresa Comercial Guilherme Mamprim.

Aduz, assim, que o período de 01.03.86 a 28.04.95 deve ser considerado especial, de modo a autorizar o restabelecimento do benefício *sub judice* nos termos fixados pela sentença.

Assevera, finalmente, que o v. acórdão padece de omissão porquanto, ao fixar a sucumbência recíproca, desconsiderou os parâmetros dispostos nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Apresento o feito em mesa, *ex vi* do art. 263 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO (Relator):

Razão parcial assiste ao embargante.

Não obstante a protocolização da peça de fls. 176/180 tenha ocorrido em data anterior ao julgamento, sua juntada ocorreu a destempo, razão pela qual afigura-se impositiva a integração do *decisum*.

Assinalo, no entanto, que não se trata de "documento novo" cuja apreciação por esta Corte encontra-se prevista no art. 397 do Código de Processo Civil.

Isso porque a audiência cuja cópia do termo se pleiteia a colação foi realizada em 26/05/1998, ou seja, anteriormente ao próprio ajuizamento da vertente demanda, em 13/06/2005 (fl. 3).

Nesses termos, não tendo o documento instruído a petição inicial, nem sido trazido por ocasião da instrução, sua apresentação nesta oportunidade afigura-se extemporânea, restando obstada sua consideração, sob pena de inadmissível supressão de instância.

Relativamente aos critérios adotados para fixação da verba honorária, não há falar em qualquer obscuridade, contradição ou omissão, nos moldes disciplinados pelo art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, tendo a Tuma Julgadora enfrentado regularmente a matéria de acordo com o entendimento então adotado.

Com efeito, o v. aresto expressamente consignou:

> Em vista da sucumbência recíproca (artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil), cada parte terá o ônus de pagar os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, bem assim dividir as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida à autora e a isenção de que é beneficiário o réu.

Dessa forma, verifica-se que o presente recurso, no ponto, pretende rediscutir matéria já decidida por este Tribunal, o que não é possível em sede de declaratórios. Precedentes: 3ª Seção, EDcl em EDcl em EInf nº 0006055-03.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, j. 28/05/2015, DJe 11/06/2015; TRF3, 9ª Turma, EDcl em AC nº 0009733-26.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 16/03/2015, DJe 26/03/2015, EDcl em AC nº 0002974-10.2013.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, d. 28/04/2015, DJe 23/06/2015.

Cumpre observar que os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer obscuridades, contradições e omissões da decisão, acaso existentes. Não é instrumento processual viável à manifestação de inconformismo, rediscussão do julgado ou, ainda, prequestionar matéria para interposição de recursos especial ou extraordinário, ausentes as hipóteses delineadas no art.535, I e II, do Código de Processo Civil. Precedentes: STJ, EDcl no AgRg no RMS 45707, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/06/2015 e EDcl no Ag 1104774/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/08/2014, DJe 22/08/2014.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração, para sanar a omissão apontada, na forma acima explicitada, porém sem efeitos modificativos.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0035057-55.2008.4.03.9999
(2008.03.99.035057-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: EVERTON BRANDIT UYEMURA
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE VOTUPORANGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1331128
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2015

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA SOBRE VEÍCULO. ALIENAÇÃO ANTERIOR. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FALTA DE COMUNICAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA AO DETRAN.

1. Nos termos do art. 185-A do Código Tributário Nacional, admite-se a ordem bloqueio de automóvel registrado em nome do executado ao órgão de trânsito competente, para prevenir eventual fraude à execução. Assim, o interesse do embargante surge no momento em que cumprida a decisão de indisponibilidade dos bens registrados em nome dos executados. Ademais, a penhora só não foi viabilizada justamente pelo fato de não ter sido encontrado o veículo na posse da executada.

2. Mantida a sentença no tocante à desconstituição da penhora sobre o veículo, pois restou provado que a sua alienação ao embargante se deu antes da determinação de penhora. A falta de comunicação da transferência de propriedade ao órgão de trânsito não invalida o negócio jurídico nem os efeitos dele decorrentes. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não há que se falar em fraude à execução quando a alienação do bem não reduz o devedor à insolvência, consoante o disposto no parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional. No caso, há provas nos autos de que os executados possuem outros bens, inclusive outro veículo penhorado.

4. Por força do princípio da causalidade, não deve o embargado arcar com os ônus da sucumbência, pois como o embargante não comunicou a transferência de registro da propriedade do veículo ao DETRAN, o embargado não pode ser responsabilizado pela indevida constrição.

5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sucedido pela União Federal, em face de sentença proferida pelo Serviço Anexo das Fazendas da Comarca de Votuporanga/SP, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por EVERTON BRANDIT UYEMURA, para desconstituir a penhora sobre o veículo Ford Ka, placas CXH 7145, e condenar o embargado ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Em suas razões, sustenta o apelante a carência de ação do embargante por falta de interesse processual, por não ter sido efetivada a ordem de penhora do veículo, nem qualquer ato de arresto ou apreensão. Quanto à responsabilidade pelos ônus processuais, alega que incide o teor da Súmula nº 303 do Superior Tribunal de Justiça, pois o apelante não contribuiu para que o bem fosse alcançado pelo decreto de indisponibilidade, o que só ocorreu porque o embargante descumpriu a sua obrigação de comunicar ao órgão de trânsito a realização da transferência de registro da propriedade do veículo. Pede, ainda, o reconhecimento da fraude à execução, pois ao tempo da alienação (2005), já havia ocorrido a citação da executada Silvana, vendedora do veículo. Subsidiariamente, pede a redução da verba honorária.

Com as contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator):

Inicialmente, afasto a alegação de carência de ação por falta de interesse processual do embargante, por não ter sido efetivada a ordem de penhora do veículo.

Nos termos do art. 185-A do Código Tributário Nacional, admite-se a ordem bloqueio de automóvel registrado em nome do executado ao órgão de trânsito competente, para prevenir eventual fraude à execução. Assim, o interesse do embargante surge no momento em que cumprida a decisão de indisponibilidade dos bens registrados em nome dos executados (fls. 29/31). Ademais, a penhora só não foi viabilizada justamente pelo fato de não ter sido encontrado o veículo na posse da executada Silvana, eis que alienado por ela há tempos (fls. 37).

No mais, deve ser mantida a sentença no tocante à desconstituição da penhora sobre o veículo, pois restou provado que a sua alienação ao embargante se deu em 29/03/2005 (fls. 10), sendo que a determinação de penhora só ocorreu em 18/08/2006 (fls. 35). A falta de comunicação da transferência de propriedade ao órgão de trânsito não invalida o negócio jurídico nem os efeitos dele decorrentes. A respeito da questão, é oportuna a transcrição da seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO. TRADIÇÃO. FRAUDE. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA Nº 7-STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRADIÇÃO QUE NÃO ALTERA O JULGADO. NÃO PROVIMENTO.
> 1. "O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto

ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios" (REsp 599620/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 17.05.2004).
2. Concluído pelas instâncias ordinárias que o executado não era mais proprietário do veículo sobre o qual recaiu a penhora e que sua alienação não importou em fraude, o reexame da questão encontra o óbice de que trata o enunciado nº 7, da Súmula.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AGA 200500244382, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJE 28/08/2012)

Ademais, não há que se falar em fraude à execução quando a alienação do bem não reduz o devedor à insolvência, consoante o disposto no parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional. No caso, há provas nos autos de que os executados possuem outros bens (fls. 35), inclusive outro veículo penhorado (fls. 36).

Por fim, assiste razão ao apelante no que diz respeito aos honorários advocatícios. Por força do princípio da causalidade, não deve o embargado arcar com os ônus da sucumbência, pois como o embargante não comunicou a transferência de registro da propriedade do veículo ao DETRAN, o embargado não pode ser responsabilizado pela indevida constrição.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA 303 STJ. APLICAÇÃO. BEM ADQUIRIDO POR TERCEIRO ANTES DA CONSTRIÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO DETRAN.
- O fisco indicou veículo à penhora que estava registrado em nome do executado na ação principal. Entretanto, embora posteriormente o embargante tenha comprovado nos autos que a venda do automóvel ocorreu em período anterior ao ajuizamento da ação executória, ficou demonstrado que não realizou a transferência da titularidade do bem perante o DETRAN, de modo que a exequente não poderia ser responsabilizada pela indevida constrição. Assim, foi o embargante quem deu causa à lide, razão pela qual é descabida a condenação da fazenda ao pagamento dos honorários advocatícios.
- Recurso provido.
(TRF3, AC 00003080220144039999, Rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, Quarta Turma, e-DJF3 18/08/2014)

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação apenas para afastar a condenação do embargado em honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0007161-85.2013.4.03.0000 (2013.03.00.007161-8)

Agravante: FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO - FHE
Agravada: R. DECISÃO DE FOLHAS 93/94
Interessado: MANOEL WEYSON CEZAR DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AI 500579
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/12/2015

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. NATUREZA ALIMENTAR. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.
1. Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
2. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento ao recurso, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
3. O cerne da controvérsia diz respeito à constrição na conta-salário do agravante mediante a utilização do instituto da "penhora on line". O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06, é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.
4. Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do "dogma da impenhorabilidade absoluta" de todas as verbas de natureza alimentar.
5. Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores. Dessa forma, uma vez demonstrado que o valor que se pretende bloquear refere-se à verba de natureza alimentar, não há razão para a constrição pretendida.
6. Ademais, a parte não trouxe argumentos que refutassem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ou que ensejasse a modificação da decisão monocrática.
7. Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de agravo interno, interposto pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO EXÉRCITO - FHE em face da decisão monocrática de fls. 93/94, que negou seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 557, "caput" do Código de Processo Civil.

Em seu recurso, requer a agravante a reforma do julgado, aduzindo que há conflito na jurisprudência interna desta Corte, sendo que a reimplantação de consignação devidamente contratada não importa em violação do artigo 649 do Código de Processo Civil.

Requer a reconsideração da decisão ou o envio para o julgamento da C. 1ª Turma desta Corte.

Requer o provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Impõe-se registrar, inicialmente, de acordo com o artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Ora, a decisão impugnada ao negar seguimento ao recurso, fê-lo com supedâneo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

> Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela Fundação Habitacional do Exército - FHE, diante da decisão que, em sede de execução de título executivo extrajudicial, rejeitou o pedido de penhora de 30% do salário do agravado.
> Em breve síntese, sustenta que a impenhorabilidade absoluta dos salários afronta o artigo 422 do Código Civil, que determina que os contratantes devem observar o princípio da boa-fé e da probidade na relação contratual. Requer, pois, a reforma da decisão agravada e a deter-

minação da penhora de 30% sobre os valores existentes em conta-salário do executado e dos depositados nos meses seguintes, até o limite de R$ 17.344,86.
Não foi requerido o pedido efeito suspensivo ativo ao recurso.
Contudo, tendo em vista a não-angularização da relação processual no juízo de origem, ficando impossibilitada a intimação do agravado, determino o prosseguimento do feito independentemente da intimação.
Neste contexto, passo a analisar o mérito do presente agravo de instrumento.
Decido.
Inicialmente, observo que, consoante o artigo 522 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, estabeleceu-se nova sistemática para interposição recurso de agravo de instrumento, consagrando seu cabimento somente nos casos suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação ou naqueles previstos na Lei - casos de inadmissão da apelação ou nos efeitos em que ela é recebida. É esse o caso dos autos, razão pela qual conheço do recurso, na forma de instrumento.
O cerne da controvérsia diz respeito à constrição na conta-salário do agravante mediante a utilização do instituto da "penhora on line".
O inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, com redação conferida pela Lei nº 11.382/06, é claro ao dispor que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.
Vale referir que o artigo em comento, no projeto de lei, trazia o parágrafo 3º com a previsão de que 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários, calculados após os efetivos descontos, seriam considerados penhoráveis. Tal disposição, contudo, foi vetada sob o fundamento de quebra do "dogma da impenhorabilidade absoluta" de todas as verbas de natureza alimentar.
Pelas razões do veto é possível concluir pela manutenção da impenhorabilidade absoluta, de tal sorte que não há falar-se na possibilidade de constrição de tais valores.
Dessa forma, uma vez demonstrado que o valor que se pretende bloquear refere-se à verba de natureza alimentar, não há razão para a constrição pretendida.
Neste sentido, transcrevo o julgado abaixo, proferido pela Terceira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça:
"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA ON LINE. CONTA CORRENTE. VALOR RELATIVO A RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. VENCIMENTOS. CARATÉR ALIMENTAR. PERDA. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. - Apenas em hipóteses em que se comprove que a origem do valor relativo a restituição de imposto de renda se referira a receitas compreendidas no art. 649, IV, do CPC é possível discutir sobre a possibilidade ou não de penhora dos valores restituídos. - A devolução ao contribuinte do imposto de renda retido, referente a restituição de parcela do salário ou vencimento, não desmerece o caráter alimentar dos valores a serem devolvidos. - Em princípio, é inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. - Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. - Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. - É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial. Recurso especial não provido."

(RESP 200801111780, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, 14/10/2009).
"AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DE DECISÃO DO STJ. EXECUÇÃO. PENHORA. SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Na hipótese, há divergência entre a decisão desta Corte Superior - que entendeu não ser cabível a constrição sobre conta corrente destinada ao recebimento de salário - e a decisão proferida pelo Juízo de primeira instância, que manteve a penhora de 30% sobre conta-salário do devedor.
2. Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que é possível a penhora on line em conta corrente do devedor, desde que observada a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras, prevista no art. 649, IV, do CPC.
3. Agravo não provido".
(AgRg na Rcl 12.251/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 19/08/2013)
No mesmo sentido: Embargos de Divergência em Agravo 1090111/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 13/12/2010.
Também acerca do tema, colaciono precedentes desta Corte em julgamento proferido no Agravo Legal nº 0006917-30.2011.4.03.0000/MS, e Agravo de Instrumento nº 0008021-57.2011.4.03.0000/SP, ambos de relatoria da Desembargadora Federal Ramza Tartuce, no sentido da impenhorabilidade de valores depositados na conta bancária destinada ao pagamento de salário, dada a sua natureza alimentar.
Diante do exposto, com amparo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, *NEGO SEGUIMENTO* ao agravo de instrumento.
Intimem-se.
Após as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Ademais, a parte não trouxe argumentos que refutassem a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil ou que ensejasse a modificação da decisão monocrática.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interposto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0018595-07.2013.4.03.6100
(2013.61.00.018595-0)

Apelante: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE LATICÍNIOS E PRODUTOS DERIVADOS DO AÇÚCAR E DE TORREFAÇÃO, MOAGEM E SOLÚVEL DE CAFÉ DOS MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO CAPITAL, GRANDE SÃO PAULO, MOGI DAS CRUZES E SÃO ROQUE
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR
Classe do Processo: AC 1977419
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2015

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE ANTE A NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REJEITADAS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não assiste razão à Caixa Econômica Federal no que concerne às preliminares arguidas de ilegitimidade passiva *ad causam* e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central. A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para figurar no polo passivo das ações em que se discute correção monetária de depósitos referentes às contas vinculadas ao FGTS, consoante dispõe a Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça: "A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS". Com relação à alegada nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público Federal, entendo que o presente caso não se amolda às hipóteses previstas no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, notadamente por não verificar a existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide. Ademais, mesmo que fosse caso de intervenção do Ministério Público, para que se declare a nulidade, deveria ter havido debate e demonstração do prejuízo, e isso não se verifica, o que só reforça a inexistência de violação do dispositivo supracitado. Preliminares rejeitadas.

2. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.683-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial.

3. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90.

4. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, deter-

mina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA.
5. Incabível a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.
6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.
7. Apelação não provida.

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, rejeitar a matéria preliminar e negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de dezembro de 2015.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE LATICÍNIOS E PRODUTOS DERIVADOS DO AÇÚCAR E DE TORREFAÇÃO MOAGEM E SOLÚVEL DE CAFÉ DOS MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO (CAPITAL), MOGI DAS CRUZES E CAJAMAR contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara da Justiça Federal de São Paulo/SP, que, em ação coletiva objetivando a condenação da CEF a promover a substituição da TR, pelo INPC, ou IPCA, ou, ainda por qualquer outro índice de correção monetária que reponha as perdas inflacionárias das contas fundiárias de titularidade dos trabalhadores vinculados ao sindicato autor, julgou improcedente o pedido.

Alega o apelante, em síntese, que "quando o Poder Judiciário determina que se aplique o índice oficial de inflação no lugar da TR, ele não age como legislador positivo, ele age como Poder Judiciário, na medida em que garante que o direito à correção monetária, consectário dos direitos constitucionais ao FGTS, à segurança jurídica e à propriedade. Estes direitos só se perfectibilizam quando a integralidade da inflação é reposta, máxime no caso em concreto, que tem como agravante o fato de o legislador ter escolhido para repor a inflação um índice que não foi criado por lei para tal fim, como é o caso da TR" (fl. 231).

Aduz, ainda, que "se de outro gizo, a TR não tem natureza jurídica de índice de correção monetária na esteira da decisão do STF na ADI 493, reafirmada agora no julgamento da ADI 4357/DF, ainda assim remanesce a necessidade de que o FGTS seja corrigido monetariamente, porque a correção monetária apenas repõe a perda do capital causada pela inflação, mantendo intacto, ao menos em tese, o poder de compra" (fl. 241), sob pena de violação ao direito de

propriedade, bem como afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da segurança jurídica e o da dignidade humana.

Em contrarrazões, a CEF alegou, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva e a necessidade de litisconsórcio passivo necessário com a União e o Banco Central. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido (fls. 250/267).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal em seu parecer requereu a nulidade de todos os atos decisórios, com a devolução dos autos à primeira instância, em razão da ausência de intervenção do MPF no processo (fls. 280/281).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR – Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR (Relatora):

Inicialmente, não assiste razão à Caixa Econômica Federal no que concerne às preliminares arguidas de ilegitimidade passiva *ad causam* e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para figurar no polo passivo das ações em que se discute correção monetária de depósitos referentes às contas vinculadas ao FGTS, consoante dispõe a Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça: "A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS".

Nesse sentido:

> FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGITIMIDADE DA CEF. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE EXTRATOS DE CONTAS VINCULADAS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. SÚMULA 252 DO STJ. IPC DE ABRIL/90 (44,80%). HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO, NOS TERMOS DA LC Nº 110/01. HONORÁRIOS. PRECEDENTES.
> 1. Reconhece-se a ilegitimidade passiva da União. Somente a CEF deve responder às ações em que se discute correção monetária de depósitos relativos a contas de FGTS.
> 2. A comprovação da existência de contas vinculadas é razoavelmente efetivada por cópias das folhas do FGTS, inseridas nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social - CTPS dos autores. A propositura da ação prescinde da juntada de extratos.
> 4. Os recolhimentos para o FGTS possuem natureza de contribuição social e não tributária, prescrevendo em 30 anos a ação de cobrança dos recolhimentos não efetuados e dos juros.
> 5. Nos termos da Súmula nº 252, "os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF".
> 6. Os índices referentes aos demais Planos Econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor II e Real) não constam da inicial, razão por que não integram a lide, nem podem ser examinados em grau de recurso.
> 7. No tocante aos co-autores que assinaram termo de adesão previsto pela Lei Complementar nº 110/01, as referidas transações ensejam a extinção do processo, porquanto não se demonstra, em bases mínimas, a invalidade dos acordos noticiados.

8. Verba honorária mantida, pois a condenação atende ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC.
9. Extinção do processo, com resolução de mérito, por transação, quanto aos autores que aderiram aos termos da LC nº 110/01.
10. Apelo da CEF parcialmente conhecido. Na parte conhecida, matéria preliminar rejeitada. No mérito, recurso improvido.
(TRF 3ª Região, AC 2000.03.99.039279-8/SP, 1ª Turma, REL. JUIZ CONVOCADO CESAR SABBAG, j. 24.05.2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04.06.2012).

FGTS. Legitimidade da CEF. Ilegitimidade da União e do Bacen. Correção monetária. Abril/90. Somente a CEF, na qualidade de gestora do fundo, deve responder às ações em que se discute correção monetária de depósitos relativos a contas de FGTS. Ilegitimidade da União e do Banco Central do Brasil Súmula nº 249 do Superior Tribunal de Justiça.
Ocorre a impossibilidade jurídica do pedido quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, não sendo o caso do pedido de condenação em honorários advocatícios, previstos nos artigos 20 e 21 do CPC, devendo-se apenas verificar, quando da análise do mérito, se cabível sua aplicação ao presente caso. Preliminar afastada.
Os saldos das contas do FGTS são corrigidos em 42,72% (IPC, janeiro de 1989) e em 44,80% (IPC, abril de 1990). No caso presente, devido o índice 44,80% de IPC, abril de 1990.
Preliminares afastadas. Apelação improvida.
(TRF 3ª Região, AC 0033216-10.1993.4.03.6100/SP, 5ª Turma, REL. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, j. 25.05.2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08.06.2011 PÁGINA: 635).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. CÓPIAS REPROGRÁFICAS DE CTPS COM OPÇÃO PELO FGTS. ART. 515, PARÁGRAFO 3º DO CPC. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. LEGITIMIDADE DA CEF. CARÊNCIA DA AÇÃO EM RAZÃO DA L.C. 110/2001. IPC. JANEIRO/89, MARÇO/90 E ABRIL/90. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.
I - Desnecessária à propositura da ação de cobrança de diferenças de atualização de contas do FGTS a juntada de extratos das mesmas.
II - Cópias das CTPS, com opção pelo FGTS, oferecidas com a inicial são documentos hábeis para autorizar o processamento da ação.
III - Conhecido o recurso de decisão que não apreciou o mérito, é de rigor o seu exame com esteio no art. 515, parágrafo 3º do CPC, com redação dada pela Lei 10352/01, eis que a questão é exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento.
IV - A prescrição, no caso, é trintenária (Súmula 210/STJ).
V - A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder às ações versando sobre correção monetária dos saldos de FGTS.
VI - A Lei Complementar nº 110/2001 apenas fez por reconhecer o direito que assiste aos optantes do FGTS à reposição monetária expurgada de suas respectivas contas vinculadas, propondo, de outro lado, acordo pelo qual o débito é recomposto em parcelas e com deságio, sendo evidente a optatividade da adesão, mantendo íntegro o direito de ação perante o Judiciário.
VII - Consoante jurisprudência pacífica do Egrégio STJ e desta Corte e observado o entendimento do Colendo STF, o índice aplicável, para fins de correção monetária, é o IPC, com os seguintes percentuais: janeiro/89 - 42,72%, março/90 (84,32%) e abril/90 - 44,80%.
VIII - As parcelas devidas devem ser corrigidas desde o momento em que se tornam devidas.
IX - Os juros de mora devem ser fixados ao percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, até a entrada em vigor da Lei 10406/02 e, posteriormente, no percentual de 1% ao mês de acordo com o artigo 161 do CTN.
X - Cada parte deve arcar com os honorários de seu advogado em razão da sucumbência recíproca.

XI - Recurso parcialmente provido.
(TRF 3ª Região, AC 1301469-54.1995.4.03.6108/SP, 2ª Turma, REL. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, j. 08.04.2008, DJU DATA:25.04.2008 PÁGINA: 635).

Sendo assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal e o litisconsórcio passivo necessário da União e do Banco Central.

Com relação à alegada nulidade pela ausência de intervenção do Ministério Público Federal, entendo que o presente caso não se amolda às hipóteses previstas no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, notadamente por não verificar a existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Ademais, mesmo que fosse caso de intervenção do Ministério Público, para que se declare a nulidade, deveria ter havido debate e demonstração do prejuízo, e isso não se verifica, o que só reforça a inexistência de violação do dispositivo supracitado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.
[...]
2. A ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo às partes ou para apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio pas de nullités sans grief.
3. Até mesmo nas causas em que a intervenção do Parquet é obrigatória, seria necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010).
[...]
Recurso especial não conhecido.
(REsp 1249050/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011).

Superada a matéria preliminar, passo à análise do mérito.

In casu, o sindicato apelante propôs ação coletiva, objetivando a condenação da Caixa Econômica Federal - CEF ao pagamento, a favor de cada trabalhador substituído pelo autor, o valor correspondente às diferenças de FGTS em razão da aplicação da correção monetária pelo INPC nos meses em que a TR foi zero ou inferior a inflação do período, nas parcelas vencidas desde 1999 ou alternativamente, que em lugar do INPC seja aplicado o IPCA ou qualquer outro índice de correção monetária que reponha as perdas inflacionárias nas contas do autor, desde janeiro de 1999.

Inicialmente, anoto que a determinação de sobrestamento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, de processos nos quais se discute a mesma tese jurídica do Recurso Especial nº 1.381.683-PE, eleito como representativo de controvérsia, refere-se apenas aos recursos especiais pendentes de admissibilidade nesta Corte, na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Assim, compartilho do entendimento de que tal providência não impede o julgamento dos recursos de apelação nos Tribunais de segundo grau, porquanto a suspensão, nesta hipótese,

ocorre apenas com a interposição de recurso especial, para o qual está prevista a possibilidade de retratação pelo Tribunal de origem quando o julgamento estiver em desconformidade com a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça.

Passo à análise do caso.

Inicialmente, verifica-se do disposto nos enunciados das Súmulas 210 e 398 do Superior Tribunal de Justiça que a prescrição não atinge o direito em si, mas apenas a pretensão do titular da conta do FGTS de postular o cumprimento das obrigações vencidas nos trinta anos que antecedem o ajuizamento da ação. "A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos. A prescrição da ação para pleitear os juros progressivos sobre os saldos de conta vinculada do FGTS não atinge o fundo de direito, limitando-se às parcelas vencidas".

No mais, o legislador, com o intuito de resguardar o trabalhador que não gozava da estabilidade prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para assegurar a efetividade do princípio da continuidade do contrato de trabalho.

Nos termos prescritos no artigo 2º da Lei 5.107/1966, incumbia ao empregador a obrigação de proceder ao depósito, em conta vinculada, da importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida no mês anterior a cada empregado, optante ou não.

Ainda de acordo com a norma prevista no artigo 3º do referido diploma legal, "os depósitos efetuados de acordo com o artigo 2º são sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiros da Habitação e capitalizarão juros segundo o disposto no artigo 4º".

Pois bem. Muito embora a correção monetária dos saldos do FGTS seja legalmente devida, o Supremo Tribunal pacificou o entendimento jurisprudencial de que o "Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado". Portanto, não há direito adquirido a regime jurídico quanto à correção monetária (RE n 226.855-7, Rel. Ministro Moreira Alves).

Procederei à análise dos índices individualmente.

a) Fevereiro/86. Nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Decreto-lei nº 2.284/86 "A conversão para cruzados, de que trata este artigo, dos saldos de cadernetas de poupança, bem como do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS/PASEP, deverá ser precedida de uma aplicação pro rata da correção monetária e juros, na forma da legislação específica que vigorava em 27 de fevereiro de 1986."

Dessa forma, considerando que os saldos das contas vinculadas do FGTS existentes em 02/01/1986 deveriam ser reajustados segundo os índices da caderneta de poupança, a parte autora não faz jus à diferença de correção monetária no mês de fevereiro, porquanto aqueles saldos, consoante previsto no artigo 1º, II, do Decreto nº 2.284/86, foram reajustados em percentual superior (32,92%) ao postulado pelo fundista (14,36%).

No que se refere à correção monetária dos saldos das contas do FGTS nos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, dispõe o art.13, § 1º, da Lei nº 8.036/90, *in verbis*:

> Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.

> 1º Até que ocorra a centralização prevista no item I do art. 7º, a atualização monetária e a capitalização de juros correrão à conta do Fundo e o respectivo crédito será efetuado na conta vinculada no primeiro dia útil de cada mês, com base no saldo existente no primeiro dia útil do mês anterior, deduzidos os saques ocorridos no período.

Quanto a maio de 1990, o STF entendeu que a CEF, ao aplicar o índice BTN, atualizou corretamente os saldos mantidos em conta vinculada do FGTS em maio de 1990.

No tocante ao mês fevereiro/91, aquela Corte também reputou como correto o percentual aplicado pela CEF, ao argumento de que a Medida Provisória nº 294, que instituiu a Taxa Referencial (TR), entrou em vigor no mês em que deveria ser procedida à atualização monetária do saldo, qual seja fevereiro de 1991.

Nesse sentido, é a jurisprudência.

> ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - FGTS - CORREÇÃO DE CONTAS VINCULADAS - SÚMULA 343/STF - AFASTAMENTO - ÍNDICES DE JUNHO/87 (26,06%), JANEIRO /1989 (42,72%), ABRIL E MAIO/90 (44,80% e 7,87%) e FEVEREIRO/1991 (21,87%) - RESP 1.111.201/PE e 1.112.520/PE - ART. 543-C DO CPC - SÚMULA 252/STJ - PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
> (...)
> 3. Segundo a Súmula 252/STJ: Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).
> 4. Provimento do pedido para modificar os índices relativos aos meses de junho/87, maio/90 e fevereiro/91, fixando-os, respectivamente em 18,02% com base na LBC; 5,38% pelo BTN e no percentual de 7%, com base na TR, mantendo-se os demais. (g/n)
> (...)
> (STJ, AR nº 1465/PR, PRIMEIRA SEÇÃO, Ministra ELIANA CALMON, j. 11/12/2013, DJe 18/02/2014).

Quanto ao período de julho de 1990, o C. Superior Tribunal pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS deveria ser realizada pelo índice 10,79% (BTN), e não 12,92% como pretende a parte autora.

No que se refere à atualização referente a março/1991, a Lei nº 8.177/91, em seu artigo 17, estabeleceu que:

> A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.
> Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Posteriormente, a Lei 8.660/93, que estabelecia novos critérios para a fixação da Taxa Referencial - TR, extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, e estabeleceu a TR como critério de remuneração da poupança:

> Art. 2º. Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.
> (...)
> Art. 7º. Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

Assim, a atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da lei 8.177/91.

Destarte, os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS.

Com relação a sua aplicação sobre os valores devidos a título de FGTS, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 459: "A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo".

Portanto, diante das disposições legais que estabelecem a TR como o índice legal devido, incabível a sua substituição pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador, violando o princípio constitucional da Separação dos Poderes.

Ressalto, ainda, que o excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

Trago à colação, os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA REFERENCIAL. INCLUSÃO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. Acórdão recorrido assentando que a questão discutida no recurso versa erro de direito atingido pelo fenômeno da preclusão. 2. Agravo interposto na fase da expedição do precatório, consoante iterativa jurisprudência, não pode fazer às vezes de embargos do executado e superar a preclusão. 3. É assente no Egrégio STJ que omissa a sentença é lícita a inclusão de índices na conta de liquidação cujo trânsito da sentença, por ausência de oposição à subseqüente correção inibe a impugnação quando da expedição do Precatório. Precedentes: ERESP nº 478359/SP, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 13.09.2004; RESP 445630/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003;RESP 463118, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.12.2003. 4. Destarte, *in casu*, não houve erro material, isto porque a inclusão de expurgos adveio da determinação contida na própria sentença. Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser cabível a inclusão dos chamados expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, na fase de execução, de modo a refletir a real desvalorização da moeda. Contudo, a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários adstringe-se ao momento anterior ao trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação, em respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada. 5.É assente restar correta a aplicação da TR nos cálculos, haja vista que o STF, em hipóteses análogas, em ADINs fundadas na sua impugnação como fator de correção monetária, concluiu que

referido índice referenciador não foi suprimido do ordenamento jurídico, restando apenas que o mesmo não poderia substituir outros índices previamente estabelecidos em lei ou em contratos, pena de violação do ato jurídico perfeito. Sob esse ângulo, "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI." (RE-175678/MG - Rel. Ministro Carlos Velloso) 6. A sentença exeqüenda determinou fosse a restituição "acrescida de correção monetária e juros de mora", sem especificar índices, conforme fls. 29 dos autos. 7. No que pertine à aplicação da correção monetária, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. 8. O erro material caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação viciada da vontade, e pode ser sanado a qualquer tempo, para subtrair os expurgos da conta de precatório complementar, sem que se ofenda a coisa julgada, hipótese que o próprio Tribunal *a quo* entendeu inocorrente, *in casu*. 9. Recurso Especial desprovido.
(STJ, 1ª T. RESP 706.633, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 27/06/2005).

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À SÚMULA 121/STF. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CDA. LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. FGTS NÃO RECOLHIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL - TR. SÚMULA 83/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. É inviável o conhecimento de Recurso Especial no que concerne à violação da Súmula 121/STF, uma vez que o tipo normativo não se enquadra, como regra, no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988. 3. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento (art. 106 do CTN). Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu pela higidez da certidão da dívida ativa. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 5. A Taxa Referencial - TR é aplicável como índice de correção dos valores de contribuições do FGTS não recolhidos pelo empregador. 6. Incide, *in casu*, a Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 7. Agravo Regimental não provido. ..EMEN: (AGRESP 201101471564, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:03/10/2011 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA.
1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS.
A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da

incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei nº 8.177/91, por intermédio da edição da Lei nº 8.218/91.
Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária.
2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.3. Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005;
REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006.
4. Recurso especial não-provido.
(REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS - APLICAÇÃO DA TR - JUROS REMUNERATÓRIOS - ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. 1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA. 3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei. 4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010. 5. Apelação desprovida. Sentença mantida.
(TRF2, AC nº 524737, 5ª Turma Especial, Rel. MARCUS ABRAHAM, E-DJF2R - 30/11/2012, p. 62).

FGTS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA. PRELIMINAR REJEITADA. CORREÇÃO DE SALDOS DA CONTA VINCULADA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA, INPC OU QUALQUER OUTRO ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A INFLAÇÃO. LEIS 8.036/90, 8.117/91 E 8.660/93. SÚMULA 459 DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. *In casu*, não houve a declaração de extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo Juízo *a quo*, com base em suposta ausência de uma das condições da ação. Na verdade, o que de fato ocorreu foi o enfretamento da questão de mérito pela sentença recorrida, haja vista o julgamento liminar de improcedência do pedido, nos termos do art. 285-A c.c. 269, I, ambos do CPC. Assim, não há se falar em aplicação à hipótese do princípio da causa madura, como pretendem os apelantes, impondo-se a rejeição da preliminar de nulidade da sentença impugnada. 2. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. 3. A Lei 8.036/90, responsável por regular normas e diretrizes do FGTS, expressamente estabelece que os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalizarão juros de 3% ao ano. 4. À vista dessas disposições, sobreveio a Lei 8.177, de 1991, dispondo, em seu art. 17, parágrafo único, que, a partir de fevereiro de 1991, tanto os saldos da conta vinculada ao FGTS, como as contas de poupança, passariam a ser remunerados pela TRD - Taxa Aplicável à Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança. 5. Posteriormente, a Lei 8.660/93 foi expressa em extinguir, a partir de 01/05/1993, a TRD, tendo estabelecido a TR como critério de remuneração da poupança. 6. A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção

monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. 7. Descabe a substituição TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. 8. Além disso, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, haja vista que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. 9. Rejeição da preliminar argüida. Apelação do autor a que se nega provimento.
(AC 00000422120144036117, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. 1. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial. 2. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90. 3. A atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da Lei 8.177/91. 4. Os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS. 5. Descabe a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes. 6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. 7. Apelação improvida.
(AC 00028830720144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS. APLICAÇÃO DA TR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. ART. 17 DA LEI Nº 8.177/91. 1. Não obstante tenha sido determinada a suspensão de tramitação das ações correlatas ao do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, à luz do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, o pedido de suspensão do julgamento deve ser formulado prioritariamente em sede de recurso especial. 2. Todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da Lei 8.036/90. 3. A atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da Lei 8.177/91. 4. Os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS. 5. Descabe a substituição da TR por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes. 6. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucio-

nalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. 7. Apelação improvida.
(AC 00006520720144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. I - Considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal, recebo os embargos de declaração opostos pela parte autora como agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC. II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já alegado. Na verdade, busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte. III - A determinação de sobrestamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de processos nos quais se discute a mesma tese jurídica do Recurso Especial nº 1.381.983-PE, eleito como representativo de controvérsia, refere-se apenas aos recursos especiais pendentes de admissibilidade nesta Corte, na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil. Tal providência não impede o julgamento dos recursos de apelação nos tribunais de segundo grau. IV - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. V - Nos termos do art. 13 da Lei nº 8.036/90, os depósitos efetuados nas contas vinculadas ao FGTS "serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança", os quais são remunerados pela Taxa Referencial, a teor do que dispõe o art. 12, I, da Lei nº 8.177/91. VI - A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. VII - Descabe a substituição da TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes. VIII - Sem dúvida, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, visto que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. IX - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, em momento algum declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei nº 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição aos índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei. X - Recebidos os Embargos Declaratórios como agravo legal e negado provimento.
(AC 00019469420144036111, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, verifica-se, que inexiste qualquer ilegalidade na aplicação da TR como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS.

Diante do exposto, *rejeito* a matéria preliminar e *nego provimento* à apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0021216-80.2014.4.03.9999
(2014.03.99.021216-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 171/172
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ALZIRA SOARES DE SOUZA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA PARANAIBA - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AC 1984307
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/01/2016

EMENTA

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL. APELAÇÃO INTEMPESTIVA DO INSS. INTIMAÇÃO POR CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO. INEXISTÊNCIA DE REPRESENTANTE DA PROCURADORIA FEDERAL NA SEDE DO JUÍZO.
I- Nos termos do art. 506, inc. I, do CPC, *in verbis*: "O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência". Dessa forma, a apelação interposta pela autarquia encontra-se intempestiva.
II- *In casu*, o I. Procurador do Instituto não compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada, não obstante tenha tomado ciência da designação da mesma. Verifica-se que a intimação foi devidamente realizada por meio de carta, com aviso de recebimento, uma vez que o processo tramitou em comarca diversa do local onde situada da Procuradoria. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.352.882/MS, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin).
III- O art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.
IV- 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 recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2015.
Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC que, nos autos da ação em que se pleiteia a concessão de aposentadoria rural por idade, negou seguimento à apelação do INSS, sob o fundamento de intempestividade da mesma.

Inconformada, agravou a autarquia, pleiteando a reforma da decisão, alegando que não houve intimação pessoal do Procurador Federal e "OFENSA AO ARTIGOS 17 DA LEI nº 10.910/2004 e 6º DA LEI nº 9.028/95" (fls. 175).

É o breve relatório.

À mesa.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator):

Inicialmente, observo que o agravo regimental será conhecido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, tendo em vista que o recurso foi interposto contra a decisão proferida nos termos do art. 557 do CPC, aplicando-se, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal.

Passo à análise do recurso.

Razão não assiste à agravante.

Conforme decidi a fls. 171/172, *in verbis*:

> Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão de aposentadoria rural por idade.
> Foram deferidos à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.
> O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo o benefício requerido, no valor de um salário mínimo mensal a partir do requerimento administrativo (21/8/12). "Os valores atrasados deverão ser atualizados conforme os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 11.960" (fls. 113). Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor devido até a data da prolação da sentença. Sem custas. Por fim, concedeu a tutela antecipada.
> Inconformado, apelou o INSS, requerendo a reforma a reforma integral do *decisum*.
> Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.
> Encaminhados os autos ao Gabinete da Conciliação nos termos do art. 3º, da Resolução nº 309, de 9 de abril de 2008, do Conselho de Administração desta E. Corte, o INSS informou não ser possível fazer proposta de acordo.
> É o breve relatório.
> Inicialmente, analiso a tempestividade da apelação interposta pelo Instituto-réu.
> Com efeito, o recurso, para ser admissível, deve ser interposto dentro do prazo fixado em lei. Caso não seja exercido o direito de recorrer dentro deste, operar-se-á a preclusão temporal.
> Preceitua o art. 508 do Código de Processo Civil:

(...)
Com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.950/94, o mencionado dispositivo legal unificou os prazos da maioria dos recursos, prevendo o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição do recurso de apelação, tendo o Instituto Nacional do Seguro Social a prerrogativa do prazo em dobro (art. 188 do CPC).
Outrossim, nos termos do art. 506, inc. I, do CPC, *in verbis*: "O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência".
Nesse sentido, comentando a hipótese, o E. Nelson Nery Junior explica:
(...)
Na hipótese em exame, o I. Procurador Federal do INSS não compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada em 8/4/14, não obstante tenha sido intimado da designação da mesma, conforme fls. 88.
Dessa forma, iniciando-se o prazo recursal na data da audiência, nos termos do art. 242, §1º, do CPC, e não havendo nos autos menção de qualquer causa interruptiva ou suspensiva, o prazo começou a fluir no primeiro dia útil seguinte a 8/4/14, a teor do art. 240 e parágrafo único do CPC.
Verifica-se que o recurso foi interposto somente em 15/5/14 (fls. 112), donde exsurge a sua manifesta extemporaneidade.
Ressalto que a intimação pessoal posterior à publicação do *decisum* na audiência (fls. 118) não tem o condão de reabrir o prazo recursal, à míngua de previsão legal.
Ante o exposto e com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 33, inc. XIII, do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento à apelação.
Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem, com as cautelas de praxe, promovendo-se a devida baixa na Distribuição. Int. (grifos meus)

No tocante à intimação da designação de audiência de instrução e julgamento, houve intimação da Procuradoria do INSS, realizada por carta, conforme *aviso de recebimento*, devidamente assinado (fls. 88vº).

Dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.028/95, *in verbis*:

Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.
(...)
§ 2º As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.

Transcrevo o citado art. 237 do CPC:

Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:
I - pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo;
II - por carta registrada, com aviso de recebimento quando domiciliado fora do juízo.
(...).

Dessa forma, verifica-se que a intimação foi devidamente realizada por meio de carta, com aviso de recebimento, uma vez que o processo tramitou na Comarca de Paranaíba/MS, sendo que a Procuradoria situa-se na cidade de Três Lagoas/MS, conforme Portarias PGF nº

765/08 e nº 997/12, que fixaram a competência territorial das Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Seccionais Federais e respectivos Escritórios de Representação.

Neste sentido, transcrevo o julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.352.882/MS*, de relatoria do E. Ministro Herman Benjamin, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. INÉRCIA DA EXEQUENTE. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA NO RESP 1.120.097/SP (ART. 543-C DO CPC). EXECUÇÃO FISCAL QUE TRAMITA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA EM QUE SEDIADO O ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA FAZENDA NACIONAL. *INTIMAÇÃO POR CARTA, COM AVISO DE RECEBIMENTO. LEGALIDADE.*
> 1. "A inércia da Fazenda exequente, ante a intimação regular para promover o andamento do feito e a observância dos artigos 40 e 25 da Lei de Execução Fiscal, implica a extinção da execução fiscal não embargada *ex officio*, afastando-se o Enunciado Sumular 240 do STJ, segundo o qual 'A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu'."
> 2. Orientação reafirmada no julgamento do REsp.1.120.097/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).
> *3. É válida a intimação do representante da Fazenda Nacional por carta com aviso de recebimento (art. 237, II, do CPC) quando o respectivo órgão não possui sede na Comarca de tramitação do feito. Precedentes do STJ.*
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.*
> (STJ, 1ª Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 12/6/13, vu, DJe 28/6/13)

Observo que o art. 557, *caput*, do CPC, confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, sendo que o § 1º-A, do mencionado art. 557, confere poderes para dar provimento ao recurso interposto contra o *decisum* que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores. Considerando que, no agravo, não foi apresentado nenhum fundamento apto a alterar a decisão impugnada, forçoso manter-se o posicionamento adotado, o qual se encontra em consonância com a jurisprudência dominante do C. STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CÍVEL 0000069-03.2015.4.03.6106 (2015.61.06.000069-0)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 99
Interessado: JUIZ FEDERAL WILSON PEREIRA JUNIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe de Processo: ExcSusp 1212
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. DOCUMENTOS NOVOS. JUNTADA NA FASE RECURSAL. PRECLUSÃO.
A apreciação de novos fatos que, ao entendimento do excipiente, igualmente demonstrariam a alegada suspeição do magistrado, contudo apenas apresentados nesta instância recursal, não se mostram cabíveis no atual momento processual, devendo ser apreciados em novos autos.
Tratando-se de exceção de suspeição, esta deve ser arguida em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão (CPC, art. 138, §1º).
Relativamente ao requerimento de depoimento pessoal do Juiz Excepto, tendo em vista os elementos constantes dos autos, consubstanciados na prova documental, verifica-se que já houvera produção de subsídios suficientes para se proceder ao julgamento da causa, sendo prescindível o depoimento pessoal do Excepto.
Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo interposto por MARCOS ALVES PINTAR em face da r. decisão de fl.99 lavrada nos seguintes termos:

Fls.52/53: no dia 31 de julho do ano corrente, o excipiente apresentou petição anexando cópia

das decisões proferidas nos processos que indica, nos quais o excepto se declarou suspeito, formulando, ainda, pedido de oitiva do magistrado excepto em depoimento pessoal.
Preliminarmente, a exceção de que trata esta petição já foi pautada, e deverá ser julgada no próximo dia 19 de agosto.
Por outro lado, a referida petição e documentos não podem ser juntados a estes autos para consideração no julgamento a ser realizado no próximo dia 19 de agosto, pois a exceção de suspeição deve ser instruída no ato de sua arguição, para que o magistrado excepto possa respondê-la adequadamente.
Ora, a exceção deve ser arguida junto ao juiz de 1º Grau que, ao recebê-la, poderá dar-se por suspeito ou poderá respondê-la, determinando a remessa dos autos, em seguida, ao Tribunal.
No caso dos autos, o excipiente comparece agora, já neste Tribunal, requerendo a juntada de documentos, bem assim o cumprimento de diligência.
A juntada de tais documentos levariam à necessidade, obrigatoriamente, de nova oitiva do MM. Juiz excepto, eternizando a solução.
Por isso, é de se indeferir a juntada de tais documentos e, em decorrência, o pedido de oitiva do magistrado excepto.
Com efeito, novas alegações não têm lugar nesta fase; novos fatos devem ensejar nova exceção.
Nestas condições, indefiro a juntada da petição de fls. 52/53 e dos documentos que a acompanharam aos autos, devendo a Subsecretaria, devolvê-los ao ilustre signatário, com as cautelas de estilo.
Int.

Alega o agravante que os documentos que pretendia juntar retratavam uma nova prova da suspeição alegada surgida após a formação do incidente.

Sustenta ainda que a cognição neste incidente deve ser exauriente, pois, segundo aduz, não haverá nenhum outro momento para se questionar a parcialidade alegada, razão pela qual devem ser produzidos todos os meios de prova admitidos.

Aduz, finalmente, que a r. decisão carece de fundamentação.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa, para julgamento.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Tenho que desassiste razão ao agravante.

Desde logo, não prospera a alegação de que a decisão padece de fundamentação, vez que restou motivada, ainda que de forma sucinta, satisfazendo a norma do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ser a decisão monocrática sucinta e contrária aos interesses da parte, não condiz tachá-la de carente de fundamentação, achando-se a mesma suficientemente motivada.

Ademais, como já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal "a Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o Juiz ou Tribunal dê as razões de seu convencimento" (STF - 2ª Turma, AI 162.089-8/DF - AgRg, Relator Ministro Carlos Veloso, DJU de 15/03/1996).

A apreciação de novos fatos que, ao entendimento do excipiente, igualmente demons-

trariam a alegada suspeição do magistrado, contudo apenas apresentados nesta Corte, não se mostram cabíveis no atual momento processual, devendo ser apreciados em novos autos.

Como fundamentado na r. decisão agravada, por tratar-se a alegação de suspeição de Magistrado, matéria que enseja a nulidade relativa do feito, incumbe à parte arguir a questão pela via da exceção e com todos os documentos que comprovem o alegado, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão.

É o que se depreende do artigo 138, parágrafo 1º do CPC, *verbis*:

> Art.138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:
> (...)
> §1º A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o arguido no prazo de cinco (5) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido.
> (...)

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. PRECLUSÃO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ACÓRDÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
> I.Tratando-se de hipótese de suspeição, esta deve ser arguida em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão (CPC, art. 138, §1º).
> II.O julgamento da exceção de suspeição, por constituir incidente processual que independe de pauta - por não se incluir naqueles previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil - pode ser realizado sem prévia intimação das partes e seus advogados, caso em que os regimentos internos dos tribunais podem dispor soberanamente. Agravo Regimental improvido.
> (STJ, AgRg no REsp 1157079/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 24/02/2010)

Destaque-se que na hipótese em que o juiz de primeira instância rejeita a exceção, impõe a remessa dos autos ao Tribunal para nova análise por meio de órgão colegiado, razão pela qual se mostra despicienda nova instrução nesta fase processual.

Relativamente ao requerimento de depoimento pessoal do Juiz Excepto, tendo em vista os elementos constantes dos autos, consubstanciados na prova documental, verifica-se que já houvera produção de subsídios suficientes para se proceder ao julgamento da causa, sendo prescindível o depoimento pessoal do Excepto.

Convém ressaltar que o destinatário da prova é o Magistrado. Este detém liberdade na direção do processo, podendo determinar todas as providências necessárias ao esclarecimento da causa e indeferir os requerimentos inúteis, tudo em prol da celeridade e economia processuais, sem que tais atos configurem cerceamento de defesa. Nesse aspecto, ao juiz é conferida ampla liberdade de direção do processo (art. 125 do CPC), podendo determinar a produção de provas que reputar necessárias e refutar as que entender inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo para o fim de manter a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

Direito Tributário

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001140-43.2001.4.03.6102
(2001.61.02.001140-9)

Agravante: DISSOLTEX IND. QUÍMICA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 171/173
Apelante: DISSOLTEX IND. QUÍMICA LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1446939
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. AQUISIÇÕES DE INSUMOS NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. CRÉDITO DE IPI. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Está pacificado no STJ que ao creditamento de IPI é aplicável a regra do Decreto nº 20.910/1932, que estabelece prazo prescricional de cinco anos, contados do fato ou ato que originou o crédito (Resp. 541.239/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, D.J.e. 05.06.2006; AERESP 449008, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, D.J.e. 14/02/2007)

2. No caso em tela, portanto, estão prescritos os créditos anteriores a 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, que se deu em 02.02.2001.

3. É pacífico o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal de que a operação anterior desonerada do tributo não gera direito aos créditos de IPI na operação consequente. Precedentes do STF, inclusive com reconhecimento de repercussão geral (RE 398365, Rel. Min. Gilmar Mendes, D.J.e. 22.09.2015; RE 562980, Rel. Min. Ricardo Lewandovwski, repercussão geral, D.J.e. 16.05.2008; RE 353.657, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, D.J.e. 07.03.2008).

4. O agravo apenas reiterou o que havia sido antes deduzido e já enfrentado no julgamento monocrático, não restando espaço para a reforma postulada.

5. Não há no agravo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental, previsto nos artigos 250 e 251 do Regimento Interno deste Tribunal, interposto pela *Dissoltex Indústria Química Ltda.*, inconformada com a r. decisão monocrática de f. 171-173.

Em suas razões, a agravante sustenta, em síntese, que:

a) o IPI é exação sujeita a lançamento por homologação, razão pela qual se deve aplicar o prazo prescricional de 10 (dez) anos;

b) em virtude do princípio da não-cumulatividade previsto no artigo 153, IV e §3º, II, da Constituição Federal, a agravante possui o direito de creditar do valor do IPI o montante relativo às aquisições de insumos isentos, utilizados na industrialização de produtos;

c) a possibilidade de aproveitamento do saldo credor está especificada no artigo 11 da Lei nº 9.779/99 e nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96.

A agravante requer, ainda, a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

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

O agravo não merece acolhimento.

Não há o que reconsiderar. Adoto como razão de decidir os fundamentos expendidos pelo então Relator, Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, por ocasião da prolação da decisão monocrática de f. 171-173, proferida nos seguintes termos:

> O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.
> A matéria discutida nos autos diz respeito ao direito de creditamento de IPI relativo a aquisições de insumos (matéria-prima, produtos intermediários e embalagens) não tributados, isentos ou sujeitos à alíquota zero utilizados na industrialização de produtos sobre os quais há recolhimento do imposto (posterior saída tributada).
> DA PRESCRIÇÃO
> Por se tratar de prejudicial de mérito, analiso a questão atinente à prescrição.
> Particularmente acredito que créditos atinentes ao regime de não cumulatividade do IPI estão sujeitos ao prazo prescricional quinquenal do CTN. Ao pedir o creditamento de IPI para fazer valer a não cumulatividade em relação a pagamentos vincendos, por certo o tema se insere na seara tributária. Se o pedido for formulado no sentido de recuperação de indébitos por conta do não creditamento, com igual ou maior razão deve ser aplicado o CTN.
> Ademais, tratando-se de matéria tributária, somente lei complementar pode cuidar de prescrição e decadência, ao teor da Súmula Vinculante 08 do E.STF, levando à aplicação do CTN (assim recepcionado pelo ordenamento constitucional de 1988, como pacificado). A esse propósito há a conhecida distinção dos termos iniciais do prazo quinquenal em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, qual seja, 05 anos do fato gerador (no entendimento dos 05 mais 05, aplicável a indébitos anteriores à vigência da Lei Complementar 118/2005) e 05 anos do recolhimento indevido (para indébitos posteriores à Lei Complementar 118/2005).

Contudo, reconheço que está pacificado no E.STJ que ao creditamento de IPI é aplicável a regra do Decreto nº 20.910/1932, que estabelece prazo prescricional de cinco anos, contados do fato ou ato que originou o crédito (Resp. 541.239/DF, DJ 5/6/2006, Relator Ministro Luiz Fux). No mesmo sentido, transcrevo, para melhor ilustrar a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ementa de julgado proferido pela Primeira Seção daquela Corte.

"TRIBUTÁRIO - CREDITAMENTO ESCRITURAL DE IPI - ISENÇÃO E ALÍQUOTA ZERO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a prescrição para o creditamento de IPI por ser hipótese de aproveitamento de crédito decorrente da regra constitucional da não-cumulatividade, está sujeita ao prazo quinquenal.

2. Agravo regimental improvido."

(STJ, Primeira Seção, AERESP - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - 449008, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 14/02/2007, vu)

No caso em tela, portanto, estão prescritos os créditos anteriores a 5 (cinco) anos contados da propositura da ação, que se deu em 2 de fevereiro de 2001, tendo ocorrido, pois, a prescrição parcial.

DOS INSUMOS NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO

A não-cumulatividade foi inserida no artigo 153, § 3º, II, da Constituição de 1988 no tocante ao IPI, de modo que produtos que tenham sido tributados por esse imposto geram créditos na entrada em estabelecimentos contribuintes para fins de compensação com o que for devido a título dessa mesma exação em saídas tributadas realizadas num período de apuração.

A não cumulatividade é técnica de tributação que distribui a quantificação tributária por várias etapas de processo produtivo plurifásico, evitando que a última etapa da cadeia (venda ao consumidor final) seja onerada pelo que se agregou em cada fase anterior. Pelas mesmas razões, se não houver recolhimento de IPI nas operações precedente não há que se falar em creditamento, motivo pelo qual se a operação antecedente restou não tributada (vale dizer, fora do campo constitucional de incidência) ou sujeita à alíquota zero, inexistirá direito a creditamento.

Embora reconheça dificuldades de identificação de operações, montantes e congêneres, particularmente acredito que se houve etapas tributadas anteriores a uma etapa sujeita à alíquota zero, deveria ser assegurado o creditamento pelo adquirente daquilo que foi pago nas operações anteriores e na própria operação sujeita à alíquota zero, sob pena de ser violada a não cumulatividade na posterior saída tributada promovida por esse adquirente. Exceto no caso da imunidade (ou não incidência qualificada), o mesmo entendimento é inaplicável às hipóteses de não incidência porque, salvo melhor juízo, seria o caso de operações anteriores envolvendo produto até então não industrializado, o que, de per si, impede a tributação e a geração de crédito de IPI.

Contudo, a matéria já recebeu apreciação pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 370.682-SC e 353.657-PR, em 15 de fevereiro de 2007, Acórdãos publicados em 19/12/2007, nestes termos:

"Por maioria, deu-se provimento aos recursos, por se entender que a admissão do creditamento implica ofensa ao inciso II do § 3º do art. 153 da CF. Asseverou-se que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, *tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero*, não existe parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada. Ressaltou-se que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em ato de criação normativa para o qual o Judiciário não tem competência. Aduziu-se que o reconhecimento desse creditamento ocasionaria inversão de valores com alteração das relações jurídicas tributárias, dada a natureza seletiva do tributo em questão, visto que o produto final mais supérfluo proporcionaria uma compensação maior, sendo este ônus indevidamente suportado pelo Estado. Além disso, importaria em extensão de benefício a operação diversa daquela a que o mesmo está vinculado e, ainda, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas. *Por fim*,

*esclareceu-se que a Lei 9.779/99 não confere direito a crédito na hipótese de alíquota zero ou de não-tributação e sim naquela em que as operações anteriores foram tributadas, mas a final não o foi***,** evitando-se, com isso, tornar inócuo o benefício fiscal. Ficaram vencidos, em ambos os recursos, os Ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que lhes negavam provimento. O Min. Sepúlveda Pertence ressalvou a extensão, que alguns votos fizeram, da mesma equação jurídica à hipótese de não incidência do IPI." (Destaquei).

DOS INSUMOS ISENTOS

Embora os julgados acima citados não tenham tratado da hipótese de creditamento no caso de insumos isentos, acredito que a mesma solução dada pelo E. STF para os produtos não tributados e sujeitos à alíquota zero deve ser estendida aos casos de isenção. Isso porque a desoneração feita no âmbito jurídico da isenção pressupõe que a operação está no campo de incidência confiado pelo Constituinte ao Legislador, de modo que cabe ao ente federativo (no caso em tela, a União) realizar a desoneração concedendo isenção por discricionariedade política. A rigor, do ponto de vista prático, não incidência, imunidade, isenção e alíquota zero resultam na desoneração tributária, mas do ponto de vista jurídico são institutos muito distintos, sendo que os mais próximos são isenção e alíquota zero por partirem do pressuposto de inclusão da hipótese material no campo de incidência constitucionalmente confiado ao ente estatal, sendo ambos sujeitos à discricionariedade normativa do ente federativo.

Admito que isenção de IPI depende de lei ordinária da União (à luz do contido no art. 150, § 6º da Constituição) ao passo em que a alíquota zero pode ser manuseada por atos infralegais (notadamente decretos regulamentares, por força do art. 153, § 1º, da ordem constitucional de 1988), mas substancialmente são institutos próximos sob o aspecto jurídico material.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.819, decidiu pela negativa da possibilidade de creditamento em relação a insumo adquirido sob qualquer regime de desoneração, assentando, em síntese, que o raciocínio desenvolvido no caso de insumo, sujeito à alíquota zero ou não-tributado é próprio também para a hipótese de insumo isento, inexistindo dado específico a conduzir ao tratamento diferenciado.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

"IPI - CRÉDITO. A regra constitucional direciona ao crédito do valor cobrado na operação anterior. IPI - CRÉDITO - INSUMO ISENTO. Em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito. IPI - CRÉDITO - DIFERENÇA - INSUMO - ALÍQUOTA. A prática de alíquota menor - para alguns, passível de ser rotulada como isenção parcial - não gera o direito a diferença de crédito, considerada a do produto final."

(RE 566819, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-027 de 10-02-2011)

Em conclusão, curvo-me ao entendimento assentado pelo E. STF, em favor da unificação do Direito e da pacificação dos litígios.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC, *nego provimento à apelação da autora.*

Com efeito, as alegações da agravante não merecem prosperar, pois o agravo apenas reiterou o que já havia sido antes deduzido e enfrentado no julgamento monocrático, não restando espaço para a reforma postulada.

A corroborar o entendimento externado na decisão monocrática, citem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral reconhecida:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. *Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição*

Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência. (RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015) (grifei)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. INSUMOS TRIBUTADOS E PRODUTO FINAL SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO OU ISENTO. PRETENSÃO AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. I - O tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico e econômico. II - Repetição em múltiplos feitos com fundamento em idêntica controvérsia. III - Repercussão geral reconhecida. (RE 562980 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/03/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-10 PP-02007)

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. *Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero.* IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. (RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807) (grifei)

Sendo assim, não havendo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática, que se fundamentou em jurisprudência assente do e. Supremo Tribunal Federal, mantenho-a por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO ao agravo.*

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0028030-65.2001.4.03.9999
(2001.03.99.028030-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: DESTILARIA ARCHANGELO LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO - SP
Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Relatora em Substituição Regimental: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Classe de Processo: AC 701648
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/12/2015

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMOS A SÓCIOS. INEXISTÊNCIA DE LUCROS ACUMULADOS OU RESERVAS DE LUCROS À ÉPOCA. TRIBUTAÇÃO INDEVIDA.
- Embargos à execução fiscal versando sobre cobrança de valores do IRPJ exigidos em razão de distribuição disfarçada de lucros, decorrente de empréstimos da empresa embargante a seus sócios cotistas.
- As hipóteses de distribuição disfarçada de lucros são previstas taxativamente no direito pátrio, sob a égide dos princípios da legalidade estrita e da tipicidade fechada, consoante jurisprudência de nossos Tribunais.
- O empréstimo de dinheiro, da pessoa jurídica a pessoa a ela ligada, constitui hipótese de distribuição disfarçada de lucros descrita no artigo 60, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que prevê, como condição para sua caracterização, a posse de lucros acumulados ou reservas de lucros pela empresa na data do empréstimo.
- Ausente, no caso, o pressuposto da existência de lucros acumulados ou reservas de lucros à época dos empréstimos, não se caracteriza a hipótese típica de distribuição disfarçada de lucros, apta a ensejar o lançamento tributário, restando inexigível o IRPJ cobrado da embargante. Precedentes.
- Honorários advocatícios, a cargo da União Federal, mantidos em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.
- Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de novembro de 2015.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora)**:**

Trata-se de apelação e remessa oficial em embargos à execução fiscal, ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional) objetivando a cobrança de crédito tributário relativo ao IPRJ, constituído mediante auto de infração em que apurada a prática de distribuição disfarçada de lucros pela empresa executada, na forma de empréstimos efetuados aos seus sócios sem a cobrança de encargos financeiros.

A embargante, DESTILARIA ARCHANGELO LTDA., alegou na inicial a nulidade do procedimento administrativo, em razão de erro na capitulação legal da infração, tornando inválida, em consequência, a certidão de dívida ativa, e, quanto ao mérito, a ausência da irregularidade apontada pelo Fisco, por não se ter configurado hipótese de distribuição disfarçada de lucros, tendo em vista consistirem os supostos empréstimos em adiantamentos de numerário aos sócios-fornecedores por conta de entrega futura de matéria prima (cana-de-açúcar) e não possuir a empresa, à época das operações, lucros acumulados nem reservas de lucros.

Em sua impugnação, aduziu a embargada a correção do procedimento fiscal, a higidez do título executivo e a efetiva caracterização das operações praticadas pela embargante como empréstimos a seus sócios, sem cobrança de encargos financeiros (juros e correção monetária), de cujo valor decorreu a exigência tributária.

Deferida prova pericial, vieram aos autos laudos do perito nomeado pelo Juízo (fls. 186/188) e do assistente técnico indicado pela Fazenda Nacional (fls. 202/206).

A r. sentença, apesar de considerar configurada hipótese de distribuição disfarçada de lucros e existente imposto devido, incidente sobre o valor do benefício auferido pelos sócios - correspondente aos encargos de juros e correção monetária que não lhes foram cobrados -, julgou procedentes os embargos e declarou extinta a execução, ao fundamento de caber somente aos sócios (pessoas físicas) beneficiados a obrigação de pagar o tributo e, portanto, não poder este ser exigido simultaneamente da pessoa jurídica, em razão do *bis in idem* (dupla incidência sobre a mesma base de cálculo), condenando a embargada em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa (atualizado. Decisão não submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, sustentando, em síntese, a validade da CDA, bem como a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa, e a legalidade da exigência fiscal, diante da ocorrência inconteste de distribuição disfarçada de lucros, consubstanciada na concessão de empréstimos da empresa aos seus sócios cotistas, a título de adiantamento a fornecedores de matérias primas, sem a devida cobrança de juros e correção monetária, a permitir a aplicação do art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983 ao caso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora):

Observo, de início, que, a despeito da falta de pronunciamento do Juízo *a quo* sobre a remessa *ex officio*, a r. sentença está sujeita ao reexame necessário, independentemente da observância do limite de alçada, visto ter sido proferida em data anterior (10.03.2000) à edição

da Lei nº 10.352/2001, conforme entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no REsp representativo de controvérsia nº 1.144.079/SP.

A questão posta nos autos cinge-se, em verdade, à discussão sobre a ocorrência ou não de hipótese de distribuição disfarçada de lucros e, consequentemente, sobre a exigibilidade do tributo dela derivado, cobrado por via da execução fiscal embargada.

A execução, de fato, visa à cobrança de valores do imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ relativos aos anos-base de 1984 e 1985 (exercícios de 1985 e 1986), exigidos em razão de pretensa distribuição disfarçada de lucros, decorrente de empréstimos repassados pela empresa embargante aos seus sócios cotistas, pessoas físicas, detectada em procedimento fiscalizatório.

À época dos fatos, o instituto da distribuição disfarçada de lucros, no que interessa à solução da controvérsia, era regido pelas seguintes disposições legais, contidas no Decreto-Lei nº 1.598/1977, com as alterações introduzidas pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065/1983:

> Art. 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:
> (...)
> V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;
> (...)
> VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros;
> § 1º O disposto no item V não se aplica às operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito, desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.
> § 2º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.
> § 3º Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica:
> a) o sócio desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;
> (...)
> *Responsabilidade Tributária*
> Art. 62 - Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:
> (...)
> IV - no caso do item V do artigo 60, a importância mutuada em negócio que não satisfaça às condições do § 1º do mesmo artigo será, para efeito de correção monetária do patrimônio líquido, deduzida dos lucros acumulados ou reservas de lucros, exceto a legal;
> (...)
> VI - no caso do item VII do artigo 60, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis.
> § 1º O lucro distribuído disfarçadamente será tributado como rendimento classificado na cédula H da declaração de rendimentos do administrador, sócio ou titular que contratou o negócio com a pessoa jurídica e auferiu os benefícios econômicos da distribuição, ou cujo cônjuge ou parente até o 3º grau, inclusive os afins, auferiu esses benefícios.

Consta do auto de infração (fls. 161/161 vº.) que, nos anos-base de 1984 e 1985 a fiscalizada, ora embargante, "tomou empréstimos onerosos e repassou-os aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária", e

que, "sem cobrança de qualquer encargo financeiro dos sócios beneficiários dos empréstimos, fica caracterizada a distribuição disfarçada de lucros em valor correspondente aos juros e correção monetária calculados conforme quadros demonstrativos de fls".

Os agentes fiscais responsáveis pela lavratura do auto enquadraram esses fatos como "infração aos artigos 367, VII do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo art. 20 II do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370 VI do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20 VIII do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80".

Conclui-se dessa capitulação que a efetiva base legal da autuação foram os incisos II e VIII do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065/1983, que correspondem, respectivamente, ao inciso VII, do art. 60, e ao inciso VI, do art. 62, ambos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, acima transcritos.

Todas as manifestações da Fazenda Nacional nestes autos, corroborando o teor do auto de infração, afirmam categoricamente que as operações praticadas pela empresa embargante, objeto da autuação, consistiram em empréstimos (mútuos em dinheiro) efetuados aos seus sócios, em condições que os favoreceram.

O Fisco, no entanto, enquadrou tais operações na hipótese do art. 60, VII, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983), que trata de "qualquer outro negócio em condições de favorecimento".

Ao assim fazer, procedeu incorretamente.

Com efeito, conforme preleciona Luís Eduardo Schoueri - referindo-se ao inciso VII do art. 432 do RIR/1994, que reproduz o texto do inciso VII do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 -, a mencionada hipótese "não abrange todo e qualquer negócio jurídico, mas tão-somente aqueles não previstos nos incisos I a VI do mesmo dispositivo regulamentar", dos quais "constam normas específicas para determinados negócios jurídicos, enquanto o último trata de outros negócios. Destarte, por exemplo, quando se estiver diante de um negócio de mútuo em dinheiro, não pode o intérprete aplicar a regra do inciso VII, (...), uma vez que o inciso V do mesmo artigo 432 prevê condições específicas para o empréstimo de dinheiro a pessoas ligadas, prevendo, dentre outras condições, que a pessoa jurídica tenha, na data do empréstimo, lucros acumulados ou reservas de lucros. Para o mútuo, a única regra aplicável é a do inciso V (mesmo teor do inc. V do art. 60 do DL 1598/1977), não a do inciso VII, que só trata de outros negócios". (in: "Distribuição Disfarçada de Lucros", SP, Dialética, 1996, pp 70/71.)

Prossegue o preclaro doutrinador, ainda, asseverando que tal raciocínio "vale, até mesmo, se for caso de mútuo em que é mutuante a pessoa ligada e mutuária a pessoa jurídica, com juros acima do valor de mercado. Apesar de notória a condição de favorecimento, não se tratará de 'outro negócio', já que o mútuo foi tratado no inciso 'V' do art. 432 do RIR/94".

É que as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros são descritas taxativamente no direito pátrio, sob a égide dos princípios da legalidade estrita e da tipicidade fechada, consoante jurisprudência há muito consolidada em nossos Tribunais.

A esse respeito, trago à colação:

> TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO. CONTRATO DE MÚTUO ENTRE SÓCIO E EMPRESA. REGISTRO EM CARTÓRIO. DESNECESSIDADE.
> 1. A enumeração das hipóteses de distribuição disfarçada de lucro é taxativa no direito brasileiro, figurando entre elas o contrato de mútuo firmado entre a pessoa jurídica e o sócio, consoante dispõe o art. 367 do RIR - Regimento do Imposto de Renda.
> (...)

3. A distribuição disfarçada de lucro, por se tratar de preceito com inegável conotação sancionatória, reclama, para a sua configuração concreta, sejam observados os Princípios da Tipicidade Cerrada e da Legalidade.
(...)
5. Recurso especial não conhecido.
(STJ, REsp 499.309/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2004, DJ 23/08/2004, p. 123)

TRIBUTARIO- IMPOSTO DE RENDA- DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. LEI 4.506/64 - TAXATIVIDADE DA ENUMERAÇÃO.
CONSIDERADA A ENUMERAÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 73 DA LEI Nº 4.506/64 COMO HIPOTESE DE IMPOSTO OU DE PENALIDADE, SUJEITA-SE, DE QUALQUER SORTE, A EXIGENCIA DA TIPICIDADE, NÃO COMPORTANDO TENHA SUA INCIDENCIA ESTENDIDA A OUTROS CASOS, A FUNDAMENTO DE QUE ANALOGOS. (...)
(TFR, AC 79027/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/1986, DJ 11/12/1986)

TRIBUTARIO - IMPOSTO DE RENDA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - ART.251, LETRA B DO R.I.R. APROVADO PELO DECRETO Nº 58.400/66
- O ART.251 EM APREÇO, AO EXCEPCIONAR A REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO, ESTABELECE UMA ALIQUOTA MAIS GRAVOSA, ASPECTO QUE, POR SI SO, IMPÕE INTERPRETAÇÃO ESTRITA, NÃO COMPORTANDO AMPLIAÇÕES INDEVIDAS: OUTROSSIM, A EXTENSÃO DAS LETRAS "A" E "B" AS TRANSAÇÕES ENTRE PESSOAS JURIDICAS TRARIA IMPLICAÇÕES DE RELEVO A CIRCULAÇÃO ECONOMICA ENTRE AS EMPRESAS, DE MOLDE A RECLAMAR UM POSICIONAMENTO EXPLICITO DO LEGISLADOR, QUE NÃO PODE SER INFERIDO ATRAVES DE ILAÇÕES, POIS ESTAMOS NO CAMPO TRIBUTARIO, COMANDADO PELO PRINCIPIO DA LEGALIDADE. O DIREITO BRASILEIRO, NO PARTICULAR, ADOTARIA TECNICA DA TIPIFICAÇÃO DAS HIPOTESES DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS, "NUMERUS CLAUSUS", DE SORTE QUE O FATO GERADOR CORRESPONDENTE DEVE COINCIDIR COM O MODELO LEGAL, NÃO PODENDO FICAR ALEM OU AQUEM DO SEU "TYPUS". SENTENÇA DE PROCEDENCIA MANTIDA; IMPROVIDOS OS RECURSOS DA UNIÃO E A REMESSA OFICIAL, DADA COMO INTERPOSTA.
(TFR, AMS 87927/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/1981, DJ 05/02/1981)

Por conseguinte, não há como estender-se aos empréstimos feitos pela embargante a seus sócios a aplicação do inc. VII do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (introduzido pelo art. 20, II, do DL 2.065/1983), porquanto subsumidos inequivocamente, em tese, na hipótese típica já prevista no inciso V do mesmo dispositivo legal.

O fato de terem os referidos mútuos sido realizados em condições de favorecimento aos sócios beneficiários em nada altera esta conclusão, eis que o favorecimento é ínsito à norma do art. 60, V, do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Não fosse assim, seria absolutamente inócua em relação a essa norma a ressalva contida no § 2º do mesmo artigo ("A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.").

Desse modo, *in casu*, considerados os empréstimos aos sócios como os fatos caracterizadores da distribuição disfarçada de lucros supostamente apurada pelo Fisco, somente no inciso V do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 poderia ter sido adequadamente enquadrada

a infração atribuída à empresa e, com esse fundamento, realizado o consequente lançamento do IRPJ contra ela.

Nesse passo, impende indagar da possibilidade da subsistência da infração e da tributação correspondente à vista do disposto naquele dispositivo (art. 60, V, DL 1.598/1977), vale dizer, se os mútuos em dinheiro da empresa aos sócios traduziram efetivamente distribuição disfarçada de lucros, que o Fisco afirma ter ocorrido.

A empresa defendeu-se alegando que as referidas transações não constituíram na realidade empréstimos, mas sim adiantamentos aos seus sócios, também fornecedores, para viabilizar a entrega futura de matéria prima indispensável à sua atividade (cana-de-açúcar), operações rotineiras entre as usinas de açúcar/álcool e seus fornecedores, e que, de qualquer maneira, não acumulava na ocasião lucros ou reservas de lucros.

Não há controvérsia quanto à ocorrência das operações, mas sim quanto à sua natureza, afirmando a Fazenda constituírem de fato empréstimos com vantagens para os sócios, que levaram à glosa dos respectivos encargos financeiros (juros e correção monetária), não repassados aos mutuários.

Tendo sido tributado somente o valor daqueles encargos, e não do principal, infere-se o reconhecimento, pelo Fisco, da realização da contrapartida dos sócios (pagamento) em montante, ao menos, equivalente ao valor principal da operação.

Ocorre que a distribuição disfarçada de lucros decorrente de empréstimo em dinheiro de empresa a sócio exige, para sua caracterização, a presença inarredável do pressuposto da existência de lucros acumulados ou reservas de lucros em posse da pessoa jurídica, na ocasião da transação.

Ora, no caso em tela, a prova técnica produzida nos autos revela a inexistência de disponibilidade de lucros ou reservas de lucros pela empresa à época dos fornecimentos de numerário aos sócios, fato a respeito do qual convergiram em seus laudos tanto o perito judicial - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 187) - como o assistente técnico da Fazenda Nacional - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 204) -, conquanto este tenha afirmado a irrelevância desse dado, para efeito do previsto no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/1983.

Portanto, ausente o pressuposto indispensável da posse, pela empresa, de lucros acumulados ou reservas de lucros à época dos empréstimos, não se configurou a hipótese típica de distribuição disfarçada de lucros, apta a ensejar o lançamento contra a embargante, restando inexigível o tributo derivado e não podendo, consequentemente, prosperar a execução fiscal.

Confira-se, a propósito, a orientação da jurisprudência acerca do tema:

> TRIBUTÁRIO. IRPJ. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRESUNÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMO A SÓCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 60 DO DECRETO-LEI Nº 1.598/77. PROVA PERICIAL. HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS.
> 1A prova técnica confirmou a inexistência de lucros ou reservas de lucros na data dos empréstimos, situação igualmente exigida para que sejam invocados os demais dispositivos do Decreto-lei nº 1.598/77 citados. Trata-se de interpretação técnica dos artigos, parágrafos e alíneas. Somente diante da presença de lucros ou reservas de lucros na data em que realizados os empréstimos ao sócio da pessoa jurídica, é que se passa a verificar se incide uma das causas de exclusão do § 1º do art. 60 e, quando o caso, se há necessidade da comprovação mencionada no § 2º.
> (...)
> 4Apelo da União e remessa oficial a que se nega provimento.
> (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0604240-50.1998.4.03.6105, Rel.

JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 18/12/2008, e-DJF3 Judicial 2 DATA:27/01/2009 PÁGINA: 294)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. BASE DE CÁLCULO. CÉDULA H. RIR/80.
1. Constituiu distribuição disfarçada de lucros, sujeita à tributação sobre o rendimento transferido, o empréstimo de dinheiro à pessoa física (sócio-presidente), por empresa que, à época, possuía lucros acumulados ou reserva de lucros. Precedentes.
2. Apelação não provida.
(TRF1, AC 0038301-22.1998.4.01.0000/BA, Rel. JUIZ FEDERAL VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA (CONV.), TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR (INATIVA), DJ p.111 de 11/11/2004)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CDA. LIQUIDEZ E CERTEZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.
- No caso em tela a presunção de liquidez e certeza de que se reveste o título executivo sucumbiu ante a realização de perícia contábil pela qual restou constatado que o empréstimo auferido pelo embargante junto à empresa não foi proveniente dos lucros da Pessoa Jurídica, de forma que havendo comprovação da origem do recurso repassado pela empresa ao seu sócio não há se falar em distribuição disfarçada de lucros, tampouco em tributo desta operação decorrente.
(TRF4, AC 2001.04.01.006476-3, Primeira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 19/05/2004)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. LAUDO PERICIAL. DL Nº1.598/77 ART.60.
I- Laudo técnico pericial, atestando a inexistência de lucros acumulados pela empresa à época do empréstimo concedido ao sócio, afasta a presunção pela Fazenda Nacional de distribuição disfarçada de lucro, nos termos do art. 60 Decreto-Lei nº1.598/77.
II- Apelação e remessa oficial improvidas.
(TRF1, AC 0023419-84.2000.4.01.0000/GO, Rel. JUIZ CARLOS OLAVO, QUARTA TURMA, DJ p.188 de 26/01/2001)

TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. EMPRÉSTIMO A SÓCIO EM CONDIÇÕES PRIVILEGIADAS. RIR/80.
1. NA SISTEMÁTICA DO RIR/80, OCORRIA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS QUANDO A EMPRESA, POSSUINDO LUCROS ACUMULADOS, FAZIA EMPRÉSTIMO A SÓCIO EM CONDIÇÕES EXCEPCIONALMENTE FAVORÁVEIS, DIVERSAS DAQUELAS EXISTENTES NO MERCADO (ART.367).
(...)
3. APELAÇÃO IMPROVIDA.
(TRF5, AC 193073/CE, Rel. Desembargador Federal Castro Meira, Primeira Turma, DJ p.144 - 22/11/2000)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - ART. 367, V, DO RIR/80 - IRRELEVÂNCIA DO PAGAMENTO DO EMPRÉSTIMO NO MESMO EXERCÍCIO - CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO.
1. Nos termos do art. 367, V, do RIR/80, aprovado pelo Decreto 85.450/80, presume-se haver distribuição disfarçada de lucros na concessão de empréstimo pela pessoa jurídica a seu sócio, se na época possuía a sociedade lucros acumulados ou reservas de lucros.
2. A presunção pode ser afastada nas hipóteses contidas nos §§ 1ª e 2º do art. 367 do RIR/80, entre as quais não se inclui o pagamento do empréstimo no mesmo exercício de sua concessão.
(...)

4. Apelação a que se nega provimento.
(TRF1, AC 0012946-49.1994.4.01.0000/GO, Rel. JUIZ OSMAR TOGNOLO, TERCEIRA TURMA, DJ p.14 de 01/03/2000)

TRIBUTARIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO. DECRETO-LEI Nº 1598, DE 1977, ART. 60, V E PARAGRAFOS 1 E 2, COM A REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2065, DE 1983.
1. EMPRESTIMO A SOCIO-MAJORITARIO DE PESSOA JURIDICA QUE DISPÕE DE RESERVA DE LUCROS E LUCROS ACUMULADOS, MEDIANTE CLAUSULA DE JUROS E CORREÇÃO MONETARIA EM PERCENTUAL BEM INFERIOR AO DOS INDICES INFLACIONARIOS, CONFIGURA HIPOTESE TIPICA DE DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.
2. A DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS SE CONFIGURA COM A OCORRENCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA, OU SEJA, POR OCASIÃO DO ENCERRAMENTO DO EXERCICIO FINANCEIRO, SENDO IRRELEVANTE, PARA ESSE EFEITO, A POSTERIOR RESTITUIÇÃO DO EMPRESTIMO, EM CONDIÇÕES DIFERENTES DAS PREVISTAS NO CONTRATO EM VIGOR.
(...)
4. SENTENÇA REFORMADA.
(TRF4, AC 92.04.24681-2, Segunda Turma, Relator Teori Albino Zavascki, DJ 07/12/1994)

A verba honorária a que foi condenada a União Federal deve ser mantida em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo o decreto de procedência dos embargos, todavia, com a fundamentação expendida no presente voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA:

Com o ajuizamento da presente ação, pretende, em suma, a apelada, ora embargante, Destilaria Archangelo Ltda., obter provimento jurisdicional que reconheça a nulidade do procedimento administrativo contra ela instaurado, sob nº 13831.000053/89-40, anexo por cópia, por ocorrência de alegado erro na capitulação legal do auto de infração de que cuida, o que invalidaria a certidão de dívida ativa. No mérito, sustenta não ter havido distribuição disfarçada de lucros, configurando-se os empréstimos adiantamentos de numerário por ela feitos aos seus sócios-fornecedores, à conta de entrega futura de cana-de-açúcar, não possuindo a empresa, à época dos eventos financeiros, nos anos-base de 1984 e 1985, lucros acumulados ou reserva de lucros.

A ação de execução fiscal, sob nº 26/93 (originário), refere-se à cobrança de IRPJ, no anos-base 1984 e 1985, ajuizada em decorrência dos fatos acima referidos.

Em face da sentença de procedência do pedido, a União Federal (Fazenda Nacional), ora embargada, interpôs recurso de apelação, sustentando a higidez do procedimento fiscal levado a efeito, exsurgindo inconteste, no seu dizer, a distribuição disfarçada de lucros, representada pela concessão de empréstimos da empresa aos seus sócios, a título de adiantamento a fornecedores de cana-de-açúcar, sem a cobrança de encargos financeiros, atraindo a aplicação do disposto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83.

Adoto os termos do relatório lançado pela e. Relatora, Desembargadora Federal Diva Malerbi, em cujo voto apreciou a matéria inclusive por força da remessa oficial, por ter sido a sentença proferida anteriormente à edição da Lei nº 10.352/2001, e, no mérito, negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Concessa vênia, guardado o respeito devido ao entendimento consignado pela e. Relatora, tenho por pertinente suscitar algumas reflexões a ensejarem solução de mérito diversa para o problema em julgamento.

Postula a embargante o reconhecimento da nulidade da Certidão de Dívida Ativa, bem como a improcedência do auto de infração (fl. 32), argumentando ter ocorrido cerceamento de defesa, porquanto invocou-se no auto de infração "apenas o artigo 367, VII, do RIR/80, inciso este que foi acrescido pelo artigo 20, II, do Decreto nº 2.065/88, c/c o artigo 370, VI, do mesmo regulamento, inciso que lhe fora dado nova redação pelo art. 20, VII, do DL já citado e artigo 387, do Estatuto do Imposto de Renda, aprovado pelo D. 85.450/80". (fl. 03 - redação do original)

Por ocasião de sua defesa administrativa, teria arguido "a falta de menção ao inciso V, do art. 367, do RIR/80, ficando o Auto de Infração SEM O SUSTENTÁCULO DE SUA VALIDADE JURÍDICA corroída" (fl. 03), o que, teria dificultado a defesa, desclassificaria o auto de infração e provocaria a nulidade do procedimento fiscal, porquanto, não tinha a pessoa jurídica lucro acumulado ou reserva de lucro a distribuir.

Anteriormente, diz ter sido autuada em 20/11/86, sob a alegação de "que houvera favorecimento da empresa para com seus sócios. Foram lavrados vários autos de infrações, contra os sócios da empresa, alegando a DDL". (fl. 10). Os recursos teriam sido acolhidos pelo Conselho de Contribuintes. A embargante/apelada parece estar se referindo ao acórdão nº 104-6.209, exarado no procedimento administrativo nº 13831/000.055/87-11, em 11/07/88. (fl. 51 e vº e também fls. 49, 50, 52 a 60)

Como não logrou êxito no primeiro procedimento fiscal, prossegue a embargante, voltou-se a autoridade fiscal contra a pessoa jurídica e, dessa atuação fiscal, originou-se auto de infração, que deu origem ao procedimento administrativo nº 13831.000053/89-40; à ação executiva nº 26/93 (em anexo por cópia); e aos presentes embargos à execução, sob nº 2001.03.99.028030-7.

O auto de infração lavrado contra a Embargante, Destilaria Archangelo Ltda., foi trazido aos autos, por cópia, pela Fazenda Nacional, com a impugnação aos embargos, à fl. 161 e verso, e com a apelação, à fl. 271 e verso.

Teve como enquadramento legal o art. 728, II, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, e foi lavrado com fulcro no art. "367, VII, do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo artigo 20 II do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370, VI, do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20, VIII, do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80". (vº de fls. 161 e 271).

Do arcabouço legal em que se sustenta o auto de infração lavrado:

a) RIR/80:

> Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60):
> I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;
> II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;
> III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de

pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;
IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;
V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;
VI - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado.
§ 1º O disposto no inciso V não se aplica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, § 1º):
a) as operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros;
b) aos negócios de mútuo contratados por escrito, com estipulação de juros e correção monetária nas condições usuais no mercado financeiro e que sejam resgatados no prazo máximo de 2 (dois) anos.
§ 2º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, § 2º).

Art. 370. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 62):
I - nos casos dos incisos I e IV do art. 367, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do exercício;
II - no caso do inciso II do art. 367, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;
III - no caso do inciso III do art. 367, a importância perdida não será dedutível;
IV - no caso do inciso V do art. 367, a importância mutuada em negócio que não satisfaça às condições dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo será, para efeito de correção monetária do patrimônio líquido, deduzida dos lucros acumulados ou reservas de lucros, exceto a legal;
V - no caso do inciso VI do art. 367, o montante dos rendimentos que exceder ao valor de mercado não será dedutível;
VI - nos casos do art. 369, as importâncias pagas ou creditadas ao acionista controlador que caracterizarem as condições de favorecimento não serão dedutíveis.
Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos lucros disfarçadamente distribuídos e não prejudica as normas de indedutibilidade estabelecidas neste Regulamento.

Art. 387. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do exercício (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 6º, § 2º):
I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Regulamento, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;
II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Regulamento, devam ser computados na determinação do lucro real.
Parágrafo único. Incluem-se nas adições de que trata este artigo:
a) ressalvadas disposições especiais deste Regulamento, as quantias tiradas dos lucros ou de quaisquer fundos ainda não tributados para aumento do capital, para distribuição de quaisquer interesses ou destinadas a reservas, quaisquer que sejam as designações que tiverem, inclusive lucros suspensos e lucros acumulados (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 43, § 1º, f, g, e i);
b) os eventuais prejuízos verificados na alienação de imóveis que tenham sido reavaliados com o uso do benefício fiscal concedido pelo art. 15 do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de

1968 (Decreto Lei nº 401/68, art. 15, § 3º.

Art. 728. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas (Decreto-Lei nº 401/68, art. 21) :
I - de Cr$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), a Cr$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), se o contribuinte, pessoa física ou jurídica, obrigado à declaração do imposto demonstrar, em resposta à intimação para apresentá-la, não haver auferido rendimentos tributáveis, de acordo com as disposições legais;
II - de 50% (cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto devido, nos casos de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;
III - de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença do imposto devido, nos casos de evidente intuito de fraude, defi nidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

b) Decreto-lei nº 2.065/83:

Art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/83:
São procedidas as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:
.....
II- Fica acrescentado o seguinte item ao Art. 60: (do DL 1.598/83)
"VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros".

Cite-se, por pertinente, também o art. 60 do Decreto-lei nº 1.598/83, a que alude o inciso II, do art. 20, retro citado:

Art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/83: (com a redação do art. 20, II, do DL 2.065/83)

Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:
.....
....."VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros".

Da mesma forma, pertinente a citação do art. 20, VIII, do Decreto-Lei 2.065/83, no qual também se apoia o auto de infração lavrado:

VIII - O item VI do Art. 62 passa a vigorar com a seguinte redação:
"VI - no caso do item VII do artigo 60, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis".

Insiste a embargante ter havido cerceamento de defesa por não ter o auto de infração, cuja improcedência postula, culminada com o reconhecimento da nulidade da Certidão de Dívida Ativa, sido lavrado com fulcro no art. 367, V, do RIR/80, de seguinte redação:

Art. 367. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60):
.....

> V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros.

Ora, por óbvio, o auto de infração não foi lavrado com supedâneo no preceito legal reproduzido, o art. 367, V, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, por não se tratar o caso concreto da vertente que disciplina. Não se cuida, aqui, da "pessoa jurídica [que] empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros". A hipótese é outra, precisamente, conforme capitulou o auto de infração, prevista no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83 e outros dispositivos legais aplicáveis, o que afasta o alegado cerceamento de defesa. Confira-se:

> Art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065/83:
> São procedidas as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:
> .....
> II- Fica acrescentado o seguinte item ao Art. 60: (do DL 1.598/83)
> "VII- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros".

Incorre na infração, ou seja, na distribuição disfarçada de lucros, a pessoa jurídica que "realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros".

Esta a realidade fática encontrada no exame da documentação fiscal, e apurada pela autoridade administrativa competente, no regular procedimento instaurado para esse fim.

A embargante sustenta que o repasse de numerário tomado pela pessoa jurídica, junto à rede bancária, a custo de mercado (com juros e correção monetária), e carreado aos sócios, representou adiantamento de recursos para cobrir as despesas de produção da cana-de-açúcar (preparação do solo, máquinas, combustível etc.), e não empréstimo, com favorecimento, aos sócios.

Recorde-se, entretanto, que, segundo apurou o Fisco, nos anos-base de 1.984 e 1.985, a que se refere a apuração fiscal, a embargante, como produtora de álcool, tomou empréstimos onerosos, junto à rede bancária, e os repassou aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária. Tais "adiantamentos" eram sempre em favor dos sócios da empresa, e nunca em favor de terceiros também fornecedores de cana. Não justifica a embargante porque não cobrou dos seus sócios os juros e correção monetária incorridos, muito embora alegue dificuldades financeiras, nem porque os "adiantamentos" não se estenderam também aos terceiros, com quem, afirma, mantinha acordos de fornecimento de cana-de-açúcar.

Além dessas constatações, apurou o Fisco que os "adiantamentos" aos sócios, advindos dos empréstimos onerosos, eram sempre superiores ao fornecimento do produto adquirido. Por outro lado, muitos dos créditos pela entrega da matéria prima não foram escriturados na conta "Adiantamento a Fornecedores de Matéria Prima", sendo, entretanto, utilizados para aumento de capital da empresa, em dinheiro, ou para pagamento, em espécie, pelos fornecimentos da cana-de-açúcar.

As razões que afirmam a legalidade do procedimento fiscal adotado e o acerto de suas decorrências legais vão abaixo transcritas, e podem ser encontradas no verso do auto de in-

fração lavrado, cujas cópias foram carreadas, repita-se, às fls. 161 e 271 destes autos. São elas:

> Distribuição Disfarçada de Lucros:
> Nos anos base de 1.984 e 1.985 a fiscalizada tomou empréstimos onerosos e repassou-os aos sócios a título de adiantamentos a fornecedores de matérias primas, sem cobrança de juros e correção monetária. Como produtora de álcool, a empresa adquiria matéria prima, cana, de terceiros e dos sócios que também eram produtores. Por conta desse fornecimento sistematicamente eram transferidos recursos da pessoa jurídica para os sócios, à título de adiantamento porém, sempre em valores superiores ao fornecimento, constatação feita através das contas "Fornecedores de Matéria Prima" e "Adiantamento a Fornecedores de Matéria Prima". Os saldos devedores registrados nessa última conta correspondem a adiantamentos de numerários realizados durante o período, e como pode-se observar na conta gráfica anexada as fls. a (...), apresenta-se devedora durante todo o ano. E apesar do elevado saldo devedor registrado, muitos créditos por entrega de matéria prima não transitaram por ela, mas foram utilizados pelos sócios pa-(ra) aumento de capital em dinheiro, ou pagamentos em espécie pelos fornecimentos. Esclareça-se que tais adiantamentos eram sempre em favor dos sócios da empresa, e nunca em favor de terceiros também fornecedores de cana. Embora beneficiando os sócios com os adiantamentos de numerários, a empresa constantemente tomava empréstimos bancários, arcando com juros e correção monetária às taxas de mercado. Sem cobrança de qualquer encargo financeiro dos sócios beneficiários dos empréstimos, fica caracterizada a distribuição disfarçada de lucros em valor correspondente aos juros e correção monetária calculados conforme quadros demonstrativos de fls.
> Desta forma estamos procedendo à tributação das importâncias de CR$ 19.409.031, no ano base de 1.984, e CR$ 900.511.124, no ano base de 1.985, de encargos financeiros não dedutíveis na pessoa jurídica, por serem de responsabilidade dos sócios. (...)

Quanto à natureza dos repasses aos sócios, exsurgem duas versões: ou constituíram antecipação de pagamento pelo fornecimento de matéria prima, na ausência de lucros ou de reserva de lucros a serem distribuídos pela empresa (conforme alega a embargante); ou representaram empréstimos, com favorecimento aos sócios (conforme defende a Fazenda Nacional). Aduz a sentença que a "contradição entre essas duas versões não ficou resolvida pelo esforço pericial e pelo conteúdo do respectivo laudo, estando este vazado em considerações atécnicas, desprovido de referências bastantes a dados contábeis concretos, ensejadores de convencimento seguro acerca das conclusões ali adotadas". (fl. 256)

Por seu turno, o julgado produzido pela e. Relatora aduz que "a prova técnica produzida nos autos revela a inexistência de disponibilidade de lucros ou reservas de lucros pela empresa à época dos fornecimentos de numerário aos sócios, fato a respeito do qual convergiram em seus laudos tanto o perito judicial - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 187) - como o assistente técnico da Fazenda Nacional - resposta ao quesito 3 da embargante (fls. 204) -, conquanto este tenha afirmado a irrelevância desse dado, para efeito do previsto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/1983".

Com o costumeiro respeito que dispenso à d. Relatora, e, em consonância com o direcionamento que venho desenvolvendo, diverso é o meu entendimento. Com efeito, para os fins do disposto no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065/83, com razão o assistente-técnico da União Federal (Fazenda Nacional). Conforme aduzi, cuida-se nestes autos de outra hipótese, que não aquela disciplinada pelo art. 367, V, do RIR/80, em que, aí sim, seria de relevo o dado apurado, para a solução da controvérsia. No caso presente, entendo, respeitosamente, que não, pois, conforme já se disse, trata-se de distribuição disfarçada de lucros, tal como prevista e

capitulada no auto de infração, que teve como enquadramento legal o art. 728, II, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, e foi lavrado com fulcro no art. 367, VII, do RIR/80, inciso que foi acrescido pelo artigo 20, II, do DL. 2.065/83, c.c. artigo 370, VI, do mesmo RIR/80, inciso com nova redação dada pelo artigo 20, VIII, do DL. 2.065/83, e art. 387 do RIR/80, aprovado pelo D. 85.450/80.

Julgou a sentença procedente o pedido, muito embora infira fossem mais favoráveis as taxas cobradas, pelos bancos, da pessoa jurídica, o que explicaria a opção, reconhecendo, entretanto, que o repasse aos sócios, sem a cobrança "dos encargos relativos aos juros e à correção monetária originalmente contratados constituiu efetivo favorecimento a eles, em prejuízo da empresa". (fl. 257). Justifica a procedência do pedido, apontando que pode o Fisco exigir "das pessoas físicas o pagamento do tributo e, ao mesmo tempo, buscá-lo da pessoa jurídica, mediante o expediente de glosar os encargos do empréstimo bancário, (o que) configura verdadeiro *bis in idem*". (fl. 259).

Entendo, no entanto, não ser caso de *bis in idem*. A pessoa jurídica responderá pela infração que cometeu, na distribuição disfarçada de lucros aos seus sócios, conforme apurado nestes autos, enquanto os seus sócios, pessoas físicas, responderão, nos processos próprios, incursos noutra capitulação legal, pelo não recolhimento do IRPF, à vista do acréscimo patrimonial obtido, representado pelos juros e correção monetária dos empréstimos a eles repassados pela pessoa jurídica, que não lhes foram cobrados.

De rigor, portanto, a reforma da sentença de procedência do pedido, em todos os seus termos, invertendo-se os ônus da sucumbência. Deixo, contudo, de condenar a embargante em honorários advocatícios ante a suficiência do encargo de 20% do DL 1.025/69.

Ante o exposto, divirjo da e. Relatora para, quanto ao mérito, dar provimento à apelação e à remessa oficial e julgar improcedentes os presentes embargos, mantendo-se hígida a execução fiscal.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA

APELAÇÃO CÍVEL
0002464-65.2011.4.03.6119
(2011.61.19.002464-0)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM EM SÃO PAULO COREN/SP
Apelada: ANGELA MARIA DE SOUZA BRUN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA
Classe do Processo: AC 2111423
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/11. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.404.796/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.
1. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.404.796/SP, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, de acordo com a teoria dos atos processuais isolados e o princípio *tempus regit actum*. Assim, a Lei nº 12.514/11 não pode ser aplicada retroativamente:
2. A execução fiscal foi ajuizada em 23/03/2011, ou seja, em data anterior a edição da Lei nº 12.514, que é de 28/10/2011, restando, portanto, afastada sua aplicação.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de apelação em execução fiscal que tem por objeto a cobrança de crédito relativo à anuidade de Conselho Profissional acrescido de juros, multa e correção monetária cujo valor constante na CDA é de R$ 834,31.

A sentença (fls. 45/46) extinguiu o feito, sem resolução do mérito, a teor do disposto no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, com base no artigo 8º da Lei 12.514/11.

Apela o Conselho Regional de Enfermagem (fls. 49/56) requerendo a reforma da r. sentença e regular continuidade do feito, alegando inaplicabilidade da Lei nº 12.514/2011 aos débitos oriundos de multa administrativa às execuções fiscais ajuizadas antes de seu advento.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.404.796/SP, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado, de acordo com a teoria dos atos processuais isolados e o princípio *tempus regit actum*. Assim, a Lei nº 12.514/11 não pode ser aplicada retroativamente:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. "TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS". PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.
> 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 2. É inaplicável o art. 8º da Lei nº 12.514/11 ("Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente") às execuções propostas antes de sua entrada em vigor.
> 3. O Art. 1.211 do CPC dispõe: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes". Pela leitura do referido dispositivo conclui-se que, em regra, a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em curso.
> 4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada "Teoria dos Atos Processuais Isolados", em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. (grifei)
> 5. Para que a nova lei produza efeitos retroativos é necessária a previsão expressa nesse sentido. O art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, determina que "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". O referido dispositivo legal somente faz referência às execuções que serão propostas no futuro pelos conselhos profissionais, não estabelecendo critérios acerca das execuções já em curso no momento de entrada em vigor da nova lei. Dessa forma, como a Lei nº. 12.514/11 entrou em vigor na data de sua publicação (31.10.2011), e a execução fiscal em análise foi ajuizada em 15.9.2010, este ato processual (de propositura da demanda)

não pode ser atingido por nova lei que impõe limitação de anuidades para o ajuizamento da execução fiscal.
6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
(REsp 1404796/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 09/04/2014).

No caso em tela, a execução fiscal foi ajuizada em 23/03/2011, ou seja, em data anterior a edição da Lei nº 12.514, que é de 28/10/2011, restando, portanto, afastada sua aplicação.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para reformar a sentença extintiva e determinar o regular prosseguimento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0005852-97.2011.4.03.0000
(2011.03.00.005852-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO
Agravado: NATU'S COM. DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AI 432596
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

AGRAVO INOMINADO - ART. 543-c, § 7º, II, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO - REDIRECIONAMENTO - ART. 135, CTN - NÃO APLICAÇÃO - ART. 50, CC - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÚMULA 435/STJ - NÃO INDICAÇÃO DO SÓCIO PELO AGRAVANTE - PEDIDO GENÉRICO - ART. 286, CPC - JULGADO ANTERIOR MANTIDO, AINDA QUE FUNDAMENTO DIVERSO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios -gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

2. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é de que é inaplicável o art. 135, III do CTN às dívidas de natureza não-tributária.

3. A punição administrativa sem indicação de dolo especial dos sócios com a devida especificação da participação, não enseja a responsabilidade. Prática desse jaez tornaria a responsabilidade objetiva.

4. Quando se trata de dívida de natureza não tributária , é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Código Civil.

5. São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial.

6. Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que não localizada pelo Oficial de Justiça (fl. 32). Assim, cabível o redirecionamento pleiteado, com fundamento no art. 50, CC, bem como na Súmula 435/STJ, consoante disposto no REsp nº 1.371.128.

7. O presente recurso não merece prosperar, considerando seu pedido (inclusão "dos sócios gerentes da empresa" no polo passivo), posto que o recorrente não indicou o sócio que pretende responsabilizar pelo débito. Outrossim, o agravante não trouxe à colação, ainda que intimado para tanto, cópia integral da petição que ensejou a prolação da decisão agravada, proferida pelo Juízo *a quo,* não sendo possível a ilação de qual sócio gerente (ou quais sócios gerentes) o agravante pleiteia o reconhecimento da responsabilidade pelo crédito exequendo. O agravante, após intimado, trouxe aos autos somente as comunicações internas, via correio eletrônico (fls. 94/97), sem qualquer indicação do sócio que pretende incluir.

8. Ainda que possível o redirecionamento do feito, com base na fundamentação supra, o julgado anterior não merece reforma, pela impossibilidade de acolhimento do pedido genérico do recorrente (art. 286, CPC).
9. Julgado anterior mantido, para negar provimento ao agravo inominado, ainda que fundamento diverso.

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, manter o julgado anterior, para negar provimento ao agravo inominado, ainda que por fundamento diverso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo inominado interposto em face de decisão que, nos termos do disposto no artigo 557, § 1º, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto em face de decisão que indeferiu a inclusão de sócio no polo passivo à execução fiscal.

Alegou o agravante que há prova nos autos da não localização da empresa no domicílio fiscal, aplicando-se, portanto, à hipótese, o teor da Súmula 435/STJ. Ressaltou que se executa multa administrativa por conduta praticada pelos dirigentes da empresa (já que a pessoa jurídica é desprovida de vontade). Teceu argumentos acerca da aplicação da multa em ofensa do Código do Consumidor. Reconheceu que, em face da natureza não-tributária da dívida, o art. 135, III, CTN, não incide, todavia, argumentou que, indiretamente incide por força do disposto no art. 4º, § 2º, LEF. Asseverou que por "atos ilícitos", responde, sempre, solidariamente à pessoa jurídica, a pessoa física que os pratica (art. 592, CPC; art. 942, CC). Sustentou o redirecionamento com base no art. 4º, Lei nº 6.830/80 e art. 1046, CC.

Na sessão de julgamento, em 9 de junho de 2011, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo inominado.

Frente ao teor do acórdão, a UNIÃO FEDERAL interpôs Recurso Especial.

Em 3 de setembro de 2015, a Vice-Presidência desta Corte, ao apreciar a admissibilidade do Recurso Especial, vislumbrou a desconformidade entre o acórdão recorrido e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.371.128/RS), quanto a questão devolvida, determinando a devolução dos autos a esta Turma Julgadora, conforme previsão do art. 543-C, § 7º, II, CPC, do Código de Processo Civil, para eventual juízo de retratação.

Instado, em 19/10/2015, para indicar expressamente os sócios que pretende incluir no polo passivo da execução fiscal, o agravante, em 11/12/2015, peticionou, informando que "por um descuido no setor de protocolo desta PRF a petição anexa foi protocolizada equivocadamente no Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região - TRT em 10/11/2015".

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

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

Discute-se nestes autos a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal para os sócios-gerentes da sociedade executada.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.

Compulsando os autos, verifica-se que se executa multa administrativa, portanto, de natureza não tributária.

É cediço que a inclusão de sócio no pólo passivo de execução fiscal de *dívida não-tributária* é indevida, nos termos do art. 135, III, do CTN.

A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é de que é *inaplicável o art. 135, III do CTN às dívidas de natureza não-tributária*. Nesse sentido, confiram-se as seguintes ementas:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284 DO STF. NÃO CONHECIMENTO. FGTS. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 135, III, DO CTN.
> (...)
> 3. Afastada a natureza tributária das contribuições ao FGTS, consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido da inaplicabilidade das disposições do Código Tributário Nacional aos créditos do FGTS, incluindo a hipótese de responsabilidade do sócio -gerente prevista no art. 135, III, do CTN. Precedentes
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
> (REsp 727.732/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 27.03.2006 p. 191)

> RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO -GERENTE - MULTA POR INFRAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CLT - NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA - NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 135, III, DO CTN À ESPÉCIE - PRECEDENTE.
> A Lei de Execução Fiscal dispõe, em seu artigo 4º, que a execução fiscal poderá ser promovida contra "o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado".
> O artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, porém, determina quais são os responsáveis pelos créditos correspondentes apenas a obrigações tributárias. Dessa forma, o aludido dispositivo legal não se aplica às execuções de dívidas decorrentes de multa por infração da Consolidação das Leis do Trabalho, pois referidos débitos não têm natureza tributária. Precedente.
> Recurso especial improvido.
> (REsp 638.580/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.08.2004, DJ 01.02.2005 p. 514)

A punição administrativa sem indicação de dolo especial dos sócios com a devida especificação da participação, não enseja a responsabilidade. Prática desse jaez tornaria a responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando se trata de dívida de natureza não tributária , é possível o redirecionamento do executivo fiscal, observadas as disposições do artigo 50 do Novo Código Civil, que assim prevê:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relação de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

São duas as hipóteses postas no dispositivo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para que se possa estender a responsabilidade aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica: desvio de finalidade e confusão patrimonial. Transcrevo passagem da obra Novo Código Civil Comentado, coordenada por Ricardo Fiúza, que bem ilustra a assertiva acima:

> Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão judicante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para *coibir fraudes de sócios* que dela se valeram como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o *princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva*, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (Ed. Saraiva, pág. 65, grifou-se)

Da prova documental carreada ao instrumento restou comprovada a dissolução irregular da empresa executada, na medida em que não localizada pelo Oficial de Justiça (fl. 32).

Assim, cabível o redirecionamento pleiteado, com fundamento no art. 50, CC, bem como na Súmula 435/STJ, consoante disposto no REsp nº 1.371.128.

Todavia, o presente recurso não merece prosperar, considerando seu pedido (inclusão "dos sócios gerentes da empresa" no polo passivo), posto que o recorrente não indicou o sócio que pretende responsabilizar pelo débito.

Outrossim, o agravante não trouxe à colação, ainda que intimado para tanto, cópia integral da petição que ensejou a prolação da decisão agravada, proferida pelo Juízo *a quo*, não sendo possível a ilação de qual sócio gerente (ou quais sócios gerentes) o agravante pleiteia o reconhecimento da responsabilidade pelo crédito exequendo.

Cumpre acrescentar que o agravante, após intimado, trouxe aos autos somente as comunicações internas, via correio eletrônico (fls. 94/97), sem qualquer indicação do sócio que pretende incluir.

Destarte, ainda que possível o redirecionamento do feito, com base na fundamentação supra, o julgado anterior não merece reforma, pela impossibilidade de acolhimento do pedido genérico do recorrente (art. 286, CPC).

Ante o exposto, *mantenho* o julgado anterior, para *negar provimento* ao agravo inominado, ainda que fundamento diverso.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002363-91.2012.4.03.6119
(2012.61.19.002363-9)

Apelantes: EGO GALLERY LTDA - EPP E TIAGO JOSE RIBEIRO
Apeladao: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2043845
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2016

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIA OCULTADA DA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DE BASE LEGAL DA IMPUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO EM ÚNICA INSTÂNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. REGIME ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. IMAPLICABILIDADE. FALSA DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO. INTERPOSIÇÃO DE TERCEIRO. DANO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE DE PREJUÍZO DE CUNHO FINANCEIRO. PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Caso em que não cabe cogitar de nulidade do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, vez que, diversamente do que alegam os apelantes, não houve modificação a destempo de sua fundamentação, para fins de convalidação. A supressão do artigo 24 do Decreto-Lei 1455/1976 da fundamentação do auto de infração, no momento do julgamento da impugnação do apelante, de maneira alguma infirma os demais dispositivos indicados no documento como base legal das infrações apontadas (artigo 105 do Decreto-Lei 37/1966 e artigo 23 do Decreto-Lei 1455/1976), já suficientes tanto à sua caracterização quanto à cominação da pena de perdimento, como se depreende de sua transcrição acima. Não se trata, portanto, de modificação da fundamentação, tanto menos de convalidação do auto de infração, mas de simples rejeição de referência normativa supérflua e inaplicável à espécie

2. Nem se alegue prejuízo à defesa, que somente ocorreria se tivesse havido adição ou substituição de fundamentação legal que imputasse fato diverso dos constantes do auto, o que não ocorreu. Se tivesse ocorrido, caberia a abertura de vista para análise e contraditório. Todavia, a mera exclusão de dispositivo irrelevante da base legal das infrações descritas no auto de infração não causa qualquer prejuízo às alegações lançadas na impugnação, pois ausente inovação concernente aos fatos e fundamentação legal de que já tinha conhecimento e dos quais já havia se defendido, ab initio, o apelante.

3. Caso em que inexistente nulidade na aplicação da pena de perdimento por julgamento em única instância administrativa, por supressão de duplo grau de jurisdição. A jurisprudência do STJ, neste sentido, reconhece inexistir tal garantia no âmbito do procedimento administrativo.

4. Manifestamente improcedente a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de perícia para identificação precisa da natureza da mercadoria apreendida.

O acervo documental acostado nestes autos revela que as mercadorias apreendidas foram, de fato, periciadas. Ainda que assim não fosse, o procedimento tampouco poderia ser tido como necessário e obrigatório.
5. O gênero da mercadoria apreendida não foi objeto de discussão; não se pôs em dúvida, em qualquer momento, a conclusão do auto de infração de que se trata de itens de joalheria. Pelo contrário, os próprios apelantes - uma empresa que, segundo seu contrato societário, dedica-se à importação, exportação, indústria e comércio de joias e um de seus empregados - sustentam que as mercadorias são joias retiradas em consignação de estabelecimento na Alemanha, para exposição e posterior devolução. Ademais, os documentos carreados junto à inicial - destacadamente a nota de consignação e as fotos - demonstram cabalmente a natureza de peças de joalheria das mercadorias apreendidas. Tampouco houve divergência pertinente à quantidade de bens apreendidos; são 17 objetos, plenamente individualizados, como demonstra a prova documental colacionada neste feito. O valor dos itens, US$ 77.540,00, por sua vez, resta especificado na nota de consignação encontrada em posse do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, e ratificado pelo restante do acervo probatório destes autos.
6. Restando indiscutível que se trata de joalheria de expressivo valor, é consequência evidente que os itens compõem-se de metais preciosos. Note-se, assim foram classificados (NCM 71131900), não só pelo Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, como também pela documentação de exportação que os acompanhava. Ademais, as razões de apelo não lograram contradizer quaisquer das conclusões alcançadas pelo Fisco - a reverter a presunção de legitimidade que acompanha o ato administrativo e justificar a necessidade do exame pericial acompanhado por assistente técnico de sua escolha -, limitando-se a ilações genéricas a respeito de violações a princípios constitucionais que, a teor do demonstrado acima, não ocorreram, em absoluto. O que se verifica é que se pretende a realização de novo exame pericial que, pelo contrário, *in casu*, revela-se de todo impertinente, configurando mera diligência protelatória. Como adiante demonstrado, é inequívoco existir expressividade econômica dos bens e, ante a descrição dos fatos sustentada pelos apelantes, não é sequer relevante a sua classificação tributária, para fins de aplicação de pena de perdimento.
7. As razões recursais reiteram a tese de que as joias apreendidas seriam objeto de exposição, em evento único, e, após, remetidas novamente ao país de origem. Logo, os fatos discutidos nestes autos derivariam de "descuido" e "desconhecimento da legislação" de parte dos apelantes. Aduziu-se que as mercadorias estariam sujeitas ao Regime Especial de Admissão Temporária, pelo que não houve prejuízo ao erário, dado ser hipótese em que indevida qualquer tributação sobre os bens. A despeito de tais afirmações, não há que se falar, na espécie, de inexistência de dano ao erário. Primeiro porque a imputação constante dos artigos 23 do Decreto-Lei 1455/1976 e 689 do Regulamento Aduaneiro tem natureza objetiva, decorrendo de tais dispositivos a presunção legal de dano nas hipóteses descritas. Em segundo lugar porque, ainda que assim não fosse, consolidada a jurisprudência no sentido de que o dano ao erário prescinde de prejuízo financeiro aos cofres públicos, visto que se aperfeiçoa pelo desrespeito à legislação e controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país.
8. Ainda que não fossem suficientes tais razões, a conduta do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO infirma a alegação de que se pretendia a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária, pois, sendo certo que as características das mercadorias

afastam sua qualificação como bagagem, conforme a definição dada pelo o artigo 2º da IN RFB 1.059/2010, deveria o apelante declará-las na Aduana, nos termos do artigo 6º, V, da mesma normativa. Contudo, as reprografias da Declaração de Bagagem Acompanhada acostadas aos autos revelam que, a despeito de ter consigo joias em valor nominal de nada menos do de US$ 77.540,00, o apelante *declarou não portar "bens em valor superior a US$ 3.000,00 (via área ou marítima) ou em qualquer valor (via terrestre fluvial ou lacustre) para ingresso temporário"*, a evidenciar o dolo e a intenção de ocultar tais bens da fiscalização aduaneira. Em tais condições, manifestamente despropositado que se admita ter ocorrido mero "engano" ou "desconhecimento da legislação aduaneira", ou que se cogite de boa-fé e abrandamento de pena administrativa, como pretendido nas razões de apelo, circunstâncias que, além de inservíveis enquanto excludentes de culpabilidade, para supressão de sanção, são manifestamente incompatíveis com a omissão da existência dos bens na DBA. Em verdade, sequer poderia o apelante carregar tais itens consigo, e como se fossem próprios, quando comprovadamente não eram, segundo os artigos 156 do Regulamento Aduaneiro e 4º da Instrução Normativa RFB 1059/2010. Por outro lado, a concessão do Regime Especial de Admissão Temporária exige o preenchimento de requisitos documentais que não foram nem poderiam ser atendidos frente à conduta adotada pelo apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, a teor do que dispunha a IN RFB 285/2003, vigente à época dos fatos acerca da "aplicação do regime aduaneiro especial de admissão temporária".

9. O exame da conduta do apelante frente à legislação aplicável torna inegável a existência de falsa declaração de conteúdo, dado que se suprimiu da DBA a existência de mercadorias em importação. Por igual, na medida em que demonstrado que a EGO GALLERY LTDA. interpôs terceiro (irrelevante se com vínculo empregatício), em burla ao atendimento das prescrições determinadas pela legislação de regência (seja para o Regime Comum de Importação das mercadorias, ou para a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária) que, exitosa, a ocultaria da fiscalização enquanto importadora, irretocáveis as imputações contidas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, com a consequente aplicação da pena de perdimento das mercadorias, que, à luz do caso concreto, não se revela desproporcional.

10. Caso em que manifesta a improcedência da alegação de que a sanção de perdimento de mercadoria prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 não foi recepcionada pela Constituição, como já vislumbrado pelos julgados supratranscritos. Pelo contrário, a Carta Magna menciona expressamente a pena de perdimento de bens, sem qualquer vedação ao perdimento de mercadorias, na esfera administrativa, segundo torrencial jurisprudência. Precedentes.

11. A alegação de que a pena de perdimento é confiscatória, por igual, não supera a jurisprudência referida. De todo o modo, para além de que a pena se aplica por fundamento que prescinde de qualquer incidência tributária (a existência de dano ao erário, como demonstrado, não pressupõe prejuízo de cunho financeiro), há que se ressaltar que, em verdade, a aplicação da pena de perdimento é incompatível a exigência de crédito tributário: ainda que se considerasse a ocorrência de fato gerador - não obstante jamais tenha sido preenchida, na espécie, qualquer DI ou realizado qualquer lançamento (artigo 19 do CTN c/c artigo 1º e 23 do Decreto-Lei 37/1966) -, a retenção dos bens, bem observada, suprime a base de cálculo do tributo. Inteligência

dos artigos 1º, §4º, III, do Decreto-Lei 37/1966 e 71, III, do Regulamento Aduaneiro.
12. Improcedente também a pretensão subsidiária deduzida nestes autos, de liberação das mercadorias pela satisfação do crédito tributário, cumulado com a aplicação de multa percentual. Com efeito, a configuração do dano ao erário - fartamente demonstrada acima - submete os fatos a procedimento e sanção específicos, incompatíveis com o pedido referido. Note-se, ademais, que o caso não se compatibiliza com as hipóteses de conversão da pena de perdimento em multa, na forma do disposto no Decreto-Lei 1.455/1976.
14. Patentemente infundada a alegação de violação ao sigilo bancário dos apelantes. Houve, diversamente, a consulta ao sistema RADAR, que, conforme descreve o sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil,"objetiva disponibilizar, em tempo real, informações de natureza aduaneira, contábil e fiscal que permitam à fiscalização identificar o comportamento e inferir o perfil de risco dos diversos agentes relacionados ao comércio exterior, tornando-se uma ferramenta fundamental no combate às fraudes". Como asseverou o Juízo de origem, não houve divulgação a terceiros e as informações nem mesmo foram utilizadas como fundamento da atuação. Por razões evidentes, o sigilo fiscal não se impõe à própria autoridade fiscal, que gerencia o sistema e tempo por competência primordial a fiscalização dos contribuintes.
15. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação à sentença de improcedência em ação, objetivando "anular o processo administrativo [autos 10814.722272/2011-12] na íntegra, cancelando-se a cobrança, liberando-se as mercadorias apreendidas e/ou eventual depósito judicial" ou "determinar o refazimento do auto de infração lavrado, para os fins de corrigir os erros que macularam o procedimento administrativo e exigir eventual tributo devido sobre os bens importados, com aplicação de multa conforme exposto nesta medida de acordo com a planilha constante do documento 7 - fls. 109 do auto de infração" (f. 39/40).

Apelaram os autores, alegando, em essência, que: (1) a sentença é omissa, na medida em que não analisou aspectos fáticos relevantes ao curso da demanda; (2) a autoridade fiscal alterou a fundamentação da infração imputada, sem redigir novo auto de infração ou abrir vista para manifestação, porém os órgãos julgadores não podem modificar a fundamentação do auto de infração, pretendendo sua convalidação, logo se o fundamento ou motivação adotado foi equivocado o AIIM é "absolutamente nulo", conforme doutrina e jurisprudência administrativa; (3) ante as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LV, da

Constituição), tanto administrativa quanto judicialmente, a prova pericial, na esfera administrativa, era de rigor no caso presente, vez que, conforme precedente da 1ª Região, é diligência indispensável para a análise de suposta fraude no procedimento de importação temporária de joias; (4) por igual, a supressão do duplo grau de jurisdição no âmbito administrativo representa violação ao devido processo legal; (5) as peças apreendidas serviriam para exposição no Brasil e posterior devolução à Alemanha e, assim, não há que se falar em dano ao erário, pois as mercadorias estariam sujeitas ao Regime de Admissão Temporária (Instrução Normativa 285/2003), não havendo incidência tributária; (6) "não há qualquer vedação sobre o Regime de Admissão Temporária para viajantes, logo o Apelante (Sr. Tiago empresado da empresa Ego) deixou claro para os auditores das receita Federa (sic) do Brasil por qual motivo estava com a mercadoria apreendida"; (7) assim, "os Apelantes por não conhecerem de forma detalhada a legislação, por completo descuido cometeram ato que lhes causou prejuízo imenso" (8) em casos similares, o Ministério da Fazenda adotou postura diversa e o Conselho de Contribuintes, analisando situações em que não houve prejuízo ao erário ou dolo, afastou a pena de perdimento das mercadorias; (9) conforme as normativas que regem a matéria, a perícia tem como finalidade primordial propiciar a correta classificação fiscal das mercadorias apreendidas, de modo a assegurar sua correta tributação e, "quando houver alguma divergência, é curial que o interessado tenha acesso ao referido laudo e possa dele se manifestar na impugnação ao auto de infração, o que não ocorreu no presente caso", em desrespeito ao imperativo da paridade de armas que rege o devido processo legal; (10) conforme a doutrina e jurisprudência administrativa, a falta de análise do pedido de realização de perícia é circunstância ensejadora de nulidade; (11) diversamente do que constou do auto de infração, não houve falsa declaração (como restou consignado na decisão recorrida) e interposição fraudulenta (não ocorreu, em momento algum, a ocultação do destino das mercadorias); (12) a conduta da autoridade fiscal, na espécie, desrespeita os princípios que regem a Administração, na forma do artigo 37 da Constituição Federal, violando os princípios de proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé, capacidade contributiva e presunção de inocência; (13) no caso em análise, a sanção administrativa aplicável é a pena de multa, entre 10% e 50% do valor das mercadorias, seguida de seu desembaraço; (14) o Decreto-Lei 1455/1976, que prevê a pena de perdimento de bens, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pelo que referida sanção apenas "pode ser decretada pelo Poder Judiciário, quando da prolação de sentença penal condenatória", ou convertida em multa, nos termos da Lei 9.779/1999, conforme doutrina; (15) a pena de perdimento é abusiva e tem caráter confiscatório, a teor da Súmula 323 do STF, vez que "a despeito de ser rotulada como sanção administrativa, constitui medida repressiva a uma conduta reprovável, *in casu* o não recolhimento de tributos"; "a despeito da necessidade de repressão dos ilícitos tributários, não pode o Fisco, ao seu talante, simplesmente considerar que os contribuintes agiram com intuito fraudulento por não terem eventualmente prestado a informação aduaneira correta"; e (16) a indevida quebra do sigilo bancário das apelantes consubstancia ainda outra causa a invalidar a nulidade da autuação, conforme jurisprudência.

Com contrarrazões (f. 452/458 e vº), vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

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

Trata-se de ação proposta por EGO GALLERY LTDA. - EPP e TIAGO JOSÉ RIBEIRO em face da UNIÃO FEDERAL requerendo a nulidade de auto de infração que culminou com a pena de perdimento imposta pela autoridade aduaneira. Dizem os autores que o segundo autor é empregado da primeira, e nessa qualidade viajou à Alemanha e trazia joias em sua bagagem, quando desembarcou no aeroporto internacional de Guarulhos e foi submetido a revista, onde a mercadoria foi encontrada. Alegam que os objetos se destinavam a admissão temporária para exposição em um evento organizado pela autora, e que seriam retornados à Alemanha posteriormente. Sustentam que não houve perícia para determinar se as joias são, de fato, diamantes, e isso eiva de nulidade a conclusão administrativa por violação, em síntese, ao devido processo legal. Afirma que os autores adotaram o expediente em questão por falta de instrução quanto ao procedimento correto. Arguiram ainda, a nulidade da decisão quanto à impugnação apresentada, não sendo possível a convalidação de auto de infração erroneamente fundamentado. Aparentemente de forma subsidiária, diz que, diante das joias na bagagem do autor, a autoridade aduaneira deveria ter aplicado multa e permitido o desembaraço das mercadorias. Por fim, questionou que a pena de perdimento tem caráter confiscatório, e que o acesso a dados fiscais do autor durante o procedimento administrativo configurou quebra de sigilo sem autorização judicial, a inquinar de nulidade tudo o que se seguiu. Juntou diversos documentos.

Em contestação de fls. 213/236, a UNIÃO, em suma, sustentou a legalidade da apreensão e da pena de perdimento, além de informar que o autor foi preso em flagrante na data em questão, pelo crime de descaminho. Rebateu as alegações dos autores.

Pela decisão de fls. 351/355v, indeferi o pedido de tutela antecipada, bem como julguei prejudicado o pedido de produção de prova pericial à vista do documento de fls. 348/350. Contra esta decisão não houve interposição de recurso.

A UNIÃO requereu o julgamento antecipado da lide. Os autores juntaram documentos.

É o relatório.

Boa parte das questões debatidas já foram analisadas na decisão que indeferiu a tutela antecipada, da qual aproveitarei a maior parte da fundamentação a seguir:

Dos documentos juntados aos autos e da contestação apresentada pela União, colhe-se que o autor, na qualidade de funcionário da Ego Gallery Ltda., desembarcou de voo internacional proveniente da Alemanha no dia 20/05/2011 e, ao passar pelo controle alfandegário, optou pelo canal "nada a declarar".

Tal conduta, por si só, já revela, a meu ver, o intuito de iludir a fiscalização aduaneira. Não se trata, no caso, de viajante inexperiente, que estava pela primeira vez experimentando as idiossincrasias do controle alfandegário, ou de alguém que entendia de fato não ter de pagar imposto ao trazer objetos e roupas de uso pessoal, caso muito comum, já que a legislação que trata da matéria não é específica o suficiente, dando margem a abusos tanto de passageiros quanto de fiscais.

O autor, enquanto funcionário da autora, viajou especificamente para esse fim, o que se depreende da alegação dos próprios autores de que havia um evento demonstrativo de joias para a imprensa já programado, com a finalidade aparente de proporcionar inserções de marketing em favor da autora em publicações da Editora Abril.

Assim, ao ter trazido as joias em sua bagagem, sem declaração, e ter optado pelo canal "nada a declarar", fica evidente que o intuito foi o de iludir a fiscalização. Tanto é assim que o autor, ao entregar a declaração de bagagem acompanhada (DBA), respondeu "NÃO" às perguntas (bastante explícitas):

6. bens em valor superior a US$3.000,00 (...) ou em qualquer valor (...) para ingresso tem-

porário?
7. bens sujeitos a tributação especial?
Não há como, assim, dar razão aos autores quando argumentam que se tratou de "equívoco" por falta de orientação. Qualquer empresa que se propõe a atuar no mercado com importação (que está, segundo a autora, entre as suas atividades econômicas), do que quer que seja, tem de buscar os meios apropriados para fazê-lo, ainda que isso implique na contratação de empresas especializadas no despacho aduaneiro.
Ao ser selecionado fortuitamente para inspeção, qualquer atitude do autor já seria ineficaz para evitar a caracterização, em princípio, do descaminho tentado (já que não houve a saída da zona primária), o que será avaliado pelo Ministério Público Federal no inquérito correspondente. A consequência do descaminho é a pena de perdimento das mercadorias.
Pela narrativa da autora, em cotejo com os documentos juntados e as informações da UNIÃO, a bagagem do autor foi submetida a inspeção indireta, ocasião em que o aparelho de raio-x revelou a existência de imagem sugestiva de artefatos de joalheria, logrando-se encontrar no interior de sua mala 17 (dezessete) joias, motivo pelo qual o autor foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, da conduta prevista no artigo 334, 3º, do Código Penal, além de ter as mencionadas mercadorias apreendidas pela autoridade aduaneira.
Portanto, o autor Tiago José Ribeiro pretendeu ultrapassar a alfândega sem declarar a existência das mercadorias, posto que nenhuma menção fez a elas, as quais somente vieram a ser constatadas em razão da inspeção indireta realizada pela fiscalização. Logo, caso não tivesse a bagagem sido selecionada para inspeção, teriam os autores logrado êxito na internalização de tais mercadorias, omitindo-as propositadamente da autoridade aduaneira.
Os artefatos possuem expressivo valor, pois consistem em peças de joalheria e, independentemente da finalidade a que se destinavam, se para comercialização com terceiros ou para exposição em feira, deveriam ter sido declaradas de forma antecipada à chegada do coautor ao Brasil, conforme determina a legislação de trânsito aduaneiro.
Não se trata, a toda evidência, de bagagem acompanhada, conforme dispõe o Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009):
(...)
Por seu turno, a Instrução Normativa nº SRF nº 1.059, de 02/08/2010 assim dispõe:
(...)
A leitura dos dispositivos transcritos evidencia que os autores descumpriram a legislação aduaneira. A alegação de que se destinavam a exposição em evento para posterior devolução à origem não socorre aos autores, posto que deveriam utilizado a via ordinária, requerendo o necessário regime de admissão temporária de forma prévia à chegada das mercadorias. Não basta alegar que se trata de hipótese de admissão temporária, deveriam ter os autores obedecido as regras aduaneiras específicas para essa modalidade de internação, formalizando o pedido de admissão.
A questão levantada pela autora, da natureza dos bens, se com densidade de diamante ou não, é irrelevante, outro motivo pelo qual a perícia seria manifestamente ineficaz e, portanto, impertinente. Com o autor havia faturas indicando valor total das joias de US$77.540,00. A estimativa da RFB ficou em R$125.351,18, uma diferença quase irrisória da conversão cambial exata. Os tributos que seriam devidos, caso a liberação das mercadorias fosse possível, seriam da monta de R$93.161,73. Se os bens são ou não diamantes, se são ou não enquadráveis na NCM 7131900, são questões que não se impõem, já que não se pode ultrapassar o fato de que, independentemente da natureza, o valor dos bens é bem superior àquele que o autor poderia ter trazido como bagagem, sem contar que os mesmos não se caracterizam como bagagem.
Por outro lado, a imputação de interposição fraudulenta me parece igualmente razoável, já que o próprio autor, ao ser questionado pela autoridade aduaneira, disse que as joias pertenciam (ou se destinavam) à autora, pessoa jurídica que não se identificou em nenhum momento perante a aduana anunciando que intencionava importar joias, preferindo adotar procedimento clandestino.

> Inaplicável ao caso a Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal, consoante precedentes do TRF3:
> (...)
> Por outro lado, o fato de a autoridade aduaneira ter corrigido o enquadramento legal da conduta do autor não tem o condão de viciar o auto de infração lavrado, eis que a pena aplicada a ambas as hipóteses - art. 105 VI e XII do Decreto-lei 37/66e 689, VI, XII e XXII, do Decreto 6.759/2009 - é a de perdimento. O mesmo se dá relativamente ao dano ao erário, que resta configurado em ambos os casos, ou seja, a alteração do enquadramento legal não prejudica a defesa dos autores, pois não há qualquer controvérsia quanto aos fatos.
> A quebra de sigilo bancário não se configurou, vez que a autoridade aduaneira limitou-se a consultar os dados dos autores no sistema RADAR, não existindo divulgação a terceiros, nem mesmo foram utilizadas as informações consultadas como fundamento da autuação. Aliás, o sigilo fiscal, por razões óbvias, não se impõe à própria autoridade fiscal, que é quem, afinal, gerencia e alimenta o sistema e tem por atribuição precípua fiscalizar os contribuintes.
> Incabível ainda a substituição das mercadorias por depósito em dinheiro, eis que não se trata de apreensão para viabilizar satisfação de crédito, mas para propiciar a possível aplicação de pena de perdimento, que recai sobre as mercadorias em si, e não sobre o "valor" das mesmas. A punição é, portanto, específica.
> Por fim, o perdimento não é tributo, pelo que não viola o princípio constitucional à vedação ao confisco. Trata-se de punição administrativa cuja constitucionalidade já foi assentada pelo STF em antigo precedente:
> (...)
> Por todo o exposto, o julgamento com a improcedência do pedido se impõe.

Como se observa, a sentença encontra-se devidamente motivada, não comportando qualquer reforma.

Com efeito, não cabe cogitar de nulidade do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011 (f. 53/56, 245/6 e 270/1), vez que, diversamente do que alegaram os apelantes, não houve modificação extemporânea de sua fundamentação, para fins de convalidação.

A propósito, o documento descreveu a ocorrência de três infrações, indicando o enquadramento legal dos fatos:

> 001 - MERCADORIA ESTRANGEIRA - FALSA DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO
> Mercadoria estrangeira, chegada ao país, com falsa declaração de conteúdo.
> ENQUADRAMENTO LEGAL
> Art. 105, inciso XII, do Decreto-Lei 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso XII, e §4º do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.
> 002 - MERCADORIA ESTRANGEIRA, SE QUALQUER DOCUMENTO NECESSÁRIO AO EMBARQUE OU DESEMBARQUE FOI FALSIFICADO OU ADULTERADO
> Mercadoria, estrangeira, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado.
> ENQUADRAMENTO LEGAL
> Art. 105, inciso VI do Decreto-Lei 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso VI, e §4º do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso

II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.
003 - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO
Mercadoria estrangeira, na importação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, do comprador ou do responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.
ENQUADRAMENTO LEGAL
(...)
Art. 23, inciso V, e parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 1455/76, com redação dada pelo art. 58 da Lei nº 10.637/02, regulamentado pelo art. 675, inciso II e 689, inciso XXII e § 6º, do Decreto nº 6.759/09, arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-Lei 37/66; art.23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09.

A despeito da redação adotada, a fundamentação alude à subsunção dos fatos aos seguintes dispositivos, tão-somente (regulamentados pelos demais artigos indicados):

Decreto-Lei 37/1966:
Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:
VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;
(...)
XII - estrangeira, chegada ao país com falsa declaração de conteúdo;

Decreto-Lei 1.455/1976:
Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:
IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas " a " e " b " do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.
V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.
§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.
§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.
Art. 24. Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do artigo 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do artigo 104 do Decreto-lei numero 37, de 18 de novembro de 1966."

Decreto 6.759/2009:
"Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:
(...)
VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;
(...)
XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;
(...)
XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros."

Quando da análise da impugnação do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO (f. 75/83) ao auto de infração, assim destacou a autoridade fiscal (f. 150/166 e 300/309 e vº):

> Em que pese ter sido apontado o art. 24 do Decreto-Lei nº 1455/76 com um dos enquadramentos legais à presente autuação, afasta-se, desde já, a sua incidência, eis que tal artigo remete às infrações definidas no art. 104 do Decreto-Lei nº 37/1966, hipóteses de aplicação da pena de perdimento de veículo, matéria totalmente diversa da tratada destes autos.

Como se evidencia, a supressão do artigo 24 do Decreto-Lei 1.455/1976 da fundamentação do auto de infração, *no momento do julgamento da impugnação* do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO, de maneira alguma infirma os demais dispositivos indicados no documento como base legal das infrações apontadas (artigos 105 do Decreto-Lei 37/1966 e 23 do Decreto-Lei 1.455/1976), já suficientes tanto à sua caracterização quanto à cominação da pena de perdimento, como se depreende de sua transcrição acima. Não se trata, portanto, de modificação da fundamentação, tanto menos de convalidação do auto de infração, mas de simples rejeição de referência normativa supérflua e inaplicável à espécie.

Nem se alegue prejuízo à defesa, que somente ocorreria se tivesse havido adição ou substituição de fundamentação legal que imputasse fato diverso dos constantes do auto, o que não ocorreu. Se tivesse ocorrido, caberia a abertura de vista para análise e contraditório. Todavia, a mera exclusão de dispositivo irrelevante da base legal das infrações descritas no auto de infração não causa qualquer prejuízo às alegações lançadas na impugnação, pois ausente inovação concernente aos fatos e fundamentação legal de que já tinha conhecimento e dos quais já havia se defendido, *ab initio*, o apelante.

Por igual, inexistente nulidade na aplicação da pena de perdimento por julgamento em única instância administrativa, por supressão de duplo grau de jurisdição. A jurisprudência, neste sentido, reconhece inexistir tal garantia no âmbito do procedimento administrativo, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado:

> AgRg no REsp 1279053, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 16/03/2012: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECRETO-LEI Nº 1.455/76. DECISÃO IRRECORRÍVEL DO MINISTRO DA FAZENDA. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual "não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa" (RMS 22064/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 05/10/2011). *II - Não se incompatibiliza com o ordenamento jurídico pátrio, que não prevê o duplo grau obrigatório na instância administrativa, a previsão contida no § 4º do art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76 de decretação de pena de perdimento de bens em processo administrativo, por decisão irrecorrível do Ministro da Fazenda*. III - A Lei nº 9.784/99, que dispõe que das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito, porque de caráter geral, não teve o condão de derrogar o Decreto-Lei nº 1.455/76, que regula procedimento administrativo específico relacionado à pena de perdimento de bens. IV - Prevendo o artigo 69 da Lei nº 9.784/99 que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei, não há, pois, falar em derrogação dos preceitos do Decreto-Lei nº 1.455/76. V - Agravo regimental a que se nega provimento.

Também manifestamente improcedente a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de perícia para identificação precisa da natureza da mercadoria apreendida.

Quanto ao ponto, as razões de apelo não se revelam congruentes. É que, em princípio, arguiu-se a necessidade de sua realização (f. 417 e 420), a indicar a sua inexistência; a seguir, contudo, pleitearam os apelantes o acesso ao laudo pericial, sugerindo-se que houvera perícia sem acompanhamento das partes (f. 423/4). Mais adiante, voltou-se afirmar que o procedimento não foi "adotado" (f. 425/8).

De toda a forma, o acervo documental acostado nestes autos revela que as mercadorias apreendidas foram, de fato, periciadas (f. 348/350 e vº). Ainda que assim não fosse, o procedimento tampouco poderia ser tido como necessário e obrigatório.

Com efeito, o gênero da mercadoria apreendida não foi objeto de discussão; não se pôs em dúvida, em qualquer momento, a conclusão do auto de infração de que se trata de itens de joalheria. Pelo contrário, os próprios apelantes - uma empresa que, segundo seu contrato societário (f. 44 vº/47 e vº), dedica-se à importação, exportação, indústria e comércio de joias e um de seus empregados (f. 51 e 276/8) - sustentam que as mercadorias são joias retiradas em consignação de estabelecimento na Alemanha, para exposição e posterior devolução. Além do mais, os documentos carreados junto à inicial (f. 42/174) - destacadamente a nota de consignação de f. 66 e as fotos de f. 67/8, 91/2, 146 vº e 147 vº - demonstram cabalmente a natureza de peças de joalheria das mercadorias apreendidas.

Tampouco houve divergência a respeito da quantidade de bens apreendidos; são 17 objetos, plenamente individualizados, conforme revelado pela prova documental colacionada neste feito (f. 57/8, 66, 67/8, 73, 89 e vº, 90/2 e vº, 144 vº/145, 146/148º, 246 vº/247, 250/1, 252 vº/253 vº, 256/8, 271 vº/2, 278 vº/286, 298 e 350 e vº). O valor dos itens, US$ 77.540,00, por sua vez, resta especificado na nota de consignação encontrada em posse do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO (f. 66), e ratificado pelo restante do acervo probatório destes autos (f. 53/6, 62, 67/8, 86 e vº, 89 e vº, 90/2 e vº, 141 vº/2, 144 vº/5, 145 vº/8, 245/6, 246 vº/7, 249, 250/1, 252 vº, 253 e vº, 256/8, 270/1 e 271 vº/2).

Ora, se resta indiscutível que se trata de peças de joalheria de expressivo valor, é consequência evidente que os itens compõem-se de metais preciosos. Note-se que assim foram classificados (NCM 71131900), não apenas pelo Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, como também pela documentação de exportação que os acompanhava (f. 70, 85 e vº 87 e vº, 140 vº/1 e 254 vº):

> Lista de posições de mercadorias - Exportação
> Itens de joalheria e peças de metais preciosos, também com revestimento de metais preciosos ou chapeados (exceto de prata)
> 71131900

Ademais, as razões de apelo não lograram contradizer quaisquer das conclusões alcançadas pelo Fisco - a reverter a presunção de legitimidade que deriva do ato administrativo a justificar a necessidade do exame pericial acompanhado por assistente técnico de sua escolha -, limitando-se a ilações genéricas a respeito de violações a princípios constitucionais que, a teor do demonstrado acima, não ocorreram, em absoluto. Na verdade, o que se verifica é que se pretende a realização de novo exame pericial que, pelo contrário, *in casu*, revela-se de todo impertinente, configurando mera diligência protelatória.

Como adiante demonstrado, é inequívoco existir expressividade econômica dos bens e, ante a descrição dos fatos sustentada pelos apelantes, não é sequer relevante a sua classificação tributária, para fins de aplicação de pena de perdimento.

Assim porque, como já mencionado, as razões recursais reiteraram a tese de que as joias apreendidas seriam objeto de exposição, em evento único, e, após, remetidas novamente ao país de origem. Logo, os fatos discutidos nestes autos derivariam de "descuido" e "desconhecimento da legislação" de parte dos apelantes. Aduziu-se que as mercadorias estariam sujeitas ao Regime Especial de Admissão Temporária, pelo que inexistente prejuízo ao erário, dado ser hipótese em que indevida qualquer tributação sobre os bens.

A despeito de tais afirmações, não há que se falar, na espécie, de inexistência de dano ao erário. Primeiro porque a imputação constante dos artigos 23 do Decreto-Lei 1.455/1976 e 689 do Regulamento Aduaneiro - transcritos mais acima - tem natureza objetiva, decorrendo de tais dispositivos a presunção legal de dano nas hipóteses descritas. Em segundo lugar porque, ainda que assim não fosse, consolidada a jurisprudência no sentido de que o dano ao erário prescinde de prejuízo financeiro aos cofres públicos, visto que se aperfeiçoa pelo desrespeito à legislação e controle aduaneiro, em detrimento da política fiscal e alfandegária do país (grifos nossos):

> AMS 00035925120104036121, Rel. Juiz. Conv. ELIANA MARCELO, e-DJF3 28/03/2014: "ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO. APLICABILIDADE. FRAUDE NA EXPORTAÇÃO. PNEUS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL E COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LOCALIZADOS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DE EMPRESA INVESTIGADA COMO RECEPTADORA. 1. Discute-se a anulação da pena de perdimento imposta às mercadorias apreendidas no estabelecimento comercial da impetrante, destituídas da respectiva documentação fiscal. (...) 6. Nestes termos, sequer há como analisar a alegação no sentido da nulidade do processo administrativo por não terem sido apreciadas todas as questões postas pela impetrante, pois sequer foi acostada a estes autos a impugnação apresentada na via administrativa, a fim de viabilizar o cotejo entre o alegado e o decidido. Verifica-se, outrossim, da análise do julgamento pela autoridade fiscal, encontrar-se ele devidamente fundamentado, expondo de forma suficiente os fatos, a conduta da impetrante e o enquadramento legal, não havendo falar em falta de motivação, como alegado. *7. No que tange ao dano ao erário, saliento que a conduta da impetrante é considerada infração às normas aduaneiras, pois acaba por burlar as regras que regem o comércio exterior de mercadorias, independentemente do efetivo dano financeiro ou da prática de sonegação fiscal. Com efeito, a Lei não se refere apenas à elisão no pagamento de tributos, mas também à elisão a "quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações", aplicável, inclusive às exportações. O dano ao erário se configura não apenas através de prejuízos financeiros, como também pelo descumprimento das normas aduaneiras. Daí que a norma visa não somente a coibir a sonegação fiscal, como também zelar pela regularidade e observância das normas aduaneiras. 8. A situação da mercadoria importada localizada em poder da impetrante não pode ser interpretada como uma "simples" irregularidade desprovida de maiores conseqüências, pois a impunidade pode incentivar a prática de fraudes nas importações e exportações, sendo de rigor a estrita obediência ao regramento aduaneiro com o escopo de evitar e desestimular a introdução e circulação ilícita de mercadorias no país. (...).* 12. Inviável a aplicação de penalidade mais branda considerando ser a mercadoria, fruto de esquema fraudulento de exportação, danoso ao erário e praticado com evidente má-fé, padecendo de vício insanável, o qual não pode ser sanado com o simples pagamento de multa. 13. Agravo retido prejudicado. Apelação a que se nega provimento.

> AC 200770020052490, Rel. Des. Fed. VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, D.E. 19/01/2010: TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO EXIGÍVEL. PERDIMENTO DE BENS. CONSTITUCIONALIDADE. DESNECESSIDADE DO DOLO E DO EFETIVO DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO TRIBUTÁRIO. REGIME

> ADUANEIRO DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA DE BENS IMPORTADOS. CONCESSÃO PRÉVIA PELA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA. *A inexistência de previsão constitucional específica da aplicação de pena de perdimento na esfera aduaneira não significa inconstitucionalidade ou não-recepção da legislação que a instituiu, porquanto não vedada sua imposição. Ao contrário, infere-se do disposto na alínea b do inciso XLVI do art. 5º, da Constituição Federal, o fundamento para a recepção do Decreto-lei nº 37/1966 e do Decreto nº 4.543/2002, não havendo razão para supor que tal previsão - inequívoca na esfera penal - implique proibição de sua utilização na esfera fiscal, mormente, diante da relação entre esses dois ramos do direito (direito penal e tributário).* Ademais, o direito de propriedade, não sendo um direito absoluto, deve atender a sua função social, não podendo ser utilizado como instrumento para a prática de infrações tributárias, o que justifica a aplicação da pena de perdimento, tanto em relação aos bens importados em desacordo com a legislação aduaneira, quanto em relação ao veículo utilizado para a prática do ilícito. *O art. 136 do CTN estabelece que a responsabilidade por infração a legislação tributária é objetiva, quando a lei não dispuser em sentido contrário, incidindo a sanção independentemente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade , natureza e extensão dos efeitos do ato. Em se tratando de ingresso de bem ou mercadoria estrangeira no território nacional, sem a documentação exigível, a infração aperfeiçoa-se nesse momento, independentemente de prejuízo patrimonial efetivo aos cofres públicos. Para a concessão do regime aduneiro especial de admissão temporária de bens importados, exige-se prévio requerimento do contribuinte e seu deferimento pela autoridade fiscal, atendidas as condições previstas nos incisos I a V do art. 310 c/c § 2º do art. 332, ambos do Decreto nº 4.543/2002.*

Ainda que não fossem suficientes tais razões, a conduta do apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO infirma a alegação de que se pretendia a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária.

É que, sendo certo que as características das mercadorias afastam sua qualificação como bagagem, conforme a definição dada pelo o artigo 2º da IN RFB 1.059/2010, deveria o apelante declará-las na Aduana, nos termos do artigo 6º, V, da mesma normativa (grifos nossos):

> Art. 2º Para os efeitos desta Instrução Normativa, entende-se por:
> (...)
> II - bagagem: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar *para seu uso ou consumo pessoal*, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, *não permitirem presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais*;
>
> Art. 6º Ao ingressar no País, o viajante procedente do exterior deverá dirigir-se ao canal "bens a declarar" quando trouxer:
> (...)
> V - bens destinados à pessoa jurídica, nos termos do § 2º do art. 44, ou outros bens que não sejam passíveis de enquadramento como bagagem, nos termos do art. 2º;

Contudo, as reprografias da Declaração de Bagagem Acompanhada acostadas aos autos (f. 65 e 252) revelam que, a despeito de ter consigo joias em valor nominal de nada menos do que *US$ 77.540,00*, o apelante *declarou não portar "bens em valor superior a US$ 3.000,00 (via área ou marítima) ou em qualquer valor (via terrestre fluvial ou lacustre) para ingresso temporário"*, a evidenciar o dolo e a intenção de ocultar tais bens da fiscalização aduaneira.

Em tais condições, manifestamente despropositado que se admita ter ocorrido mero

"engano" ou "desconhecimento da legislação aduaneira", ou que se cogite de boa-fé e abrandamento de pena administrativa, como pretendido nas razões de apelo, circunstâncias que, além de inservíveis enquanto excludentes de culpabilidade, para supressão de sanção, são manifestamente incompatíveis com a omissão da existência dos bens na DBA.

Em verdade, sequer poderia o apelante carregar tais itens como bagagem pessoal, e como se fossem próprios, quando comprovadamente não eram, prescrevendo, a propósito, o Regulamento Aduaneiro que:

> Art. 156. O viajante que ingressar no País, inclusive o proveniente de outro país integrante do Mercosul, deverá declarar a sua bagagem (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 3º, inciso 1, aprovado pela Decisão CMC nº 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009)
> (...)
> § 3º O viajante não poderá declarar como própria bagagem de terceiro, ou utilizar o tratamento de bagagem para o ingresso de bens que não lhe pertençam (Regime Aduaneiro de Bagagem no Mercosul, Artigo 3o, inciso 4, aprovado pela Decisão CMC no 53, de 2008, internalizada pelo Decreto no 6.870, de 2009)

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 4º da IN RFB 1.059/2010:

> Art. 4º É vedado ao viajante declarar como própria bagagem de terceiros ou introduzir no País, como bagagem, bens que não lhe pertençam.

Cabe destacar, por outro lado, que a concessão do Regime Especial de Admissão Temporária exige o preenchimento de requisitos documentais que não foram nem poderiam ser atendidos frente à conduta adotada pelo apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO. De fato, dispunha a IN RFB 285/2003, vigente à época dos fatos acerca da "aplicação do regime aduaneiro especial de admissão temporária", que (grifos nossos):

> Art. 4º Poderão ser submetidos ao regime de admissão temporária com suspensão total do pagamento dos tributos incidentes na importação, os bens destinados:
> I - a feiras, exposições, congressos e outros eventos científicos ou técnicos;
> (...)
> Art. 7º A parcela dos impostos devida na importação, suspensa em decorrência da aplicação do regime de admissão temporária, *será consubstanciada em Termo de Responsabilidade (TR),* conforme modelo constante do Anexo I.
> (....)
> Art. 9º O regime de admissão temporária será concedido a pedido do interessado, pessoa física ou jurídica, que promova a importação do bem.
> § 1º Para os casos de importação de bens na forma do art. 4º, a solicitação do regime far-se-á com base em:
> I - Requerimento de Concessão do Regime (RCR), de acordo com o modelo constante do Anexo II, no caso de bens vinculados a contratos de arrendamento operacional, de aluguel, de empréstimo ou de prestação de serviços;
> II - Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA), no caso de bens conduzidos por viajante não residente; ou
> *III - Declaração Simplificada de Importação (DSI), no caso de bens que não se enquadrem nas condições dos incisos I e II.*
> § 2º No caso de importação de bens na forma do art. 6º, a solicitação do regime far-se-á

exclusivamente com base no RCR.
§ 3º A solicitação do regime será instruída com:
I - o TR, na forma do art. 7º; e
II - cópia do contrato de arrendamento operacional, de aluguel, de empréstimo ou de prestação de serviços, conforme o caso, nas hipóteses de que tratam o inciso I do § 1º e o § 2º deste artigo.
(...)
Art. 12. O despacho aduaneiro para admissão de bens no regime far-se-á com base:
I - em Declaração de Importação (DI), para os bens destinados a utilização econômica no País, na forma do art. 6º; ou
II - em DSI ou DBA, conforme o caso, para os bens a que se refere o art. 4º.
Parágrafo único. A DI e DSI serão instruídas com os seguintes documentos:
I - conhecimento de carga ou documento equivalente;
II - fatura pro forma, quando for o caso;
III - cópia do RCR deferido pela autoridade aduaneira, se for o caso;
IV - TR correspondente ao valor dos impostos suspensos; e
V - documento comprobatório da garantia prestada, quando exigível.

O exame da conduta do apelante frente à legislação aplicável torna inegável a existência de falsa declaração de conteúdo, dado que se suprimiu da DBA a existência de mercadorias em importação. Por igual, na medida em que demonstrado que a EGO GALLERY LTDA. interpôs terceiro (irrelevante se com vínculo empregatício), em burla ao atendimento das prescrições determinadas pela legislação de regência (seja para o Regime Comum de Importação das mercadorias, ou para a concessão de Regime Especial de Admissão Temporária) que, exitosa, a ocultaria da fiscalização enquanto importadora, irretocáveis as imputações contidas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal 817600/SEBAG 005145/2011, com a consequente aplicação do perdimento das mercadorias, que, à luz do caso concreto, não se revela sanção desproporcional.

Neste liame, destaque-se a manifesta improcedência da alegação de que a sanção de perdimento de mercadoria prevista no Decreto-Lei 1.455/1976 não foi recepcionada pela Constituição, como já vislumbrado pelos julgados supratranscritos. Pelo contrário, a Carta Magna menciona expressamente a pena de perdimento de bens, sem qualquer vedação ao perdimento de mercadorias, na esfera administrativa:

Artigo 5 (...)
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos

Torrencial a jurisprudência quanto à constitucionalidade da sanção (grifos nossos):

AC 00309990320074036100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, e-DJF3 29/10/2015: "TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. DESTINAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. INEXIS-

TÊNCIA DE GARANTIA AO DUPLO GRAU EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FRAUDE. FATURA COMERCIAL FALSA. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. INFRAÇÃO PUNÍVEL COM *PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE*. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. PROCEDIMENTO PARA A DECLARAÇÃO E O CONTROLE DO VALOR ADUANEIRO. INAPLICABILIDADE. 1. O indeferimento de produção de provas desnecessárias ou inviáveis não configura violação à devido processo legal. 2. *Inexiste infringência à ampla defesa e ao contraditório em razão da ausência de previsão de recurso administrativo em face da decisão que apreciar a impugnação ao auto de infração - nos termos do art. 27, § 4º, do Decreto-lei nº 1.455/76 -, pois não há garantia do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa. Precedentes.* 3. Autuação lavrada em razão da constatação de falsidade em documento que instrui o despacho aduaneiro, com respaldo no art. 105, VI, do Decreto-Lei nº 37/66, art. 23, IV, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76 e do art. 618, VI, do Decreto 4.543/02 (Regulamento Aduaneiro). Infração punível com pena de perdimento. 4. *A pena de perdimento aplicada à mercadoria importada possui previsão no art. 5, XLVI, "b", da CF, e já foi declarada constitucional pelo Supremo. Precedente do STF e do TRF3*. 5. Os procedimentos de apuração de irregularidades e ilicitudes direcionados à aplicação da pena de perdimento dependem da configuração das hipóteses previstas na legislação aduaneira e fiscal que regem a matéria, e devem desenvolver-se mediante a instauração de contencioso administrativo, com estrita observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, do devido processo legal. Legalidade e regularidade da pena de perdimento aplicada e da destinação dos bens. 7. O procedimento para a declaração e o controle do valor aduaneiro de mercadoria importada, regulamentado pela Instrução Normativa nº 327/03, só tem cabimento nas hipóteses em que não haja indícios de fraude, sonegação ou conluio acerca do valor aduaneiro declarado. Precedentes desta Corte. 8. Agravo retido e apelação improvidos.

AMS 00074058120124036100, Rel. Des. Fed. MÔNICA NOBRE, e-DJF3 15/04/2015: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. - A teor do disposto no artigo 535 do CPC, somente tem cabimento os embargos de declaração nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II). - Não se presta ao manejo dos declaratórios hipótese na qual o embargante pretenda rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe caráter infringente, ou sua pretensão para que sejam respondidos, articuladamente, quesitos formulados. - A questão da decadência do direito da Fazenda Nacional aplicar a pena de perdimento deve observar os artigos 138 e 139 do Decreto nº 37, de 18 de novembro de 1966, sendo de rigor apurar a data da infração e da lavratura do auto de infração. - A situação da aeronave passou a ficar irregular no país após o decurso do prazo concedido para a sua reexportação, ou seja, a partir de 04/09/2003 (fls. 355/359). O auto de infração nº 0815500/01251-07 foi lavrado em 05/06/2007, após processo administrativo fiscal nº 10314.005730/2007-00 (fls. 60/64), concluindo-se, assim, que foi observado o prazo de 5 (cinco) anos para a imposição da pena de perdimento à impetrante, nos termos do artigo 139 do Decreto-lei nº 37, de 18/11/1966. - *Quanto à alegada impossibilidade de aplicação da pena de perdimento, em razão de suposta inconstitucionalidade, a jurisprudência já se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.455/76, que prevê o perdimento de bens importados com infração às normas aduaneiras, em face do disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, bem como a possibilidade de decretação pela própria administração. - Sem razão à impetrante quando afirma ser indevida a pena de perdimento no caso dos autos.* Constata-se, dos documentos juntados e fatos narrados, que a aeronave abandonada configura dano ao erário nos termos do artigo 23, inciso II, do Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976. O § 1º do referido dispositivo, por seu turno, prevê a pena de perdimento para tal infração. Não obstante, igualmente aplicável o artigo 105, inciso X, do Decreto-lei nº 37/66, que traz a mesma previsão legal ao caso sub judice. - Mesmo que opos-

tos os embargos de declaração objetivando ao prequestionamento, não há como se afastar o embargante de evidenciar a presença dos requisitos de que trata o artigo 535 do CPC. - As questões trazidas nos presentes embargos foram oportunamente enfrentadas, motivo pelo que não há falar em vícios a serem sanados. Apenas, deseja o embargante a rediscussão do mérito do recurso, o que não se admite em sede de embargos de declaração. Precedentes. - Embargos de declaração rejeitados.

AC 00182164420004010000, Rel. Juiz Conv. CARLOS EDUARDO CASTRO MARTINS, e-DJF1 28/06/2013: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA APREENDIDA. PENA DE PERDIMENTO. CABIMENTO. 1. *A pena de perdimento de bens tem aplicação nos casos de importação irregular de mercadorias e está inscrita no art. 105, X, do Decreto-Lei 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976. 2. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade dos Decretos-Leis 37/1966 e 1.455/1976, a luz da Constituição Federal de 1988. Precedentes.* 3. A aplicação da pena de perdimento, porém, deve observar o princípio do devido processo legal, consubstanciado no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. 4. Princípio do devido processo legal observado, tendo o contribuinte, inclusive, apresentado impugnação no processo administrativo. 5. O mandado de segurança é instrumento de garantia cabível para a proteção de direito líquido e certo, sendo inconcebível o manejo dessa via quando houver dúvidas quanto à certeza do direito ou de sua liquidez. 6. Ausência de prova de que a infração se deu por culpa de terceiros. 7. Apelação a que se nega provimento."

AC 00094557420094047000, Rel. Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, D.E. 14/04/2010: "TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ENDEREÇO CADASTRAL. INTIMAÇÃO VIA POSTAL FRUSTRADA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. 1. *O Egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da pena de perdimento por danos causados ao erário, por haver previsão expressa na CF de 1967 (RE nº 95.693/RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid). A falta de previsão expressa na CF/88 não importa concluir por sua inconstitucionalidade ou não-recepção.* Através do devido processo legal, o direito de propriedade pode ser restringido, porque não-absoluto. A validade do perdimento é nossa própria tradição histórica de proteção do erário. A aplicação do perdimento obedece à razoabilidade, pois a sua não-aplicação implica aceitar que alguns se beneficiem às custas de toda a sociedade. 2. A pena de perdimento, após a CF/88, é plenamente aplicável também no processo administrativo fiscal. 3. Frustrada a intimação pessoal do devedor, após diversas tentativas via postal, correta sua intimação por edital. 4. Ao sujeito passivo é imposto o dever de manter seu endereço atualizado, sendo irrazoável impor ao Fisco o dever de procurar os administrados para notificá-los em endereço diverso do fornecido. 5. Esta Turma tem se orientado no sentido de estabelecer a condenação em verba honorária no patamar de 10% sobre o valor da causa, quando a sentença é despida de eficácia preponderante de condenação, sendo admissível a análise, caso a caso, quando tal valor afigura-se exorbitante ou ínfimo. Verba honorária reduzida.

A alegação de que a pena de perdimento é confiscatória, por igual, não supera a jurisprudência colacionada. De todo o modo, para além de que a pena se aplica por fundamento que prescinde de qualquer incidência tributária (a existência de dano ao erário, como demonstrado, não pressupõe prejuízo de cunho financeiro), há que se ressaltar que, em verdade, a aplicação da pena de perdimento é incompatível com a exigência de crédito tributário: ainda que se considerasse ocorrido o fato gerador - não obstante jamais tenha sido preenchida, na espécie, qualquer DI ou realizado qualquer lançamento (artigo 19 do CTN c/c artigo 1º e 23 do Decreto-Lei 37/1966) -, a retenção dos bens, bem observada, suprime a base de cálculo do

tributo. Não por outro motivo, assim dispõem os artigos 1º, §4º, III, do Decreto-Lei 37/1966 e 71, III, do Regulamento Aduaneiro:

> Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional:
> (...)
> § 4o O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira
> (...)
> III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.
> Art. 71. O imposto não incide sobre:
> (...)
> III - mercadoria estrangeira que tenha sido objeto da pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.

O ponto em discussão, a propósito, foi devidamente elucidado nos autos 0005124-32.2011.4.03.6119, ação penal pública que tratou da imputação do crime de descaminho ao apelante TIAGO JOSÉ RIBEIRO. Assim asseverou o Juízo, em decisão interlocutória datada de 22/03/2012:

> A pretensão de que lhe seja oportunizada a extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo iludido e a alegação de que o encerramento do processo administrativo fiscal seria condição à justa causa revelam desconhecimento da configuração tributária do descaminho e dos tributos incidentes na importação, diferente daquela de outros impostos e contribuições, pois em casos tais os créditos fiscais não são mais exigíveis, cabendo tão somente a pena de perdimento, sanção pela frustração do controle aduaneiro. Nem poderia ser diferente, pois os fatos imponíveis somente se aperfeiçoam quando da ocorrência de seu aspecto temporal, mais especificamente o desembaraço aduaneiro, que inexiste nas hipóteses de descaminho.
> De fato, não se verificando no mundo dos fatos todos os aspectos da regra matriz de incidência tributária, notadamente o temporal, do qual se extrai o aperfeiçoamento do fato imponível, não há crédito tributário a ser exigido mediante lançamento, ainda que possa haver infração fiscal.Nesse sentido é a lição de Leandro Paulsen:
> (...) Não fosse isso, do perdimento decorre o perecimento da base de cálculo, na medida em que não teria o contribuinte qualquer incremento econômico capaz de justificar a tributação, sendo a exigência dos impostos ofensiva à capacidade contributiva e, portanto, confiscatória, em ofensa aos arts. 145, 1º e 150, IV, da Constituição. Dessa forma, havendo infração sujeita a perdimento, não há que se falar em exigência de tributos e, consequentemente, na possibilidade de seu pagamento. Tanto é assim que não havendo desembaraço aduaneiro e estando as mercadorias sujeitas a perdimento, seria ilegal o lançamento dos tributos ora discutidos e seu pagamento geraria direito à repetição. Ademais, o mero pagamento do tributo elidido, ao invés da pena de perdimento, seria verdadeiro estímulo ao descaminho, já que o infrator, a rigor, nada teria a perder com a prática do ilícito.
> Nesse sentido:
> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. DESCAMINHO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA EM RAZÃO DA NÃO CONSTITUIÇÃO DEFINTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PELA PENDÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. INVOCAÇÃO DO PRECEDENTE EXARADO NO HABEAS CORPUS 81.611. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. (...)6. Tal entendimento coaduna-se com a nítida função extrafiscal dos tributos incidentes sobre importações e exportações, ou seja, mais do que o interesse do Estado na arrecadação tributária, tais exações cumprem a função de instrumentos de implementação da política de desenvolvimento da indústria e comércio nacionais. 7. Bem

> por isso, o procedimento fiscal no caso de apreensão de mercadorias descaminhadas não visa a constituição do crédito tributário, mas sim a aplicação da pena de perdimento (artigo 23 e seguintes do Decreto-lei n 1.455/76) e, dessa forma, não há como aplicar-se o precedente do STF (HC n 81.611) posto que este restringe-se aos crimes contra a ordem tributária elencados no artigo 1 da Lei n 8.137/90, em que a lei objetiva coibir exclusivamente a sonegação fiscal. 8. Acrescente-se que os delitos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 são de natureza material - importando a necessidade de demonstração da ocorrência de resultado naturalístico, ou seja, da supressão ou redução do tributo devido - de forma que o procedimento fiscal visa à constituição do crédito tributário suprimido ou reduzido pelo agente e o crime do artigo 334 do CP, ao contrário, é de natureza formal. 9. Assim, não é de se exigir, para a ação penal por crime de descaminho, o encerramento da instância administrativa. Precentes deste Tribunal Regional Federal da 3a Região. 10. Ordem denegada.(Processo HC 200703000119925 - HC - HABEAS CORPUS - 27040 - Relator(a) JUIZ MÁRCIO MESQUITA - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador PRIMEIRA TURMA - Fonte DJU DATA:26/06/2007 PÁGINA: 259)

Por tais razões, improcedente também a pretensão subsidiária no sentido da liberação das mercadorias por eventual satisfação do crédito tributário, cumulado com a aplicação de multa percentual. Com efeito, a configuração do dano ao erário - fartamente demonstrada - submete os fatos a procedimento e sanção específicos, incompatíveis com o pedido referido. Note-se, ademais, que o caso não se compatibiliza com as hipóteses de conversão da pena de perdimento em multa, na forma do disposto no Decreto-Lei 1.455/1976 (grifos nossos):

> Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:
> (...)
> 3o As infrações previstas no *caput* serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, *quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida*, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972.

Por fim, patentemente infundada a alegação de violação ao sigilo bancário dos apelantes. Houve, diversamente, a consulta ao sistema RADAR (f. 71/2 e 255 e vº), que, conforme descreve o sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, "objetiva disponibilizar, em tempo real, informações de natureza aduaneira, contábil e fiscal que permitam à fiscalização identificar o comportamento e inferir o perfil de risco dos diversos agentes relacionados ao comércio exterior, tornando-se uma ferramenta fundamental no combate às fraudes". Pertinente que se reitere o posicionamento do Juízo de origem:

> A quebra de sigilo bancário não se configurou, vez que a autoridade aduaneira limitou-se a consultar os dados dos autores no sistema RADAR, não existindo divulgação a terceiros, nem mesmo foram utilizadas as informações consultadas como fundamento da autuação. Aliás, o sigilo fiscal, por razões óbvias, não se impõe à própria autoridade fiscal, que é quem, afinal, gerencia e alimenta o sistema e tem por atribuição precípua fiscalizar os contribuintes.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0020464-98.2015.4.03.0000 (2015.03.00.020464-0)

Agravante: ALTAMIRA IND. METALÚRGICA LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 36/37
Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE
Classe de Processo: AI 565296
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 557 DO CPC. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM SEDE DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 212 STJ. § 2º, ART. 7º DA LEI 12.016/2009. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- No caso, mesmo ainda que o juízo "a quo", na decisão ora vergastada, tenha reconhecido a existência de créditos tributários em favor da agravante, o enunciado da Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça, impede que seja realizada, nesta sede, a compensação com os débitos de IPI e COFINS que a ora agravante possui junto à Receita. Transcrevo a súmula: "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória".
- A indigitada súmula tem como lastro, ao menos no que diz respeito à liminar em mandado de segurança, o § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009, *in verbis*: "§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a *compensação de créditos tributários*, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza".
- Ainda mais restritivo, o artigo 170-A do CTN, introduzido pela LC nº 104, de 10.01.2001, sujeitou a compensação ao trânsito em julgado da decisão, na ação em que se discute a inexigibilidade do crédito tributário.
- Mesmo nos casos extremos, em que, em liminar, se reconheça a inconstitucionalidade de dado tributo, e consequentemente a realização de pagamentos indevidos pelo contribuinte, não se altera o entendimento da impossibilidade de compensação em sede precária. Precedentes.
- A questão discutida nos autos do agravo de instrumento cinge-se à possibilidade de concessão de medida liminar para garantir a compensação de créditos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança e não à questão inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Esta última não faz parte da irresignação da agravante tendo em vista que, nesse mister, o juízo "a quo" emitiu decisão favorável ao contribuinte.
- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a trazer argumentos que visam à rediscussão da matéria nele contida.
- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por ALTAMIRA INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA. contra a decisão monocrática de fls. 36/ 37, que negou seguimento ao agravo de instrumento por considerar incabível a compensação de débitos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança, com esteio na súmula 212 do E. STJ.

A agravante, em síntese, colaciona jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, argumentando que a decisão recorrida utilizou-se de decisões antigas, com entendimento diverso do atualmente adotado.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Não assiste razão à agravante.

A questão ora discutida foi objeto de análise nos presentes autos pela decisão monocrática de fls. 65/68, nos seguintes termos:

> O artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autorizando o relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
> E essa é a hipótese ocorrente nestes autos, tendo em vista que o presente recurso está em confronto com a jurisprudência pacificada e com súmula do STJ.
> No caso, mesmo ainda que o juízo "a quo", na decisão ora vergastada, tenha reconhecido a existência de créditos tributários em favor da agravante, o enunciado da Súmula 212, do Superior Tribunal de Justiça, impede que seja realizada, nesta sede, a compensação com os débitos de IPI e COFINS que a ora agravante possui junto à Receita. Transcrevo a súmula: "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória".
> A indigitada súmula tem como lastro, ao menos no que diz respeito à liminar em mandado de segurança, o § 2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009, *in verbis*:

"§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a *compensação de créditos tributários*, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza".

Ainda mais restritivo, o artigo 170-A do CTN, introduzido pela LC nº 104, de 10.01.2001, sujeitou a compensação ao trânsito em julgado da decisão, na ação em que se discute a inexigibilidade do crédito tributário.

Mesmo nos casos extremos, em que, em liminar, se reconheça a inconstitucionalidade de dado tributo, e consequentemente a realização de pagamentos indevidos pelo contribuinte, não se altera o entendimento da impossibilidade de compensação em sede precária. A propósito:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

Nos termos do art. 170-A do CTN, 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido. 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(REsp nº 1167039, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 02/09/2010)

Ante o exposto, nos termos do Art. 557, *caput*, do CPC, *nego seguimento ao agravo de instrumento*.

Comunique-se ao juízo "a quo".

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, apensando-se aos principais.

Publique-se. Intime-se.

Observa-se que a questão discutida nos autos do agravo de instrumento cinge-se à possibilidade de concessão de medida liminar para garantir a compensação de créditos tributários em sede de medida liminar em mandado de segurança e não à questão inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Esta última não faz parte da irresignação da agravante tendo em vista que, nesse mister, o juízo "a quo" emitiu decisão favorável ao contribuinte.

Deveras, as razões recursais não contrapõem os fundamentos do *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a trazer argumentos que visam à rediscussão da matéria nele contida.

Ademais disso, não vislumbro qualquer justificativa à reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental interposto, consoante fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

Sentenças

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
0014288-31.2008.4.03.6182

Embargantes: MARCOS TIDEMANN DUARTE E MARCELO TIDEMANN DUARTE
Embargada: FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2015

Trata-se de embargos à execução fiscal entre as partes assinaladas em epígrafe.

Os embargantes, ex-sócios de Hubrás Produtos de Petróleo Ltda., alegam, em síntese, que não podem ser responsabilizados por tributo confessado indevidamente; a inexistência de grupo econômico; a inobservância do devido processo legal na desconsideração da personalidade jurídica; o não-esgotamento dos meios ordinários para localização de bens da HUDSON/HUBRAS; a impenhorabilidade de bens declarados indisponíveis; a violação de princípios tais como a ampla defesa, vedação de confisco e proporcionalidade; a imprestabilidade de documentos juntados nos autos da execução fiscal; e a necessidade de extinção do executivo, porque declarada pelo STF a inconstitucionalidade de majoração de alíquota do FINSOCIAL, já reconhecida por sentença.

Recebidos os embargos com efeito suspensivo (fls. 107), da decisão foi interposto agravo de instrumento reproduzido a fls. 112 e fls. 475/481.

Em impugnação (fls. 127 e seguintes), a parte embargada alegou a intempestividade dos embargos, a impossibilidade de aceitar oferta de bens sem oitiva da parte exequente e a insuficiência da garantia. Ademais, argumentou no sentido da existência do grupo de empresas, fazendo de todos, inclusive os embargantes, sucessores da devedora tributária HUBRÁS.

Em réplica, a fls. 159 e seguintes, os embargantes aventaram prescrição, retorquiram às alegações da embargada e requereram a produção de prova técnica.

A fls. 301 deferi a prova pericial, limitando-a aos quesitos relacionados com a atividade do perito. Dessa decisão foi interposto agravo (fls. 300 e seguintes).

Os embargos de declaração opostos pela União em face da decisão de fls. 301 perdeu o objeto, como reconhecido a fls. 486/7.

A fls. 341 e seguintes foram juntadas pelos embargantes cópias de CDAs retificadas.

A fls. 369 e seguintes foi juntada a decisão do Agravo n. 2009.03.00.011405-5, deferindo os quesitos dos embargantes, "cabendo ao perito judicial, contudo, verificar os quesitos quais está habilitado a responder" (v. fls. 594/598).

Foram apresentados quesitos suplementares (fls. 619/624), os da parte embargante indeferidos a fls. 637 e 662; e os da embargada deferidos a fls. 671.

Foi produzido laudo pericial a fls. 697 e seguintes, sobre o qual se manifestaram as partes a fls. 751 e 796.

Vieram os autos conclusos para decisão.

É o relatório. DECIDO

DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS

A parte embargada equivoca-se quanto aos fatos e quanto ao Direito ao postular a intempestividade dos embargos. Os presentes estão garantidos por penhora formalizada

segundo termo reproduzido a fls. 343, lavrado em 29.02.2008 (registro em 10.02.2009). Os embargantes, a seu turno, foram citados por edital, para ofertar defesa no prazo de 30 dias, em 08.04.2008. Os embargos foram interpostos no trintídio que se seguiu ao esgotamento do prazo dilatório editalício, isto em 09.06.2008 e são, dessa forma, tempestivos. A admissão dos ora embargantes no pólo passivo da execução deu-se por redirecionamento, depois de formalizada a garantia, de modo que não há outra maneira de computar o lapso para ajuizamento dos embargos, senão na forma acima aventada.

DA PENHORA

A execução foi garantida por penhora de imóvel tomada por termo, lavrado em 29.02.2008 (fls. 343/344), correspondente à área rural da assim chamada "Fazenda Novo Horizonte", medindo 297ha30a, sob a matrícula n. 1.412 no Cartório de Registro de Sacramento, Minas Gerais. Permaneceu o bloqueio de pequenos valores em pecúnia conforme fls. 346 e seguintes. Ulteriormente, foi avaliado o imóvel rural em R$ 5.000.000,00 (28.08.2008 – fls. 840) e registrada a penhora em 10.02.2009. A garantia do Juízo foi regularmente estabelecida e os embargos, como já relatei, foram recebidos com efeito suspensivo.

Ocorre que a interposição dos embargos, mesmo que com efeito suspensivo, não impede a parte exequente de promover as medidas necessárias para complementação ou substituição da penhora. Como se sabe, a execução fiscal é processo que se inspira no rito de sua congênere civil, com a diferença de agregar certas prerrogativas ao exequente, não presentes na modalidade comum e que visam a tutelar de modo mais intenso e eficiente a dívida ativa. Isso, à consideração da especial sensibilidade e relevância social do crédito exequendo.

Dentre essas prerrogativas, está presente a de recusa à oferta de bens à penhora e de indicação pela entidade credora, ora embargada. Esse privilégio está implícito no art. 15, inc. I e II, da Lei n. 6.830/1980. Deriva da norma exposta que o devedor não é livre para substituir os bens penhorados, a não ser dentro de certas condições; já o credor-exequente tem o condão de requerer, a todo tempo, a substituição da penhora, sem a necessidade de alongar-se em justificativas, que não o interesse em ver a dívida ativa satisfeita.

Conclui-se a partir daí que a Fazenda Pública exequente detém o privilégio de indicar, originariamente, os bens que prefira ver penhorados, dentre eles valores em espécie, desprezando outros bens de menor liquidez, sem a obrigação de apresentar outras justificativas. Seria excessivo formalismo penhorar bem que a Fazenda já recusou, para em seguida desconstituir constrição e proceder outra.

Essa interpretação é confirmada pelo fato de que a escolha por numerário ajusta-se à ordem de preferência do art. 11, inciso I, da LEF. O dinheiro vem em primeiro lugar, à frente de imóveis, ações, títulos ou créditos. E não poderia deixar de ser assim, porque o valor em espécie é o mais líquido de todos os bens, evitando a necessidade de proceder-se outros atos de expropriação, como o leilão, a venda particular dos bens ou a adjudicação – todos eles complexos e extremamente onerosos para o Erário.

Mesmo na execução comum, a partir da reforma instaurada em 2006, o credor passou a ter a prerrogativa de indicar os bens que quisesse ver penhorados. Como se lê no art. 652 do CPC:

> O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
> § 1º. Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto

> e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
> § 2º. O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

O crédito fazendário não pode ser tratado com *status* inferior ao crédito civil. Quanto mais porque há lei expressa em sentido diverso. Decerto, esse dispositivo não é aplicável imediatamente à execução fiscal, mas bem mostra o quanto o estado da questão evoluiu, a ponto de que a lei não faça mais referência ao "direito" de o devedor oferecer bens à penhora.

São inúmeros os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, em que se admite que, na execução fiscal, pode o exequente recusar a oferta de bem por mera desobediência à ordem legal de penhora. Por todos, cito a seguinte ementa, porque alusiva a caso julgado no regime dos recursos repetitivos (art. 543-C/CPC) e, portanto, paradigma para julgamentos futuros:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE.
> 1. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito" (EREsp 881.014/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.03.08).
> 2. A penhora de precatório equivale à penhora de crédito, e não de dinheiro.
> 3. Nos termos do art. 15, I, da Lei 6.830/80, é autorizada ao executado, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, tão somente a substituição dos bens penhorados por depósito em dinheiro ou fiança bancária.
> 4. Não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF. 5. Recurso especial representativo de controvérsia não provido. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.
> (REsp 1090898/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009)

Segue-se um exemplo de como o E. STJ tem interpretado e aplicado seu próprio precedente:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRECATÓRIOS JUDICIAIS. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE INDICAÇÃO NÃO OBSERVADA. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.
> 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que é legítima a recusa da Fazenda Pública de bem oferecido à penhora quando não observada a ordem prevista nos arts. 655 do CPC e 11 da Lei n. 6.830/80, confirmada em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), no julgamento do REsp 1.090.898/SP, Rel. Min. Castro Meira.
> 2. O princípio da menor onerosidade do devedor, insculpido no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor, sendo indevida sua aplicação de forma abstrata e presumida, cabendo ao executado fazer prova do efetivo prejuízo.
> 3. O inconformismo posterior ao julgado da Primeira Seção "representativo da controvérsia" implica - em regra - na aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido, com aplicação de multa.
> (AgRg no AREsp 540.498/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014)

Conclui-se de todo o exposto que o credor da dívida ativa tem o direito de recusar indicação de bem que não se conforme à ordem legal de preferência; que, mesmo formalizada a penhora, pode pedir sua substituição discricionariamente (diversamente do devedor, que somente pode fazê-lo dentro de certas balizas; e que pode recusar a indicação de bem que torne a execução mais morosa e dispendiosa. Mas tudo isso pode e deve ser debatido nos autos da execução, pois, como já ficou devidamente registrado, nem mesmo o efeito suspensivo atribuído aos embargos impede a parte exequente de promover o que achar necessário no que se refere a garantia do Juízo.

O que não pode a exequente é alegar essa matéria nos embargos, desnecessariamente, porque tem a prerrogativa de postular tudo o que entender necessário quanto à complementação ou substituição da penhora nos autos do executivo fiscal. Havendo garantia, os embargos devem ser conhecidos, processados e julgados. Isso não tem relação com o fato de que a parte embargada possa discutir e promover o que entender de direito quanto à substituição ou complementação da constrição nos autos adequados.

Dessarte, rejeito a alegação de irregularidade da penhora, porque a embargada na verdade não tem interesse jurídico legítimo em apresentar essa questão aqui. Não estando satisfeita com a garantia tal como ela se encontra, pode a qualquer momento requerer o que for de seu interesse no âmbito do executivo fiscal. Seria exagerado, irrazoável e até contrário à boa-fé processual deixar de resolver o mérito com base em objeção que de outra forma e em outros autos pode ser ajustada, desde que o título executivo apresente-se em termos e não tenha sido desconstituído.

DA PRESCRIÇÃO

Antes de ingressar no mérito é necessário tratar da prescrição, questão que se conhece de ofício e aflorou na réplica e em manifestações posteriores.

Primeiramente, faço notar que a constituição dos créditos tributários deu-se em 08.05.1992 (notificação pessoal); foram inscritos em 15.04.1993 e a execução fiscal foi ajuizada em 21.01.1994, com citação postal da HUDSON/HUBRÁS em 12.03.1994 – havendo aqui interrupção da prescrição em face dela e dos solidários. Assim, de modo algum transcorreu o quinquênio prescricional anteriormente à citação e ao ajuizamento do feito (data para a qual a interrupção da prescrição retroage). Em 16.03.2000, houve adesão a parcelamento, com nova interrupção da prescrição. Permaneceu a prescrição suspensa até exclusão definitiva, em 01.05.2007. Vejamos então a questão da prescrição posterior à citação.

Basicamente, os sócios alegam que a execução fiscal iniciou-se contra a pessoa jurídica HUBRÁS em 21.01.1994 (citada em 12.03.1994) e que foram incluídos tão-somente em 12.12.2007, publicado o edital de citação em 08.04.2008 (fls. 370). Na sua versão, fluíram mais de cinco anos entre um fato e outro, o que seria suficiente para caracterizar a prescrição intercorrente.

Essa alegação, diante das peculiaridades do caso, consubstancia-se como argumento irrelevante.

A empresa originalmente executada HUBRAS PRODUTOS DE PETROLEO LTDA foi validamente citada em 12/03/1994 (fl. 13) e a data da citação interrompeu o curso da prescrição. Esta interrupção, efetuada em relação a um dos devedores, prejudica os demais por efeito da solidariedade.

O instituto da prescrição tem o objetivo de evitar duas circunstâncias, são elas: a inércia do credor e a perpetuação de relações obrigacionais. Assim sendo, a norma prescricional incide

para garantir a segurança jurídica, nos casos em que ocorre inércia do credor.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não basta apenas a citação da pessoa jurídica devedora para se fixar o termo *a quo* da prescrição em relação ao sócio. Também deve ser caracterizada a inércia da Fazenda Pública, quanto ao pleito de inclusão dos sócios corresponsáveis no pólo passivo do feito, conforme se observa no aresto abaixo colacionado.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.
> 1. O Tribunal de origem reconheceu, in casu, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.
> 2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.
> 3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. *Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica*. Aplicação do princípio da *actio nata*.
> 4. Agravo Regimental provido.
> (AgRg no REsp 1062571/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 24/03/2009) (Grifo nosso)

Em julgados anteriores considerei apenas a data da citação da pessoa jurídica para aferir o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional em relação aos sócios. Melhor refletindo sobre o tema, verifiquei que, de fato, há situações em que realmente na data da citação a exequente pode requerer a inclusão dos sócios no pólo passivo do feito executivo. Observei, todavia, que em diversas situações a constatação da ocorrência da dissolução irregular ocorre durante o curso do feito executivo. Nestes casos, somente quando verificada a dissolução irregular (ou outro fato jurígeno de corresponsabilidade tributária) é que a exequente pode pugnar pela inclusão dos sócios no pólo passivo da ação de execução fiscal.

Trata-se de situação ligada à responsabilidade derivada de dissolução de fato da sociedade empresária executada; portanto, deve-se levar em consideração o momento em que restou caracterizada nos autos a justa causa/pretensão para o redirecionamento do feito contra os representantes legais, em casos comuns, o exato momento em que ficou configurada a paralisação das atividades empresárias (isso, no redirecionamento motivado por esse título jurídico).

O caso dos autos não é, de modo algum, comum. Trata-se, em tese, de grupo econômico que praticou supostas operações fraudulentas com o objetivo de elidir a aplicação da lei e a parte exequente-embargada só teve ciência do complexo de fatos envolvidos já em pleno curso do feito. Portanto, a tese dos embargantes é completamente equivocada e não se pode contar a prescrição do modo simplista como postulam.

E há outro fator autônomo a ser considerado.

Embora a situação do caso em concreto, responsabilidade solidária por reconhecimento de existência de grupo econômico, seja muito peculiar, devem ser observadas, no curso do processo, as hipóteses de suspensão do feito, bem como se houve inércia da exequente, para análise da ocorrência de decurso do prazo prescricional.

Verifica-se que a execução ficou suspensa nos períodos de: (i) 31/08/1994 a 17/05/2004, por conta da decisão de fls. 27 e adesão ao parcelamento REFIS e (ii) 04/05/2005 a 11/12/2007, pela reinclusão no parcelamento até o pedido de prosseguimento do feito em face da pessoas constantes no grupo econômico. Considerando o termo *a quo* anteriormente mencionado (12/03/1994), bem como os períodos em que a execução permaneceu suspensa (*31/08/1994 a 17/05/2004 e 04/05/2005 a 11/12/2007*), constata-se que não ocorreu a prescrição para o redirecionamento do feito, deferido em 12/12/2007, porque não decorreu o lapso prescricional de 5 (cinco) anos estabelecido pelo artigo 174 do CTN. Em outros termos: não houve paralisação da execução pelo prazo necessário e por motivo imputável à exequente.

Assim, duas razões independentes se somam para rejeitar a intercorrência de prescrição em face dos sócios: (a) sua responsabilidade só foi apurada depois de iniciada a execução e, em parte, por conta dos fatos passados no curso do feito – e a prescrição não pode iniciar-se antes disso, em face dos corresponsáveis; (b) a execução jamais ficou paralisada pelo tempo indispensável à caracterização da prescrição por razão que se possa imputar à parte exequente-embargada.

Rejeito essa prejudicial de mérito.

MÉRITO: OBJETO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL, COBRADA À ALIQUOTA DE 0,5%

A dívida ativa inscrita sob o n. *80.6.93.001756-05*, a partir do procedimento administrativo n. *10880.019204/93-18*, refere-se à cobrança da contribuição para o fundo de investimento social competente ao período de 1991 (janeiro-dezembro), vencida entre 15.02.1991 e 08.01.1992.

Os valores originais foram retificados em 29.10.1996, com o fito de adaptar a exigência à decisão do E. STF que julgou inconstitucional a majoração de alíquota do FINSOCIAL para além de 0,5%, do que resultou a retificação e substituição da certidão de dívida ativa.

O Laudo pericial confirmou a cobrança dentro dos termos considerados constitucionais pelo E. STF, após retificação promovida pela Divisão de Arrecadação da DRF/SP/Centro-Norte, conforme fls. 710/11.

MÉRITO: OS SÓCIOS E A CONFISSÃO DE DÉBITO. *RES INTER ALIOS ACTA*. CONTESTAÇÃO DO FINSOCIAL. ARGUMENTO IRRELEVANTE.

Os embargantes procuram descaracterizar sua pertinência passiva com a execução fiscal com o argumento de que não confessaram o débito; pelo contrário, opuseram-se a ele, tanto assim que manejaram embargos, antes de alienar a HUDSON/HUBRÁS para discutir a majoração da contribuição ao FINSOCIAL. Foram beneficiados por sentença favorável e não podem ser responsabilizados – dizem – por "erro" dos administradores que sobrevieram, "erro" esse consistente em confessar o débito, para fim de adesão ao REFIS (programa do qual a empresa foi excluída, dando azo ao prosseguimento da execução fiscal). Nessa linha de raciocínio, a confissão faria prova contra o confitente, não podendo servir como subsídio para incluir no pólo passivo da execução antigos sócios da pessoa jurídica.

De fato a pessoa jurídica HUBRÁS aderiu ao REFIS em 16.03.2000, sendo excluída provisoriamente em 01.04.2004 e definitivamente em 1º de maio de 2007.

Ocorre que toda essa argumentação é irrelevante. Ela consubstancia-se em falácia conhecida por essa denominação – argumento irrelevante - e portanto em uma distração do verdadeiro foco da discussão. Dita falácia consistem em apontar "razões sem razão" ou, dito de modo mais específico, levantar objeções fundadas em fatos ou interpretações estranhas ao objeto autêntico do debate. As premissas discutidas pelos embargantes são dessa natureza:

não têm nenhuma relação, senão aparente, com o motivo que levou à sua responsabilização. A execução fiscal não foi redirecionada em face de diversos sujeitos passivos – dentre eles os ora embargantes – por conta da confissão de débito inerente à adesão em programa de parcelamento de dívidas. Esse redirecionamento decorreu de causas posteriores, causas essas que se configuram como títulos jurídicos capazes, em tese, de atrair a responsabilidade de administradores e de terceiros. Tais títulos foram inicialmente declinados – mas de forma ainda preambular, sujeita a confirmação em outro julgamento, agora à luz do contraditório – por decisão devidamente fundamentada, atendendo a parte legítima para esse requerimento. Assim, os embargantes não figuram no pólo passivo da execução, nem por consequência direta da confissão de dívida, nem por conta do eventual resultado da demanda em que se discute a legitimidade do FINSOCIAL majorado. Mas por fatos e por fundamentos jurídicos estabelecidos em Juízo posteriormente.

Por outro lado, atacar a legitimidade da confissão de dívida inerente ao parcelamento é um contrassenso. E não se trata de confissão "judicial", mas de confissão feita no âmbito administrativo. A confissão de débito é um aspecto negocial do parcelamento tributário perfeitamente legítimo. Até mesmo no direito privado, no campo das obrigações civis, é exigência pertinente e legítima do credor a confissão de dívida, como requisito para que a moratória seja concedida. No âmbito tributário, essa precondição é instituída na legislação esparsa que regula o parcelamento dessa natureza, cláusula bastante vulgar e que nunca foi impugnada por si. Espera-se que o devedor, ao solicitar leniência para com sua demora, ao menos se abstenha de discutir a dívida – e portanto a confesse explicitamente – pois do contrário agiria contra fato próprio, em evidente má-fé. Há pertinência na afirmação de que, na origem, o parcelamento configurou ato jurídico *inter alios* e, naquele momento, não afetou os embargantes; mas depois disto estes foram chamados por título jurídico diverso e nesse sentido, o parcelamento e confissão nele imbricada pode, sim, produzir efeitos indiretos sobre os sócios e terceiros, desde que determinado o fundamento legal para a responsabilidade. Em outros termos: o parcelamento afeta o sujeito passivo direto, mas não foi por conta dele, por si só, que os sujeitos indiretos foram chamados para a execução fiscal. Então, não faz sentido impugnar o ato jurídico que se deu no passado e não teve relação direta com a responsabilidade.

Quanto à impugnação judicial do FINSOCIAL, o mais importante, com relação a esse debate, é que o débito já passou por revisão, de modo que o tributo em cobrança hoje corresponde ao FINSOCIAL não majorado – ou seja, cobrado à alíquota de 0,5%. Dita revisão foi confirmada pelo trabalho pericial, tal como se encontra a fls. 717: "...a Divisão de Arrecadação da Delegacia da Receita Federal em São Paulo/Centro-Norte reexaminou, em 29 de outubro de 1996, o processo administrativo e retificou os valores exigidos a título de FINSOCIAL, aplicando aos fatos geradores a alíquota de 0,5%." (resposta ao quesito n. 05 da parte embargante). Confira-se, também, fls. 344/358. Essa constatação esvazia completamente de objeto e propósito a alegação de defesa, pois o que se encontra hoje em curso de cobrança é a parcela incontroversa da contribuição, quanto à constitucionalidade.

MÉRITO: DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EMBARGANTES RESPONDEM NOS TERMOS DO ART. 135, III, CTN. EMPREGO DE "TESTA-DE-FERRO", COM A FINALIDADE DE ESVAZIAR A EXECUTADA PRIMÁRIA.

Registro inicialmente que a decisão que levou ao redirecionamento da execução fiscal em face dos embargantes foi exarada nos seguintes termos:

> A executada é grande devedora da previdência social (em mais de um bilhão de reais) e encontrava-se ativa no REFIS, pagando mensalmente quantia irrisória (R$ 200,00), o que provocou fiscalização destinada a apurar seu real faturamento.

> Quando dessa diligência, aferiu-se que realmente a HUBRAS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA. registrava ínfimo faturamento, o que constrasta fortemente com o sucesso e a notoriedade das atividades econômicas agasalhadas pela marca HUDSON.
> A parte exeqüente logrou demonstrar, em bem compilada análise, o seguinte:
> que se trata de grande conglomerado econômico, reunindo mais de uma dezena de empresas controladas pelo mesmo grupo familiar (Tidemann);
> que a HUBRÁS começou a ser esvaziada no início dos anos 1990, retirando-se os irmãos MÁRCIO, MARCOS e MARCELO TIDEMANN e abandonando-a em mãos de "laranjas" (incluindo nisso uma empresa offshore);
> que em sequência foram compostas outras sociedades, componentes do mesmo grupo econômico, com o objetivo de absorver os ativos e marcas, inclusive substancioso acervo imobiliário;
> que tais operações societárias e alienações tiveram por objeto reduzir a HUBRÁS à insolvência, explorando-se a mesma atividade econômica sob outras denominações.
> Acolho, como razão de decidir, a manifestação da exeqüente, amparada em copiosa documentação, no sentido de serem aplicáveis à espécie dos autos os arts. 132 e 133/CTN; bem como ser o caso de responsabilização dos gestores pelos atos descritos no art. 135/CTN.
> Pelo exposto, defiro os pedidos de fls. 169/170. Há grande perigo de ineficácia da decisão, caso não adotem de imediato as providências alvitradas. Determino, pois, que se cumpram as providências constantes das letras "c" a "g", do petitório referido, em caráter cautelar e urgente, expedindo-se em ato contínuo os mandados de citação pertinentes (letras "a" e "b").
> (fls. 172 do executivo fiscal n. 0500861-86.1994.403.6182).

Por consequência a responsabilização dos sujeitos passivos indiretos tem como base dois grupos de fatos e respectivas consequências jurídicas: (a) a formação de grupo econômico de fato, cujo objetivo imediato era o de esvaziar patrimonialmente a pessoa jurídica HUDSON/HUBRÁS e frustrar o pagamento de seu elevado passivo tributário; e (b) os atos antijurídicos (atos simulados) cometidos pelos gestores daquela pessoa jurídica, também dirigentes do grupo econômico, com idênticos objetivos.

Esses fundamentos são interligados, mas independentes. Provado qualquer desses complexos de fatos, haveria responsabilidade tributária dos antigos gestores, nos termos do art. 135, III, CTN.

Estabeleço, primeiramente, os fatos que restaram incontroversos:

1) MARCOS e MARCELO TIDEMANN DUARTE foram sócios da antiga HUDSON Brasileira de Petróleo LTDA, sob o CNPJ n. 60.850.518/0001-46, depois HUBRÁS Produtos de Petróleo LTDA;

2) Os irmãos TIDEMANN DUARTE alienaram a empresa ao grupo liderado por PETROINVESTMENT S.A., por alteração contratual arquivada no Registro de Empresa sob o n. 132574/95-0, em 06.04.1995 (data do registro), isso, após a citação da HUDSON ocorrida em 12.03.1994.

É claro que esses fatos (1) e (2), em si não são suficientes para caracterizar a responsabilidade tributária. Aliás, o STJ tem jurisprudência firme no sentido que o mero fato de haver um grupo econômico, de fato ou de direito, por si só, não implica em responsabilidade para fins tributários. Então deve-se prosseguir com o desvelamento dos demais fatores que, na espécie dos autos, justificam o redirecionamento do executivo fiscal. Tais fatores coincidem, substancialmente, com o que se havia constatado à época da decisão que determinou a inclusão dos embargantes no pólo passivo da execução.

1º) Os ativos da HUDSON/HUBRÁS, executada primária, foram transferidos para outras

pessoas do grupo, tornando-a insolvente perante o Fisco, como segue:

- A marca HUDSON foi vendida à PETROPRIME Representação Comercial de Combustíveis Ltda. antes mesmo (03.09.1992) da alienação daquela empresa à PETROINVESTMENT S.A. (06.04.1995). Essa adquirente da marca, a PETROPRIME, por sua vez, era integrada pelos irmãos TIDEMANN DUARTE (fls. 543). Dita PETROPRIME, posteriormente, em 2004, alienaria a marca HUDSON à ATINS PARTICIPAÇÕES LTDA. (fls. 542), das quais eram sócias as filhas do embargante Marcos Tidemann Duarte.

- Imóveis da HUBRÁS foram alienados, por valores baixos, a empresas "offshore" (Shoobai Finance & Investment Corp e Paramount Group Inc., ambas sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas) entre 1994 e 1996 (cf. inquérito policial n. 2006.70.00.006224-1 – 2ª VF Criminal de Curitiba - PR e escrituras constantes do volume anexo); posteriormente, foram revendidos para integrantes do grupo de empresas. Na primeira metade da década de 1990, a utilizadora dos imóveis da antiga HUDSON era a PETROPRIME (fls. 543/559).

- Em outras palavras, os ativos mais significativos da HUDSON/HUBRÁS foram alienados em preparação à transferência para a PETROINVESTMENT, que assim adquiriu uma empresa esvaziada em termos patrimoniais, assumindo, estranhamente, todos os passivos pendentes (fls. 268/273). Fica claro, por conta da extravagância desse negócio jurídico, tratar-se de simulação grosseira. O papel posterior da controladora, a PETROINVESTMENT, foi o de "carregar" a empresa HUBRÁS, então virtualmente uma empresa "fantasma", para que esta pedisse adesão ao REFIS, inclusive arrolando para esse fim imóveis alienados por ela mesma às *offshores*.

2º) No entanto, os TIDEMANN DUARTE prosseguiram na exploração do ramo de combustíveis, controlando a marca HUDSON e os bens imóveis anteriormente alienados, com o propósito, agora claro, de esvaziar a HUBRÁS, em face da qual não seria possível excutir nenhum ativo apreciável.

3º) Essa mesma prática de esvaziar empresas com passivo fiscal expressivo foi repetida outras vezes, com, por exemplo, com a PETROPRIME. Segue-se a isso – como também ocorreu com a HUBRÁS – a inatividade da empresa irregularmente dissolvida (existente apenas "no papel", no registro) e a continuidade da exploração, no mesmo ramo econômico, por outras sociedades para tal finalidade constituídas, sob o controle dos embargantes ou de parentes seus.

4º) Fica clara a intenção de, com essas operações, paralisar na prática as atividades da HUBRÁS, após a saída dos TIDEMANN DUARTE, tanto assim que ela não foi localizada em sua sede; passou a recolher valores inexpressivos ao REFIS (decorrência da ausência de faturamento) e da ausência de lucros remetidos à controladora PETROINVESTMENT (fls. 511/538).

Em conclusão, os embargantes, antigos titulares da HUDSON/HUBRÁS, seguiram um *iter* nada original e bastante conhecido com a finalidade de frustrar a cobrança de passivos fiscais:

a) Dilapidação patrimonial da HUBRÁS (marca e imóveis);

b) Saída da HUBRÁS, com emprego de sociedade estrangeira (PETROINVESTMENT) como "laranja";

c) A função do "laranja", que adquiriu virtualmente nada, por meio de negócio jurídico extravagante e com fins atípicos, seria a de manter a HUBRÁS, esvaziada de bens, faturamento e operações, no programa de parcelamento, vertendo valores não substanciais;

d) Os ativos mantiveram-se sob o controle indireto da família TIDEMAN DUARTE, assim como a marca e as operações no ramo de combustíveis e derivados;

e) A HUBRÁS foi mantida como empresa existente meramente no registro, incapaz de responder por sua volumosa dívida.

Em outros termos, os antigos sócios, aqui embargantes, promoveram operações societárias e alienações patrimoniais com o fito de provocar situação idêntica à da inatividade pura e simples, sem a dissolução regular da pessoa jurídica e o pagamento de credores – principalmente o Fisco – incidindo, diretamente, na responsabilidade pessoal de que cuida o art. 135-CTN. Os atos praticados pretendiam dar cobertura ao resultado ilegítimo. A alienação da HUBRÁS recai tipicamente na definição de simulação do direito privado, pois visava lançar um véu sobre a intenção real das partes. Pois bem, o redirecionamento da execução fiscal e seus consectários legais para o administrador da pessoa jurídica empresária somente é cabível quando reste demonstrado que aquele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, sendo uma dessas hipóteses a dissolução irregular da empresa. São inúmeros os precedentes do E. STJ nesse sentido, valendo citar, por economia: RESP n.º 738.513/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.10.2005; REsp n.º 513.912/MG, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25/10/2004. A dissolução irregular dissimulada pode ser aferida, em termos práticos, pelos elementos já colacionados nestes autos e nos autos do executivo fiscal. Constatada a inatividade e a dissolução sem observância dos preceitos legais, configura-se o ato ilícito correspondente à hipótese fática do art. 135-CTN. Nem por isso será o caso de responsabilizar qualquer integrante do quadro social. É preciso, em primeiro lugar, que o sócio tenha poderes de gestão (ou, como se dizia antes do CC/2002, "gerência"). Ademais, o redirecionamento será feito contra o sócio-gerente ou o administrador contemporâneo à ocorrência da dissolução. Essa, a orientação adotada pela Seção de Direito Público do STJ, no julgamento dos EAg 1.105.993/RJ. Nesse mesmo sentido: REsp 1363809/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 13/06/2013. No caso, embora a empresa nominalmente esteja ativa, o que se verifica é que sua dissolução data da época da transferência ao "testa-de-ferro" (*in casu*, uma pessoa jurídica estrangeira). Assim, estão postos e reunidos todos os elementos necessários para a responsabilização dos sócios que: a) o eram ao tempo da acumulação do passivo tributário; e b) esvaziaram a empresa e a transferiram ao "testa-de-ferro" por intermédio de negócio simulado, seguindo-se situação prática análoga à da inatividade. Esse último dado é importante, pois a HUBRÁS permaneceu por algum tempo em programa de parcelamento tributário e sua "sobrevida" tinha como propósito que o passivo devido jamais fosse saldado – já que ela não dispunha mais de patrimônio para esse fim. Todo o esquema foi descoberto posteriormente à ruptura e exclusão final do REFIS.

Quanto ao laudo pericial, só poderia mesmo manifestar-se sobre questões estritamente técnicas, quais sejam, aquelas que foram expressamente respondidas pelo Sr. Perito. Se houve dissolução irregular (na verdade, houve uma situação prática análoga a ela), isso é uma questão de mérito a ser "respondida" pelo Juízo, pois envolve julgamento de valor e de legalidade de atos; da mesma forma, são questões de mérito: se há prova de ato cometido "*ultra vires*" (há prova de ato simulado e essa é típica questão reservada ao Juízo). Da mesma forma: se há prova de grupo econômico ou de conluio para fraudar tributos (matéria igualmente reservada ao Juízo). Se há identificação dos responsáveis solidários na autuação e outros documentos e quando ocorreu o redirecionamento são questões documentadas nos autos, que prescindem de conhecimento técnico e podem ser averiguada pelo mero exame visual de elementos materiais.

MÉRITO: SUPOSTA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO E ADJETIVO. IMPROCEDÊNCIA DESSAS ALEGAÇÕES

Em continuação ao raciocínio exposto, é preciso enfrentar, porque relevante, a argumen-

tação dos embargantes no sentido de que princípios constitucionais obstariam a inclusão dos sócios no pólo passivo da execução, em especial o princípio do devido processo, da ampla defesa e do contraditório. Essa argumentação vem aliada à consideração de que nos procedimentos instaurados não houve a participação dos embargantes. Aparentemente, então, sua responsabilização seria vedada à luz do julgado pelo E. STF no âmbito do Recurso Extraordinário n. 608.426-PR e outros precedentes na mesma toada. Por decorrência, seria ilegal a já referida inclusão com base nos arts. 132, 133 e 135 do CTN.

Tais ilações são incorretas e o(s) precedente(s) aventado(s) podem deixar de orientar o julgamento do caso presente por força de *distinguishing*. Ou, o que é dizer o mesmo, o caso dos autos é singularmente diferente e nele não se pode afirmar que a falta de participação dos sócios (ou de outros membros do grupo econômico) implicaria em defeito insanável, ilegalidade ou inconstitucionalidade.

O julgado citado (que orienta outros na mesma linha e por isso é tomado como paradigma) tem a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa (Fls. 853), o lapso resume-se à declaração lateral (obiter dictum) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-02 PP-00356 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633)

Esse é, portanto, um aresto de importância excepcional, pois nele se contem, ainda que sucintamente, as seguintes diretrizes: (a) todos os sujeitos passivos devem ser convocados ao processo de constituição do crédito tributário; (b) a autoridade administrativa deve conferir-lhes chance de alegar e provar o quanto necessário; e (c) deve ainda motivar devidamente a decisão administrativa, tanto em relação aos sujeitos passivos diretos, quanto aos indiretos. Dada essa relevância, foi aqui mencionado em lugar de outros precedentes invocáveis, no mesmo sentido.

Mas é claro que tudo isso só pode ocorrer se os fatos que implicam no acertamento do tributo devido e na constatação da responsabilidade tributária já estavam consumados, de modo que a autoridade administrativa pudesse deles conhecer quando da instauração do processo administrativo. O corresponsável tributário só pode ser convocado ao contraditório, à ampla defesa, ao recurso etc. em relação a fatos já exauridos, dos quais o Fisco já pudesse ter pleno conhecimento.

Deve recordar-se na sequência que o tributo em cobrança (FINSOCIAL) foi constituído por decorrência do PA. 10880.019204/93-18, em que foi lavrado termo de diligência e intimação n. 93/94 e intimação, para determinar que a HUDSON sonegou em sua escrituração fiscal o valor dos repasses ao FUP/FUPA, incidindo sobre eles diversos tributos, inclusive o FINSOCIAL (Laudo pericial, fls. 716). Naquele momento, não havia sequer ocorrido grande parte dos fatos que levaram à invocação do art. 135-CTN ou à constatação da existência de grupo econômico de fato. Esses fatos ocorreram posteriormente e não eram de conhecimento da autoridade administrativa. Então não havia um processo ou procedimento do qual os demais implicados nas fraudes subsequentes houvessem de participar por força dos princípios já elencados.

O "procedimento" juntado aos autos por meio da formação de anexo é esclarecedor quanto ao *modus operandi* da HUDSON/HUBRÁS – que convenientemente "extraviou" documentação fiscal lá exigida. As outras fraudes – não discutidas naquele procedimento - iniciaram-se em função do insucesso da HUBRÁS na tentativa de sonegar tributos e não poderiam ser apuradas naquele instante. Portanto, não há, no que se refere ao lançamento do tributo em discussão, um processo ou mesmo procedimento de que os sócios e demais membros do grupo econômico de fato devessem participar. Por aí se vê que é irrelevante a argumentação calcada em devido processo legal (ou em outros princípios nele absorvidos), dadas as peculiaridades da constituição do crédito tributário e da constatação da corresponsabilidade na espécie. O mesmo se diga das demais peças juntadas aos autos, inclusive as de inquérito policial, que visavam apenas corroborar as alegações da Fazenda Nacional quanto à formação do grupo e dos atos simulados praticados – eram simples provas do alegado e não processos – ou procedimentos – dos quais os embargantes tivessem, necessariamente, de integrar ou participar.

Quanto ao pedido de parcelamento, bem como a sua ruptura, essas circunstâncias antecederam, mas não foram a causa da inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal. Esse ponto já foi explicado em tópico anterior.

Pelo exposto, vê-se que não havia outra oportunidade possível para discutir os atos fraudulentos, o débito em si e a formação do grupo econômico de fato que não fosse a da própria execução fiscal, em que isso ocorreu dentro da medida em que diversas objeções de pré-executividade foram opostas e juntada. Ou a ocasião dos embargos. Em umas e em outros foi garantido o contraditório e a ampla defesa, respeitadas as peculiaridades de cada feito. No feito executivo, isso foi garantido de modo mais limitado, como é cediço. Mas, nos embargos interpostos, têm-se conferido aos diversos integrantes do grupo econômico amplo debate das respectivas posições jurídicas. Isso incluiu não apenas a responsabilidade tributária, como também a própria legitimidade da contribuição em cobrança.

Na verdade, a alegação de desobediência aos princípios constitucionais é ela mesma feita em espírito de má-fé – é dizer, a parte pretende beneficiar-se da sua própria torpeza. Foram praticados atos destinados a elidir a cobrança do tributo em seguida ou posteriormente ao levantamento do tributo devido e que, por uma simples questão de cronologia, não poderiam ser discutidos no tempo em que se iniciou o lançamento. E os embargantes querem alegar essas mesmas práticas fraudulentas com o objetivo de beneficiar-se com a exclusão da responsabilidade tributária. Evidentemente, o Juízo não pode dar ouvidos a tais alegações maliciosas.

A alegação de maltrato aos princípios da vedação de confisco e da proporcionalidade também não colhe frutos. Seja porque os capítulos anteriores desta sentença já demonstraram que não foi assim, seja porque os embargantes não fizeram esforço de demonstrar analiticamente a pertinência desses argumentos, que não passam de erística vazia de substância.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS e SUBSISTENTE O TÍTULO EXECUTIVO. Deixo de condenar a embargante ao pagamento de honorários advocatícios por força do encargo legal do Decreto-lei n. 1.025/69, incidente na espécie e que faz as vezes de sucumbência. Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, em que se prosseguirá. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo; observadas as cautelas de estilo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

São Paulo, 28 de outubro de 2015.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

PROCEDIMENTO ORDINáRIO
0005611-02.2011.4.03.6119

Autor: GENERALI BRASIL SEGUROS S/A
Réu: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA INFRAERO GUARULHOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015

1- RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária interposta por GENERALI BRASIL SEGUROS S/A em face da INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, por intermédio da qual requer o ressarcimento por danos materiais no valor de R$132.045,02 (centro e trinta e dois mil e quarenta e cinco reais e dois centavos), devidamente atualizada desde a subrogação, em 04/11/2010, acrescida de juros de mora desde a citação, além do ônus da sucumbência.

Sustenta a autora, em suma, que mantém contrato de seguro do ramo transporte internacional com sua segurada e esta lhe informou a respeito da importação e embarque de uma remessa de reagentes utilizados em laboratórios médicos. Aduz que a segurada cumpriu todas as exigências atinentes à importação da mercadoria, que foi remetida pelo aeroporto de Miami/EUA, com escala no aeroporto de Guarulhos e posterior encaminhamento ao aeroporto internacional de Campo Grande/MS.

Informa que o negócio foi formalizado por meio do conhecimento aéreo internacional de transporte de carga nº MAWB 957-84921082, emitido pela empresa aérea Tam, e HAWB 21210-07091, emitido pela Transgroup International.

Salienta que a carga foi recebida pela empresa aérea em perfeito estado e assim também foi entregue à ré, na qualidade de depositária aeroportuária obrigatória. A mercadoria, embarcada em 19/07/2010, chegou em Guarulhos no dia 21/07/2010, sendo imediatamente encaminhada para o depósito da ré.

Aduz que a mercadoria, por motivos ignorados, foi extraviada nas dependências da ré entre 21/07/2010 e 09/08/2010, período no qual não esteve armazenada em câmara fria e em temperatura de -20°C, como deveria. Em 12/08/2010 a mercadoria chegou ao aeroporto de destino, em Campo Grande, onde foi submetida a armazenamento correto.

Em razão da impossibilidade de verificar se a mercadoria esteve armazenada corretamente no período em que esteve extraviada, a ANVISA expediu relatório de inspeção sanitária, com posicionamento negativo, o que levou o importador a realizar pré-vistoria e vistoria oficial junto a Delegacia da Receita Federal para apuração das causas e responsabilidades pelo evento danoso. Afirma que os profissionais técnicos constataram que a carga estava imprópria para uso, apresentando indicador sensível de PH e coloração diversa da habitual.

Sustenta a responsabilidade da ré ao permitir o perecimento dos volumes, aduzindo ainda que nenhuma avaria foi constatada por ocasião da descarga, não existindo ressalva de avarias no sistema SISCOMEX/MANTRA da ré. Além disto, por ocasião da vistoria oficial, realizada pela Receita Federal, foi declarada expressamente a responsabilidade da ré pelo perecimento da carga.

Salienta a responsabilidade objetiva da ré nos danos ocorridos, na condição de depositário da carga, invocando os preceitos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Com a petição inicial vieram procuração e os documentos de fls. 19/64. Dentre os quais:

(a) apólice de seguro fls. 22/43;

(b) conhecimento de frete aéreo - nº 21210-07091, datado em 19/07/2010 (fls. 44);

(c) fatura comercial internacional, datada de 19/07/210 (fls. 45);

(d) declaração de importação nº 10/0429007-9, datada em 11/08/2010 (fls. 47);

(e) Folha de controle de Carga da TAM CARGO (fls. 48);

(f) Relatório de Inspeção Sanitária (fls. 49/50);

(g) Vistoria Aduaneira (fls. 51/56)

(h) Comprovante de que a autora pagou o sinistro a sua segurada (fls. 57/58);

(i) Ofício de tentativa de composição com a INFRAERO (fls. 59/65)

Em cumprimento à determinação de fl. 70, a autora recolheu as custas processuais (fls. 71/72).

Após a apresentação de cópia de processos, foi afastada a possibilidade de prevenção, determinando-se a citação (fl. 156).

Citada (fl. 160), a ré apresentou contestação (fls. 161/166), seguida de documentos (fls. 167/200). Na contestação a INFRAERO sustentou: (I) "embora a carga tenha chegado ao Aeroporto de Guarulhos no dia 21.07.2010, efetivamente não foi entregue para armazenamento na mesma data. E, estranhamente os responsáveis pela carga iniciaram a busca somente a partir do dia 23.07.2010, quando o efeito do gelo seco colocado na embalagem já havia cessado e a carga ainda não havia sido recebida pela INFRAERO"; (II) que a carga é de responsabilidade do transportador até efetiva entrega ao depositário para o armazenamento; (III) que a INFRAERO só pode ser considerada depositária a partir do registro da custódia da carga que ocorreu em 26/07/2010, conforme extrato do MANTRA, (IV) que o importador não solicitou a vistoria aduaneiro em Guarulhos, mas somente em Campo Grande. Sustenta, ainda, que não se aplica ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, nem a Responsabilidade Objetiva da INFRAERO.

Juntou com a contestação, dentre outros documentos:

(a) extrato do licenciamento da importação (fls. 168/169);

(b) apólice da autora (fls. 173);

(c) instruções de temperatura do produto importado (fls. 174);

(d) ofício do importador e email à DHUAN (fls. 177/178)

(e)telas SISCOMEX - Mantra Importação, datadas de 31/08/2010 (fls. 179/180);

(f) tela TECAPLUS - Sistema de Cargas Aéreas, com o histórico de cargas (importação), datada de 31/08/2010 (fls. 181/183);

Diligência determinada às fls. 210, determinando-se oficiar à Alfândega da Receita Federal, bem como a tradução de documentos para língua oficial portuguesa.

Resposta da Receita Federal às fls. 212/219.

Petição da autora às fls. 221/223 e documentos traduzidos às fls. 224/231.

Manifestação da INFRAERO às fls. 234/235.

Manifestações finais da autora às fls. 237/239.

É o relatório do necessário. Passo a decidir.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

A Empresa-Ré pugna pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor na espécie uma vez que a Autora não poderia ser considerada hipossuficiente ou destinatária final do serviço.

Conforme é cediço, a teoria atualmente majoritária na doutrina e nos Tribunais Superiores brasileiros no tocante ao conceito de consumidor é a chamada "finalista mitigada". E, segundo esta, a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, a qual considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, em exegese restritiva do art. 2º do CDC.

Desta forma, estaria excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Em situações excepcionais, todavia, os rigores da teoria finalista poderiam ser atenuados para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

Assim é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual apenas considera consumidor para fins de tutela pela Lei nº 8.078 /90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo, salvo verificada alguma espécie de vulnerabilidade (REsp 1358231 SP 2012/0259414).

No caso concreto a Autora consiste em pessoa jurídica que desenvolve atividade no ramo securitário, em substituição à importadora - Emcomex Brasil Ltda Me, e cujo beneficiário se trata de empresa do ramo bioclínico sediada na cidade de Campo Grande/MS, conforme contrato de seguro de fls. 22/43. Os documentos acostados demonstram possuir a empresa substituída experiência com operações de importação, não se tratando de hipossuficiente técnica ou jurídica, sequer econômica.

Logo, o serviço de transporte se qualifica como insumo e não como um bem de uso final, sem repercussões em atividades econômicas futuras nem como bem da própria empresa. Cito nesse sentido:

> [...]
> 3. A expressão "destinatário final" contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.
> 4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.
> [...]
> (STJ, RESP 20090209202, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1162649, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE 18/08/2014) (grifei)

Desta feita, reputo inaplicável na espécie o Código de Defesa do Consumidor, devendo a relação ser regida pela legislação civil, especial e de direito público atinente aos contratos.

2.2 Do mérito propriamente dito

A autora, em suma, atribui à ré a culpa pela avaria na mercadoria importada pela segurada, sustentando, em síntese, que a carga restou extraviada nas dependências da INFRAERO entre os dias de 21/07/2010 a 09/08/2010, período no qual houve o perecimento da mercadoria, salientando que esta demandava armazenamento correto, em câmara fria à temperatura de -20ºC. Afirma que a carga foi recebida em perfeito estado pela empresa aérea transportadora e nesta mesma condição foi apresentada à ré, na qualidade de depositária aeroportuária obrigatória. Ressalta a responsabilidade da ré em razão da inexistência de ressalvas no sistema Mantra por ocasião do recebimento das mercadorias.

A INFRAERO, por sua vez, nega qualquer culpa de sua parte no evento, sustentando que a mercadoria não lhe foi entregue na data de 21/07/2010 e que sua responsabilidade pela carga, na qualidade de depositária, somente pode ser considerada na data de 26/07/2010, com o registro da custódia no sistema da Receita Federal, de acordo com extrato do Mantra. Aduziu, ainda, que somente em 23/07/2010 o importador deu início ao rastreamento da mercadoria, sendo que a vistoria do material apenas foi solicitada em 16/08/2010, depois da entrega da mercadoria no destino final, no aeroporto de Campo Grande/MS.

De início, anoto que a autora comprovou a existência de seguro entre ela e a empresa Biomolecular Laboratório de Biologia Molecular de Histocompatibilidade Ltda., beneficiária do seguro, conforme apólice juntada às fls. 22/40. Demonstrou a autora, ainda, haver efetuado o pagamento à segurada do valor de R$ 132.045,02 em razão do sinistro, conforme recibo de fl. 58.

Tem-se, pois, quanto aos fatos, que a mercadoria importada pela BIOMOLECULAR pereceu por ausência de adequado armazenamento em câmara fria a -20ºC, este fat o é inconteste e sobre a sua realidade não se discute nos autos. O que se discute é a responsabilidade ou não da INFRAERO no tocante a devida armazenagem da mencionada mercadoria. A única dúvida, pelo que consta nos autos, é se a mercadoria foi extraviada e não devidamente armazenada enquanto estava de posse da INFRAERO. Fixado está o ponto controvertido da lide.

Conforme consta do Guia INFRAERO Cargo (3ª edição):

> Toda carga importada a ser nacionalizada no aeroporto deve ser encaminhada à Infraero para recebimento, controle, armazenamento e posterior conferência aduaneira pela Receita Federal do Brasil, até sua efetiva entrega ao importador ou seu representante legal. Imediatamente após o pouso na aeronave, a companhia aérea disponibiliza o Manifesto de Carga, com seus respectivos conhecimentos aéreos e registra no sistema Siscomex-Mantra a hora da chegada da aeronave. A partir desse registro, é lavrado, pela Receita Federal do Brasil, o Termo de Entrada e, assim a Infraero pode iniciar os procedimentos de recebimento da carga importada. (p. 22)

O documento de fl. 179, denominado "Siscomex - Mantra Importação", demonstra que a mercadoria, objeto da MAWB 957 8492 1082, foi recebida em 21 de julho de 2010 no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos. O NC foi preenchido com os códigos PEA/PREP.

O MAWB (Master Air Waybill) é um tipo de conhecimento aéreo "disponibilizado pela companhia aérea ao agente de cargas, para captação de cargas individualizadas por ele, que posteriormente serão consolidadas e repassadas à companhia aérea. Este conhecimento representa a totalidade da carga recebida pelo agente e entregue à companhia aérea para embarque."

(*in* Guia INFRAERO Cargo).

O NC é o código de natureza de carga instituído pelo Siscomex - Mantra e tem o escopo de facilitar o manuseio e identificação da natureza da carga. Conforme consta no Guia INFRAERO Cargo, "a utilização desse código é fundamental para o correto tratamento e armazenamento da carga, que deve ser registrado no sistema Siscomex-Mantra pela companhia aérea."

No caso em tela o NC PEA/PREP significa cargas perecíveis cujo armazenamento deve ser entre -18°C e 0° C.

Em que pese a alegação da Ré de que no referido documento consta "AVARIAS - C" que, conforme pesquisa no site da INFRAERO, significa "amassado", não houve qualquer outra ressalva, nada mencionando a INFRAERO acerca de estar a mercadoria em temperatura diversa da contratada quando do seu recebimento, e, portanto, fora das especificações do importador. Além do mais, não há qualquer outro documento que embase a classificação da mercadoria recebida com "amassada", a exemplo de fotografias.

Sobre a recepção do manifesto de carga pela alfândega, consta o Guia INFRAERO Cargo:

> A Alfândega recebe a documentação da carga procedente do exterior, apresentada pelo requerente do transportador aéreo, e confirma os dados registrados pela companhia aérea no sistema Siscomex-Mantra.Depois, com base na documentação contida no manifesto, valida as informações por meio da lavratura do Termo de Entrada. Nos casos de dados inseridos erroneamente no sistema Siscomex-Mantra, é gerada uma indisponibilidade, que poderá ser regularizada mediante solicitação formal à Receita Federal do Brasil.

Com efeito, considerando a própria informação do Guia, não guarda coerência a alegação da parte ré de que "que a mercadoria não foi entregue à INFRAERO para armazenamento, a vista da carga e com aval dos representantes do importador, mormente em se tratando de carga perecível que necessita de tratamento especial, com a finalidade de ser armazenada no mesmo dia. Em um dos extratos do sistema MANTRA consta situação INDISPONÍVEL e em outro consta o armazenamento neste mesmo dia com a ressalva de AVARIA C, não contestado pelo transportador e pelos representantes do Importador o que presume a aceitação sem ressalvas por parte do transportador e a impossibilidade de pleitear o ressarcimento neste momento."

Ademais, revela-se, no mínimo, contraditório que a princípio não haja nenhuma informação a respeito do recebimento da mercadoria nos galpões da Empresa-Ré, conforme consta da própria contestação, que somente em 27/07/2010 a carga tenha sido registrada e avalizada pelo Auditor Fiscal, mas que desde o dia 26/07/2010 remete o sistema a uma avaria tipo "C" (fl. 179). Como seria possível consignar uma eventual avaria em uma mercadoria que sequer tenha ingressado nas dependências da Empresa? E sendo esta avaria registrada em 26/07/10 como afirmar que ela já tenha ingressado na Infraero neste estado e não tenha sofrido neste local um dano, se ela já estava "perdida" desde o dia 21/07/2014 (fl. 167)? Ora, se a mercadoria "não foi entregue à INFRAERO", por que constaria a situação no MANTRA de "indisponível"?

As inconsistências do argumento da INFRAERO também foram analisados na Vistoria Aduaneira realizada pela Receita Federal (fls. 53/56):

> A INFRAERO-GRU declarou que a chegada da carga foi informada no Siscomex MANTRA em 26/07/2010 mas só foi recebida e armazenada no sistema TECAPlus em 05/08/2010, juntando como documentos comprobatórios os extratos dos registros de ambos os sistemas. Observando os extratos apresentados, o primeiro registro da carga foi feito tem 26/07/2010, quando

consta no extrato do sistema TECAPlus o código 293 - Encerramento de Armazenamento no Mantra com Divergência, *0 volumes - 0 quilos* (0 = zero). Ou seja, a INFRAERO efetuou o no sistema porém a carga não estava armazenada de fato. A situação só foi alterada em 05/08/10, constando inicialmente o código 905 - Registro de Avarias/Sinistro e posteriormente o código 201 - Carga Recebida Para Armazenar.

Importante salientar que a INFRAERO declarou que em 05/08/2010 a carga foi "armazenada no Sistema TECAPlus", ou seja, não informou em que data recebeu fisicamente a carga. Ao contrário, *afirmou que diante da forte demanda de cargas processadas no terminal TECA-GRU naquela época, era impossível assegurar se de fato a carga estava extraviada ou se somente havia chegado na data em que foi registrada no sistema.*

Acrescentou ainda que quando a carga foi localizada e recebida para armazenamento em 05/08, foi solicitada à SRF pela própria INFRAERO a retificação das datas no sistema MANTRA (RETIFICA 2), a fim de evitar divergências entre esse sistema e o TECAPlus, tendo o pedido sido deferido e a alteração realizada.

Alega ainda que em nenhum momento a companhia aérea teria contestado tais lançamentos.

(...)

Diante do exposto, conclui-se que:

1) A INFRAERO-GRU não foi capaz de comprovar a data efetiva do recebimento da carga em seu terminal, afirmando com segurança apenas que a carga foi registrada no sistema TECAPlus em 05/08/2010 e que não seria possível confirmar a data do recebimento de fato e se estaria ou não extraviada até essa data devido à forte demanda de cargas nessa época;

2) A INFRAERO não apresentou elementos que demonstrassem caso fortuito ou de força maior que pudesse excluir sua responsabilidade, nos termos do art. 664 do Decreto 6.759/09;

3) A imprensa noticiou largamente os problemas que a INFRAERO vinha enfrentando no Aeroporto Internacional de Guarulhos quanto à falta de espaço para armazenagem de cargas, inclusive da falta de espaço em câmaras refrigeradas;

4) A TAM LINHAS AÉREAS S/A afirmou que efetuou a entrega da carga na data de sua chegada e apresentou argumentos e documentos comprobatórios considerados satisfatórios, tendo em vista que a companhia aérea seguiu os trâmites usuais de entrega da carga para armazenamento, apresentou a relação de UDLs ao depositário INFRAERO e comprovou que a carga em análise estava contida nessa relação. Considero que apresentou provas excludentes de sua responsabilidade nos termos do 2º do art. 664 do Decreto 6.759/09;

5) A INFRAERO não se manifestou quanto ao possível extrativo de qualquer carga contida na relação de UDLs apresentada pela TAM, aceitando tacitamente a entrega das cargas contidas na mesma e

6) A carga, enquanto estava sob responsabilidade da INFRAERO, permaneceu extraviada até 05/08/2010, caracterizando a responsabilidade prevista no art. 662 do Decreto 6.759/09, não havendo como afirmar em que condições de temperatura permaneceu nesse período, sendo certo que foi fora das condições ideais de armazenagem em câmara fria a -20ºC, tendo em vista o seu comprovado descongelamento e, consequentemente, sua perda total para todos fins de consumo.

Assim, pela prova documental produzida nos autos, resta claro que a mercadoria reclamada pela autora estava efetivamente sob a responsabilidade exclusiva da INFRAERO quando do seu perecimento por armazenagem inadequada de temperatura.

Por sua vez, a INFRAERO, empresa pública federal que administra a infraestrutura aeroportuária, e que, tendo personalidade jurídica de direito privado, presta um serviço público a particulares, tem responsabilidade pelos danos causados por má prestação de serviços.

Muito embora não concorde com a tese defendida por muitos doutrinadores, de que nos casos de omissão do Estado não se aplica a teoria do risco administrativo, tenho que é neces-

sário distinguir a omissão genérica da omissão específica.

Para tanto, sirvo-me dos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, *in* responsabilidade da Administração Pública:

> A atividade administrativa a que alude o art. 37, 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência, pelo que merece algumas considerações. (...)
> Em nosso entender, o art. 37, 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. (...)
> Por isso temos sustentado que, no ponto em exame, a questão nodal é distinguir omissão genérica do Estado e omissão específica. . Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá *omissão específica* quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agi-lo para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a *omissão específica* pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (...) Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p. 266/268)

No caso dos autos, a omissão reclamada pela autora na petição inicial é de natureza específica, pois a negligência da INFRAERO no cuidado com a carga depositada sob sua responsabilidade configura causa direta e imediata do dano experimentado.

A INFRAERO, como a responsável pelo serviço de administração aeroportuária, o qual detém monopólio, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados à autora, independente de culpa ou dolo, assumindo os riscos inerentes, entre os quais faz parte o de acidentes, extravios, armazenagem inadequada, furtos e danos em encomendas.

Assim, aplica-se à ré a responsabilidade objetiva do 6º, do art. 37, da Constituição Federal, o qual se refere expressamente às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos:

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

Por fim, a responsabilidade também está prevista no Regulamento Aduaneiro:

> Art. 593. O depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, em assim por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos.

Há evidente nexo causal entre a conduta da ré e os danos causados à autora, pois foram

decorrentes da sua prestação de serviço. É o que basta para caracterizar a responsabilidade objetiva da ré.

Cumpre referir, ainda, que a ré não se desincumbiu de comprovar alguma excludente de sua responsabilidade civil.

A jurisprudência pátria já decidiu a respeito da INFRAERO, nas hipóteses de extravio de mercadorias importadas:

> DANOS MATERIAIS - EXTRAVIO DE MERCADORIAS IMPORTADAS APÓS DESEMBARQUE NO PÁTEO DO AEROPORTO - INFRAERO - RESPONSABILIDADE LEGAL PELO RESSARCIMENTO - INSUFICIÊNCIA DA PROVA DE QUE ESTAVAM SOB A GUARDA DA TRANSPORTADORA - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO.
> 1. À Infraero, na condição de empresa pública prestadora de serviços de mesma natureza, foi atribuído, por força das normas contidas nos artigos 2º e 3º da Lei 5862/72, dever de zelo pelas mercadorias que se encontrem no seu interior.
> 2. A responsabilidade não é afastada em hipóteses de extravio de mercadorias importadas e desembarcadas no páteo do aeroporto pelo só fato de não terem sido encaminhadas a terminal de cargas e postos a tempo regular, pois a Infraero responde pela fiscalização do setor externo do armazém, controlando e fiscalizando a entrada e saída de mercadorias, os caminhos por ela tomados após o desembarque e todo o páteo externo de manobra. Desembarcada da aeronave, a mercadoria passa para a responsabilidade da INFRAERO, que assume a função de depositária (AC 94030360844 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 175374 - Relator Juiz Valdeci dos Santos - TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO - Fonte DJF3 DATA:15/05/2008).
> 3. O fato de ter recebido no armazém as mercadorias já avariadas, quatro dias após o desembarque, não retira sua responsabilidade na hipótese, pois elas foram consideradas extraviadas num primeiro momento (período no qual se deterioraram), o que é causa de incidência de responsabilidade da Infraero.
> 4. Somente a partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), deve-se utilizar exclusivamente a SELIC como correção da moeda e juros de mora - artigo 406 do Código Civil de 2002 - dada a regra irretroatividade das leis.
> 5. Sentença reformada apenas na parte que indicou o termo *a quo* da incidência da Selic, que passa a ser 10/01/2002, data da entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002.
> 6. Apelação da "Paraná Cia de Seguros" parcialmente provida. Apelação da INFRAERO improvida.
> (TRF3 AC 2005.03.99.009022-6, Relator Juiz Leonel Ferreira, Turma D, DJ 10.11.2010, p. 465)

> CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - OMISSÃO ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - INFRAERO - EXTRAVIO DE CARGA - COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL - ÔNUS DA PROVA (ART. 333, II, DO CPC) - TERMO DE VISTORIA ADUANEIRA - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE.
> 1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, 6º, da Constituição Federal.
> 2. Na hipótese de omissão, conforme jurisprudência predominante do STF e do STJ, adota-se a responsabilidade subjetiva. Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas apresentam distinção entre omissão genérica (inexiste o dever individualizado de agir) e específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do não impedimento da ocorrência), incidindo, no último caso, a responsabilidade objetiva do Estado.
> 3. A omissão do Estado, *in casu*, é inegavelmente específica, pois a negligência da ré no cuidado com a mercadoria depositada sob sua responsabilidade configura causa direta e imediata do dano experimentado.

4. A teor do disposto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu o ônus da prova relativo à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Desse ônus não se desicumbiu a ré.
5. A vistoria aduaneira carrega consigo a presunção de legitimidade e veracidade, atributo ínsito aos atos administrativos.
6. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.
(TRF3, AC nº 1999.61.05.013234-6, Relator Juiz Mairan Maia, Sexta Turma, DJ 16.06.2011, p. 1285)

3 – DISPOSITIVO

Ante o exposto, extingo o processo com exame do mérito na forma do art. 269, I, CPC e JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação para condenar a INFRAERO a pagar à autora a quantia de R$ 132.045,02 (cento e trinta e dois mil e quarenta e cinco reais e dois centavos), em 04/11/2010, incidindo entre tal data e a data de citação exclusivamente a correção monetária. Após tal marco, incidirão juros e correção monetária até o efetivo pagamento, tudo na forma do Manual de Cálculo da Justiça Federal atualizado pela Resolução nº 267/2013 do CJF.

Custas *ex lege*.

Com fulcro nos princípios da causalidade, proporcionalidade e no disposto no art. 20, 3º e 4º do CPC, condeno a INFRAERO ao pagamento de honorários advocatícios à autora no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Após o trânsito em julgado desta sentença, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos, 10 de março de 2015.

Juíza Federal CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

ação penal
0001941-28.2102.4.03.6116

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP
Juiz Federal: LUCIANO TERTULIANO DA SILVA
Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 25/05/2015

1. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA (brasileiro, Advogado, portador do RG nº 6.314.089 - SSP/SP e CPF 538.423.408-34) pela prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, e o fez nos seguintes termos:

> JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA associou-se a Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol,[1] Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci[2] e Marcos Antonio Nunes para fraudar arrematações judiciais.
> Consta dos inclusos autos que JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol, Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci e Marcos Antonio Nunes, por intermédio da pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP (atual MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS e EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP), arrematararam bens pertencentes à CERVEJARIA MALTA LTDA., que foram leiloados por determinação da Justiça Federal para saldar dívidas da empresa com a Fazenda Nacional, nos autos das seguintes execuções fiscais:

Execução Fiscal	Valor da avaliação dos bens	Valor da Arrematação	Data da arrematação
2002.61.16.001025-0 2002.61.16.001028-5	R$ 26.000,00	R$ 36.000,00	03/08/06 (fls. 806/814 e Apenso I e II)
2003.61.16.000045-4 2003.61.16.000046-6 2003.61.16.000047-8 2003.61.16.000048-0	R$ 3.141.000,00	R$ 1.884.900,00	16/08/2006 (fls. 43, 924/939, 1071/1128)
2003.61.16.000232-3	R$ 300.000,00	R$ 181.000,00	17/08/06 (fls. 815/823 e Apenso II e III)
2003.61.16.001182-8	R$ 747.000,00	R$ 740.308,18	11/09/06 (fls. 393/396-Apenso IV)

1 Já falecido (fls. 652)
2 Já falecido (fls. 652)

1999.61.16.001465-4 1999.61.16.002269-9	R$ 1.101.800,00	R$ 271.500,00 R$ 541.000,00	09/04/2007 24/04/2007 (fls. 967/980)
Total:	R$ 5.315.800,00	R$ 3.113.708,18	(menos de 60% do valor da avaliação)

Como se nota, os bens foram arrematados, em sua maioria, por preços inferiores ao da avaliação, que foram ainda divididos em 60 (sessenta) parcelas. Tão somente o bem arrematado nos Autos nº 2002.61.16.001025-0, consistente em um caminhão Mercedes Benz, foi arrematado pela empresa por valor superior ao da avaliação, provavelmente em razão da existência de um outro interessado na sua aquisição.

Segundo restou apurado, a pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP foi utilizada para que a CERVEJARIA MALTA reouvesse os bens levados à leilão por condições extremamente mais vantajosas que a remição da execução, já que, ao invés de pagar ou consignar o valor integral da dívida, acrescida de juros, custas e honorários para evitar que os bens não fossem expropriados, pode readquiri-los por preços inferiores ao da avaliação (menos de 60%, no total), que foram ainda parcelados em até 60 (sessenta) vezes.

Assim, a CERVEJARIA MALTA manteve-se na posse de todos os bens levados à hasta pública, que foram supostamente locados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP a ela (fls. 940/942), sendo os valores pagos a título de aluguel direcionados ao pagamentos das parcelas da arrematação.

A empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP não existia de fato, tendo sido criada pelos administradores da CERVEJARIA MALTA tão somente para servir a esta.

Edna Machado Schincariol Preci, sócia majoritária da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, era irmã de Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, e filha de Caetano Schincariol, únicos sócios-administradores da CERVEJARIA MALTA LTDA (fls. 52/60 e 94/97). Já os sócios minoritários, como Marcos Antonio Nunes, Maria Aparecida Keiko Sacurai Sekiya e Carlos Alberto Bittencourt Salvi (fls. 63/70, 733/749, 944/959), haviam sido empregados da CERVEJARIA MALTA LTDA. anteriormente.

Em diligência realizada junto ao endereço da sede da empresa (Av. Otto Ribeiro, 963), verificou-se que se tratava de um terreno, com uma pequena construção e um único ônibus, identificado como pertencente à CERVEJARIA MALTA LTDA. (fls. 165/166 do apenso I, volume I). O imóvel era de propriedade de Caetano Schincariol Filho, sócio-gerente da CERVEJARIA MALTA LTDA.(fls. 298/300), e era utilizado para o estacionamento de caminhões desta empresa.

Apurou-se, ainda, que, com exceção de três contratos celebrados com a Transportadora RR, a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP havia prestado serviços somente à CERVEJARIA MALTALTDA..

O capital social da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP à época da arrematação do caminhão Mercedes Benz por R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) era de apenas R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, em 16 de agosto de 2006, data da segunda arrematação, foi elevado para R$ 375.000,00 (trezentos e setenta e cinco reais), sem que tenha sido comprovado o aporte do referido valor na empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP.

O aumento do capital social da MACHADO TRANSPORTES LTDA. foi integralizado, em parte, com dinheiro que saiu da conta conjunta da denunciada Edna com sua mãe, esposa de Caetano Schincariol, um dos sócios da CERVEJARIA MALTA LTDA., e em parte com dinheiro "emprestado" pelo próprio Caetano Schincariol, pai de Edna Machado Schincariol Preci, que confirmou ter "doado" o dinheiro a ela (flS. 128).

A empresa não possuía condições econômicas para a aquisição dos bens, tendo apresentado movimentação financeira irrisória em 2006 (fls. 100/102).

Conforme restou demonstrado pelos depoimentos colhidos no curso da Autos nº

2002.61.16.001025-0, a utilização da pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP para a arrematação dos bens da CERVEJARIA MALTA LTDA. foi arquitetada por JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA, advogado e consultor jurídico das duas empresa, que participou de toda a trama.

Assim, JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA e os demais agentes, já denunciados nos Autos nº 2002.61.16.001025-0, associaram-se, de forma permanente e estável, para o fim de fraudar arrematações judiciais.

A materialidade delitiva está suficientemente demonstrada pelos documentos acima indicados e pelos depoimentos colhidos pela Polícia Federal em Marília (fls. 26/31 e 125/128).

Já os indícios de autoria delitiva estão demonstrados pelas depoimentos colhidos em Juízo (fls. 780, 895 e 1187), especialmente pelo depoimento de Rogério Wohnrath Bellini, Maria Aparecida Keiko Sacurai Sekiya e Francisco José Longuini, pelos termos de interrogatório de Fernando Machado Schinchariol, Caetano Schincariol Filho e Marcos Antônio Nunes, e pelos recibos de fls. 907/923 e 940/959.

Dessa forma, JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA incorreu no artigo 288 do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja o denunciado citado para apresentação de resposta à acusação e, enfim, seja processado até final julgamento, consoante artigos 396 a 405 (com as alterações empreendidas pela Lei nº 11.719/08), todos do Código de Processo Penal, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas.

A denúncia foi recebida em 11/12/2012 (fl. 06).

O réu foi citado e notificado para apresentar resposta à acusação em 10 (dez) dias (f. 18).

Em resposta à acusação, sustentou a inépcia da denúncia por: a) formular acusação pautada em fatos genericamente descritos e sem qualquer respaldo fático, inviabilizando a defesa; b) deixar de informar o desfecho dos processos onde ocorreram arrematações, pois, se as mesmas foram convalidadas, não há justa causa à ação penal; c) omitir o atual estágio do processo crime nº 0001587-76.2007.403.6116; e d) não constar a data da ocorrência das indigitadas fraudes. Teceu considerações sobre o equívoco da decisão judicial que recebeu a denúncia porque carente de motivação. No mérito, negou tenha associando-se às pessoas narradas na denúncia ou as orientado na prática delituosa, figurando apenas como advogado delas por mais de 10 (dez) anos, sempre atuando no escorreito cumprimento de seu mister, relação contratual findada em 04/07/2007 depois de aludidas pessoas deixaram de seguir as orientações técnicas por si repassadas.

Disse ter ingressado em juízo contra mencionadas pessoas em face do não pagamento dos honorários advocatícios contratados à atuação em diversos feitos de diferentes naturezas, porquanto foram propostas mais de 114 (cento e quatorze) ações contra Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol e Cervejaria Malta durante a vigência contratual.

Como o rompimento contratual fora litigioso, os novos advogados contratados passaram a agredir moral e eticamente suas posturas profissionais, animosidade iniciada por aquelas pessoas, forçando-o a ajuizar contra elas ações indenizatórias.

Sustentou que, por todo o contexto narrado, Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho foram orientados pelos novos advogados a redirecionar a culpa a si, na equivocada intenção de, assim, virem-se absolvidos. Essa prática foi ainda mais densificada quando, arrolado como testemunha de defesa em um dos processos criminais instaurados contra aqueles, suscitou o dever de segredo profissional para nada afirmar sobre o assunto.

Esgrimou a tese de redirecionamento na circunstância de que em nenhum momento, durante toda a apuração na fase policial, nenhuma das pessoas ouvidas como testemunhas na ação penal 0001587-76.2007.403.6116 mencionou qualquer participação sua nas arrematações

ou em qualquer suposto esquema de fraude, daí a fragilidade da materialidade delitiva porque amparada nos conteúdos testemunhais.

Obtemperou que os leilões foram realizados dentro da maior lisura, obedecendo todas as implicações legais, porquanto o pagamento parcelado do valor do bem arrematado tem previsão legal e não converge, por si só, em fraude, menos ainda diante do pagamento de 60% (sessenta por cento) do valor arrematado.

Informou que a iniciativa das arrematações partiu da diretoria da Cervejaria Malta, tendo discordado veementemente dessa conduta quando consultado, sendo tal decisão tomada à sua revelia, e a ruptura contratual foi levada a efeito por medidas desse jaez.

Arrolou *7 (sete)* testemunhas.

A decisão de fls. 294/295 afastou a alegada inépcia da inicial.

As testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas às fls. 318/324, enquanto as arroladas pela defesa forma ouvidas às fls. 344/347, 364 e 375.

O réu foi interrogado às fls. 378.

Não foi apresentada qualquer diligência pelas partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em alegações finais, entendeu comprovadas a materialidade e autoria delitivas e pugnou pela condenação nos termos da denúncia e ressaltou, quanto à dosimetria da pena, a consideração da culpabilidade desfavorável e da agravante prevista no artigo 61, II, "a", do Código Penal.

O réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA voltou a negar a prática delitiva. Encetou, também, a inexistência de associação prévia e estável dos agentes com fim específico. Reiterou a ausência de justa causa e, subsidiariamente, pleiteou a absolvição.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA INÉPCIA DA INICIAL

Do alegado amparo da peça acusatória em fatos genericamente descritos e divorciados de respaldo fático

A denúncia é cristalina quanto à acusação que pesa em desfavor do acusado e os fatos nos quais alicerçada.

Fiando-se na mencionada peça, JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA é apontando como alguém que se associou a Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol, Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci e Marcos Antonio Nunes, de modo estável e permanente, para fraudar arrematações judiciais determinadas pela Justiça Federal.

Como advogado e procurador de pessoas jurídicas das quais os mencionados coautores compunham o quadro societário, coube ao réu a arquitetura da empreitada criminosa visando arrematar bens de propriedade da Cervejaria Malta Ltda. (os quais se encontravam com restrições judiciais para servirem de garantia ao pagamento de vultoso débito com a Receita Federal do Brasil decorrente de reiteradas práticas criminosas de sonegação tributária) mediante interposta pessoa jurídica denominada Machado Transportadora Ltda – EPP, cujos sócios de fato eram os mesmos da mencionada Cervejaria, tendo aquela pessoa jurídica sido criada especificamente para figurar como arrematante nas arrematações fraudadas, ou seja, para operacionalizar a execução do crime em evidência.

Fácil perceber, assim, o comportamento delituoso especificamente apontado ao réu JU-

VENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, circunstância hábil a elidir qualquer generalidade.

Vazia, igualmente, a tese de ausência de suporte fático porque a denúncia arrolou 6 (seis) arrematações fraudadas em decorrência da eficiência estrutural da atividade criminosa narrada, apontando especificamente as datas em que ocorreram (03/08/2006, 16/08/2006, 17/08/2006, 11/09/2006, 09/04/2007 e 24/04/2007).

Da omissão quanto ao desfecho dos processos nos quais ocorreram as arrematações

Regra comezinha do processo penal é a diferença entre nulidade e mera irregularidade, ocorrendo essa quando eventual incompatibilidade normativa na prática de determinado ato processual não tem o condão de causar qualquer prejuízo às partes, no esteio do quanto preconizado no artigo 563 do Código de Processo Penal.

A omissão, na denúncia, do desfecho dos processos nos quais ocorreram as arrematações é mera irregularidade, porquanto a acusação veio acompanhada de inúmeros documentos, dentre os quais merecem destaque, justamente, as decisões judiciais que anularam as arrematações especificadas na denúncia, conforme se denota dos documentos de fls. 806/814 do volume III,[3] 924/939, 1117/1128 do volume IV,[4] 815/823 do volume III,[5] 393/396[6] e 967/980 do volume IV.[7]

A dificuldade apresentada pela defesa mais se amolda à ausência de leitura atenta do universo documental amparador da acusação do que propriamente falha na peça inaugural.

Da omissão quanto ao atual estágio do processo crime nº 0001587-76.2007.403.61.16

Tal qual a alegação anterior, essa também não reúne condições de inutilizar a denúncia, porquanto o mencionado vício não ultrapassa as barreiras da mera irregularidade.

Ao caderno processual também está colacionada a cópia da sentença proferida nos referidas autos (f. 1146/1172), a qual condenou Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol Filho e Marcos Antonio Nunes pela prática do delito de formação de quadrilha (artigo 288 do CP) e de fraude à arrematação (358 do CP) por 6 (seis) vezes.

Da ausência de menção às datas das indigitadas fraudes

Mais uma vez é necessário reconhecer a forma açodada com a qual defesa procedeu à leitura da peça acusatória, pois, as datas das arrematações fraudulentas estão bem destacadas no quadro demonstrativo do verso de fl. 03, não havendo espaço à alegação de nulidade.

Assim, forçoso reconhecer que a denúncia atende perfeitamente aos requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, não se amoldando a nenhuma causa das previstas no artigo 395 do Diploma Instrumental. Por consequência, nenhum equívoco processual maculou a decisão que a recebeu.

---

3 Anulou a arrematação ocorrida em 03/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. do volume I do apenso I e Auto de Parcelamento de fls. 377/380 do volume II do apenso I – valor da arrematação: R$ 36.000,00, referente às Execuções Fiscais números 2002.61.16.001025-0 e 2002.61.16.001028-5;

4 Anularam as arrematações ocorridas em 16/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. 1071/1073 do Volume IV e Termo de Parcelamento de fls. 366/376 do volume II do apenso I; valor da arrematação R$ 1.884.900,00 referentes às execuções fiscais números 2003.61.16.000045-4, 2003.61.16.000046-6, 2003.61.16.000047-8 e 2003.61.16.000048-0;

5 Anulou a arrematação ocorrida em 17/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. 21 do volume II do apenso I e do Termo de Parcelamento de fl. 381/384 do volume II do apenso I; valor da arrematação RS 181.000,00 referentes à execução fiscal nº 2003.61.16.000232-3;

6 Anulou a arrematação ocorrida em 11/09/2006; valor da arrematação R$ 740.308,18 referentes à execução fiscal nº 2003.61.16.001182-8;

7 Anulou as arrematações fiscais ocorridas em 09/04/2007 e 24/04/2007 no valor de, respectivamente, R$ 271.500,00 e R$ 541.000,00, referentes às execuções fiscais números 1999.61.16.001465-4 e 199.61.16.002269-9.

2.2 DO MÉRITO

DA MATERIALIDADE DELITIVA

A existência física do delito de formação de quadrilha é extraída do imenso lastro documental amparador da acusação.

Enfatiza-se, de início, que a materialidade delitiva do crime de formação de quadrilha já foi objeto de atuação jurisdicional exauriente, como demonstra a cópia da sentença anexada às fls. 1146/1172.

No aludido pronunciamento jurisdicional restou demonstrado, e corroborado neste processo após a observância do contraditório e da ampla defesa, que a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA arrematou bens nos executivos fiscais nº 1999.61.16.001465-4 (por duas vezes), nº 2002.61.16.001025-0 (que tramitou em conjunto com o feito nº 2002.61.16.001028-5), nº 2003.61.16.000045-4 (que tramita em conjunto com os feitos de números 2003.61.16.000046-6, 2003.61.16.00047-8 e 2003.61.16.000048-0) e nº 2003.61.16.00232-3, todos realizados em desfavor da empresa CERVEJARIA MALTA LTDA em decorrência de dívida fiscal bilionária decorrente de sonegação de impostos.

Autos de Arrematações e respectivos Termos de Parcelamento, todos já mencionado nestes autos, comprovam que a arrematante dos bens leiloados nos autos da execução fiscal nº 2002.61.16.001025-0([8]), 2003.61.000232-3 ([9]), 2003.61.16.000045-4 ([10]), 1999.61.16.001465-4([11]) foi a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, que posteriormente mudou sua razão social para MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS - EPP.

Observa-se, destarte, serem incontestáveis as provas das arrematações realizadas pela empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, as quais tinham por objeto, unicamente, livrar os bens da CERVEJARIA MALTA LTDA da arrematação por terceiros, bens esses dos quais esta nunca se dispôs efetivamente.

Importante notar dois elementos essenciais na teoria geral das provas: a) a valoração da ausência de explicação alternativa pelos réus e b) a valoração da ausência de apresentação de provas, pelos réus, que lhes seria de fácil produção.

Com efeito, os réus, no aludido processo do qual este é consequência, assim como JU-

8 Autos nº 2002.61.16.001025-0, em tramitação conjunta com o feito nº 2002.61.16.001028-5 - 03/08/2006: arrematação de um caminhão Mercedes Benz/L1113 pelo valor de R$ 36.000,00.

9 Autos nº 2003.61.16.000232-3 – 16/08/2006: arrematação de um tanque em aço inox com isolamento térmico pelo valor de R$ 181.000,00.

10 Autos nº 2003.61.16.000045-4 (apensos nº 2003.61.16.000046-6, nº 2003.61.16.000047-8 e nº 2003.61.16.000048-0) – 16/08/2006: arrematação de um intercambiador de calor para cerveja, um conjunto de esteiras para transporte de garrafas, um conjunto de esteiras transportadoras de caixas tipo correntão, um filtro horizontal em material inox, uma instalação para tratamento de gás cabônico, uma máquina compressora de uso no gás carbônico, uma máquina para lavar garrafas, um conjunto enchedora arrolhadora, três tanques outdoor de fermentação, dois tanques de cerveja pronta, um silo bagaço para armazenagem de borra de cevada e um compressor de ar estacionário, pelo preço de R$ 1.884.900,00.

11 Autos nº 1999.61.16.001465-4: 1ª arrematação – 09/04/2007: um veículo VW/13.130, chassi V028482, um veículo Fiat Uno, Chassi 9BD146000P5091121, um veículo VW/Fusca, chassi 9BWZZZ11ZDP100390, um veículo Mercedes Benz/L1113, chassi 34404412685340, um veículo Fiat Uno, chassi VIN 9BD146000S5444914, um veículo Honda CG/125, chassi 9C2JC30101R233252, um veículo VW/11.140, chassi 9BWZZZF1ZKC012459, um veículo VW/11.140, chassi 9BWWTACM5LCB23617, um veículo VW/11.140, chassi 9BWWTACM8LCB24583 e um veículo VW/14.140, chassi 9BWZZZG2ZLC018959 pelo valor de R$ 271.500,00. 2ª arrematação – 24/04/2007: um veículo Scania, chassi 3401083, um veículo VW/14.140, chassi 9BWZZZGOZKC017754, um veículo Mercedes Benz/L.1113, chassi 34404412676033, um veículo Reb/Recrusul, chassi 151193, um veículo Mercedes Benz, chassi 34500312618980, um veículo Ford/F14000, chassi 9BFXTNSM4SDB01405, um veículo Ford/F14000, chassi 9BFXTNSM7SDB01348, um veículo REB/Antonini, chassi 9ANF15420VM004512, um veículo VW/12.140, chassi 9BWZZZC2ZJC005134, um veículo VW/11.140, chassi 9BWZZZF2ZKC013682, uma máquina recravadora de latas e uma máquina empacotadeira no valor de R$ 541.000,00.

VENTAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA neste feito, não apresentaram explicação atinente ao motivo pelo qual a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA participara exclusivamente de leilões judiciais desfavoráveis à CERVEJARIA MALTA LTDA.

Paralelamente, também não apresentaram quaisquer provas de que efetivamente concorriam em outros leilões fitados a adquirem bens de outra propriedade que não a mencionada CERVEJARIA.

A ausência de explicação alternativa ou de apresentação de provas que seriam de fácil produção, pelo réu, reforça a tese acusatória no sentido de que as manobras tinham por desígnio único livrar os bens da executada das constrições judiciais. Em outras palavras, a constituição, o funcionamento, as alterações societárias e o modus operandi dos sócios da MACHADO TRANSPORTES LTDA estão a revelar que se tratava de empresa de fachada, *longa manus* da CERVEJARIA MALTA LTDA.

Desse cabedal de provas documentais extrai-se que a CERVEJARIA MALTA LTDA., impossibilitada que estava, nos termos do art. 690, § 1º, do Código de Processo Civil (vigente à época dos fatos e correspondente ao atual art. 690-A, também do CPC), de ofertar lanço - uma vez que não se encontrava na livre administração dos seus bens (vários deles penhorados em virtude das diversas execuções fiscais em que figurava como ré) - valeu-se de interposta pessoa (empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA) para ofertar lances e, arrematando-os, livrá-los das penhoras judiciais, causando com isso graves danos à Administração da Justiça, consistente no prejuízo de toda uma estrutura organizacional montada para concretizar os leilões, sem olvidar que com tal artimanha a executada manteve-se na posse dos bens penhorados mediante entabulação fraudulenta de contrato de locação com a arrematante, obstando, ainda, o ressarcimento ao erário almejado com os mencionados leilões.

É claro que a executada tinha a opção de remir a execução. Porém, além de ter de pagar o valor integral da dívida, o bem ainda ficaria penhorado nas dezenas de outras execuções em trâmite. Daí porque a estrutura criminosa deliberou pela adoção da simulação, pois, assim conseguira livrar tais bens dos demais processos de execução, fazendo com que a devedora CERVEJARIA MALTA LTDA com eles permanecesse para utilização na industrialização, sem que para tanto fosse necessário interromper suas operações.

As já mencionadas decisões monocráticas, por meio das quais foram anuladas as arrematações judiciais objetos da denúncia, bem como a sentença que condenou as já mencionadas pessoas pelo cometimento de delito de formação de quadrilha e de fraude à arrematação, são provas robustas de que os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI e CAETANO SCHINCARIOL([12]) associaram-se de forma estável com JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA para, permanentemente e sob o manto das pessoas jurídicas MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP (posteriormente denominada MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP) e CERVEJARIA MALTA LTDA, praticarem fraudes em arrematações judiciais.

A densificar ainda mais a prova da existência física do estratagema criminosa está a cópia da decisão proferida nos autos nº 1999.61.16.001465-4. De fato, dos autos constam provas inabaláveis do esquema, conforme doravante explicitado:

a) a empresa arrematante (MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP) tinha como sócia majoritária, com 97,3333% do capital social, EDNA MACHADO SCHINCARIOL, filha de

12 Os dois últimos já falecidos.

CAETANO SCHINCARIOL e irmã dos corréus CAETANO SCHINCARIOL FILHO e FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, únicos sócios da executada, CERVEJARIA MALTA LTDA;

b) na data da arrematação efetivada nos autos nº 2002.61.16.001025-0, em 03/08/2006, a então MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, arrematante, tinha um capital social de apenas R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e como objeto social a prestação de serviço de transportes. Arrematou, na ocasião, um caminhão Mercedes Benz pertencente à executada (CERVEJARIA MALTA) pelo valor de R$ 36.000,00, ou seja, R$ 10.000,00 acima do valor de avaliação, exatamente porque havia, no certame, terceira pessoa interessada. Observa-se que esta foi apenas uma das várias arrematações, todas envolvendo bens penhorados da CERVEJARIA MALTA LTDA e todas vencidas pela arrematante MACHADO TRANSPORTES LTDA;

c) em 16/08/2006, coincidentemente no mesmo dia em que a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA elevou seu capital social de R$ 20.000,00 para R$ 375.000,00 (5ª alteração contratual), cujo registro se deu apenas em 30/08/2006, foram arrematados bens nos executivos fiscais nº 2003.61.000232-3 e 2003.61.16.000045-4, cujos valores, somados, perfizeram a cifra de R$ 2.064.900,00 (dois milhões, sessenta e quatro mil e novecentos reais). Embora tenha havido significativo robustecimento do capital social, os demonstrativos juntados tanto neste processo como naquele revelam que a arrematante não dispunha de saúde econômico-financeira para arcar com o pagamento de vultosa importância.

Denota-se, ademais, que a sócia majoritária, EDNA CAETANO SCHINCARIOL, integralizou parte do acréscimo de capital social com dinheiro retirado de conta conjunta mantida com sua mãe e parte com dinheiro "emprestado" por seu pai, CAETANO SCHINCARIOL, um dos sócios da executada. Aliás, a importância de R$ 133.000,00 (cento e trinta e três mil reais) - que, segundo constou, originou-se do supracitado empréstimo - nem sequer circulou pelo caixa da empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, tampouco pela mencionada conta-conjunta, conforme documentos contábeis à época.

e) o advogado da empresa arrematante (MACHADO TRANSPORTES LTDA), Dr. JUVENAL ANTÔNIO TEDESQUE DA CUNHA, *réu neste processo*, também era o advogado da empresa executada. Nota-se, ainda, nos mesmos documentos ora indicados, que MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA, antes de figurar no quadro societário da empresa MACHADO (com apenas 2,7777% do capital social), foi arrolada como testemunha e qualificada como contadora nos autos do processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116.

f) apesar de a alteração do nome da empresa arrematante, que passou a denominar-se MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA – EPP, ter ocorrido, em tese, em 16/08/2006, no termos de parcelamento e nas contas de telefone juntadas neste processo constou como titular MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP.

g) o local indicado como sede da arrematante, situado na Av. Otto Ribeiro, nº 963 (fl. 15, apenso I, vol. I - posteriormente alterado), constituía-se em terreno com uma sala de aproximadamente 4m x 4m, pertencente ao comparsa CAETANO SCHINCARIOL FILHO, cujo espaço servia de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA MALTA, conforme relatado pelo corréu MARCOS e ilustrado nos apensos deste processo.

Apenas posteriormente, leia-se, após a interpelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL acerca das condições do imóvel apontado como sendo sede da arrematante (o que fora feito nos autos da execução fiscal nº 2003.61.16.000045-4), é que houve alteração de endereço para a Rua Nove de Julho, nº 520, conjunto 24 – Assis/SP (6ª alteração contratual em 04/04/2007).

h) o termo de apresentação de documentos fiscais demonstra que a empresa MACHADO

LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA – EPP fora constituída com o único propósito de servir à empresa CERVEJARIA MALTA LTDA. Afinal, à exceção de três contratos celebrados com a TRANSPORTADORA RR, todos os demais contratos arrolados no mencionado extrato foram celebrados com a CERVEJARIA.

As provas testemunhais abaixo especificadas, todas produzidas nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 *e submetidas ao crivo do contraditório porque anexadass a este feito através do dispositivo encartado às fls. 1187*, comprovaram, ainda, que *todos os equipamentos arrematados pela MACHADO TRANSPORTES LTDA nem sequer saíram do estabelecimento da CERVEJARIA MALTA LTDA, uma vez que foram locados a ela logo após as arrematações. Ademais, tais bens tampouco foram oferecidos para outras empresas do ramo, mesmo porque a própria CERVEJARIA tinha interesse em utilizá-los*.

CARLOS ALBERTO BITTENCOURT (dispositivo encartado às fls. 780), testemunha arrolada pela acusação e compromissada com a verdade, disse que trabalhou na CERVEJARIA MALTA entre 1983 e abril de 2005 e que é sócio da empresa BEER BRASIL, localizada no Paraná, a qual pertence, em realidade, aos corréus FERNANDO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO e CAETANO SCHINCARIOL.

Revelou, ademais, ter sido sócio da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP no mesmo período em que trabalhava na CERVEJARIA, cujo ingresso, que se deu em junho de 2004, deu-se a convite dos proprietários desta, mas que não recebia pro labore e nem fazia retirada de lucros, tendo informado, ainda, que a primeira se dedicava à entrega regional de 99% das bebidas produzidas pela segunda.

Confirmou que *com certeza foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com ele*, haja vista não ter despendido qualquer importância a título de aquisição de quotas sociais. Por outro lado, igualmente, não recebeu nenhum valor pela venda das sobreditas quotas quando foi sucedido no quadro societário por MARIA APARECIDA KEIKO, *também funcionária da CERVEJARIA MALTA*.

Ainda sobre a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, aduziu que esta tinha um escritório pequeno, aproximadamente 3m x 6m, utilizado por MARCOS e situado no terreno que servia de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA, pertencente ao corréu CAETANO SCHINCARIOL FILHO, mas que nele jamais ingressou, até porque a empresa MACHADO, entre 2004 e 2005, não fazia atendimento ao público, pois seus serviços eram prestados exclusivamente à CERVEJARIA.

Por sua vez, MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA (dispositivo encartado às fls. 1187), testemunha arrolada por ambas as partes, disse ter sido sócia da empresa MACHADO a convite de EDNA, *para cujo ingresso, no entanto, não despendeu recursos financeiros*, e que no mesmo período trabalhava no setor financeiro da CERVEJARIA.

Justamente por ter trabalhado no setor financeiro da CERVEJARIA, revelou ter realizado vários pagamentos à empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP (da qual era sócia à época) em virtude dos equipamentos que aquela arrendava dessa, muito embora jamais tenha recebido qualquer porcentagem, até mesmo porque a empresa MACHADO não distribuía lucros entre seus sócios.

Aduziu, ainda, desconhecer se a empresa MACHADO, voltada à prestação de serviços de transporte e arrendamento, também prestava serviços a outras empresas, sendo certo, no entanto, que os bens arrendados à CERVEJARIA tinham sido adquiridos em leilões promovidos

pela Justiça em desfavor dessa.

Mencionou que resolveu se retirar da empresa MACHADO logo após ter sito intimada pela Polícia Federal para prestar esclarecimentos sobre operações até então realizadas entre essa e a CERVEJARIA, sendo que suas quotas foram transferidas para "MARQUINHOS" (MARCOS ANTONIO NUNES).

MARIA APARECIDA ainda esclareceu que as arrematações realizadas pela MACHADO, bem como o posterior arrendamento dos bens à CERVEJARIA, *foram feitos sob orientação jurídica do advogado dessa, Dr. Juvenal*, mas que, não obstante, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, à época um dos administradores da CERVEJARIA, tinha plena consciência das operações.

Por fim, a testemunha mencionou que EDNA, na época dos fatos, tirou licença médica para tratamento, tendo passado uma procuração para MARCOS NUNES gerenciar e administrar a empresa MACHADO.

FRANCISCO JOSÉ LONGUINI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, disse que entre agosto de 2006 e abril de 2007 trabalhava no Departamento de Compras da CERVEJARIA MALTA, motivo pelo qual tomou conhecimento de que os bens da sua empregadora, conquanto penhorados nas execuções fiscais promovidas pela Fazenda Nacional, haviam sido leiloados e arrematados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, administrada por EDNA, *segundo orientações jurídicas dos Drs. Juvenal* e Sérgio.

MARIA CECÍLIA MIRANDA (dispositivo de fls. 1187), outra testemunha arrolada pela defesa e também *compromissada com a verdade*, esclareceu que entre agosto de 2006 e abril de 2007 trabalhou como Assistente Financeira da CERVEJARIA.

Assim como as demais testemunhas, MARIA revelou que os bens da empresa na qual trabalhava foram leiloados, os quais, no entanto, foram arrematados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP. Disse, outrossim, que, após as arrematações, a CERVEJARIA passou a pagar fretes à arrematante para que essa, com seus caminhões – adquiridos nos leilões –, entregasse suas mercadorias oriundas das vendas diretas.

ELIANI BUZZO (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, esclareceu ter tomado ciência das arrematações de bens da CERVEJARIA, procedidas pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, *o que teria sido feito sob orientação jurídica do Dr. Juvenal*.

ROGÉRIO WOHNRATH BELLINI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissa com a verdade*, também confirmou que bens da CERVEJARIA, *embora penhorados e leiloados pela Justiça Federal de Assis/SP, foram arrematados pela empresa MACHADO, que sequer os retirou do estabelecimento daquela*.

Esclareceu que alguns equipamentos, embora indicados à penhora, não podiam ser retirados, sob pena de paralisação do processo industrial da CERVEJARIA (executada), e que a ideia de arrematação pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, seguida de locação àquela, fora deliberada em reuniões, das quais participaram, entre outros, o corréu FERNANDO, o Dr. Juvenal (JUVENTAL TEDESQUE DA CUNHA), o Gerente Industrial e ele próprio.

CARLOS ALBERTO POMARI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, relatou que trabalhou na empresa MACHADO entre junho de 2007 e fevereiro de 2009 no desempenho da função de auxiliar contábil, período no qual

recebia ordens do Sr. "Marquinhos".

Afirmou ter conhecimento das arrematações efetivadas pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP nos leilões realizados pela Justiça Federal em desfavor da CERVEJARIA, e que aquela, além de prestar serviços a essa, também o fazia às empresas OESTE BEER e RR.

Por fim, corroborou aquilo que as demais testemunhas disseram, ou seja, que a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, administrada por MARCOS em virtude de uma procuração, prestava serviços de locação de caminhões, veículos e equipamentos, *os quais eram adquiridos nos mencionados leilões*. Bem por isso, esclareceu que vários bens (veículos, reservatório de cerveja e maquinários de produção) foram locados à própria CERVEJARIA.

Conforme se observa dos autos, as arrematações concretizadas não corresponderam ao seu conceito jurídico, uma vez que não houve a transferência forçada dos bens penhorados para terceiros, e aquele que ofertou o maior lanço utilizou-se de interposta pessoa para livrá-los das execuções em andamento.

Além de permanecer a CERVEJARIA MALTA LTDA., executada, na posse dos bens leiloados, simulou dezenas de contratos de locação com a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, pessoa jurídica com aparente falta de movimentação social, que tinha por sócia majoritária EDNA, irmã e filha dos únicos sócios da CERVEJARIA MALTA.

Quando de sua oitiva neste processo, Fernando Machado Schincariol não soube afirmar quais eram as outras empresas para quem MACHADO TRANSPORTES prestava serviços, situação que mais uma vez traz à baila a máxima da valoração da ausência de apresentação de provas de fácil produção pelo réu, numa demonstração tranquila de que o único objetivo dessa empresa era prestar-se a servir às atividades escusas levadas a efeito pelos sócios da aludida Cervejaria.

Concretizando as normas constitucionais fundamentais da ampla defesa e do contraditório, todas as provas materiais e testemunhais utilizadas no feito nº 00015887-2007.403.6116 foram reproduzidas neste processo, estando as subjetivas encartadas no dispositivo de áudio e vídeo de fl. 780 e 1187. Logo, reiterou-se a submissão de tais provas ao crivo das disposições fundantes representadoras do elemento de segurança da relação jurídica processual.

Comprovada a existência de uma estrutura criminosa estável e duradoura vocacionada a fraudar as arrematações de bens da CERVEJARIA MALTA LTDA, cumpre somente analisar se efetivamente restou comprovada alguma participação e/ou coautoria do réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA nela, conforme consta na denúncia.

DA AUTORIA

Inicialmente, cumpre enfatizar que o próprio réu admitiu, em sua resposta à acusação, ter atuado como advogado da Cervejaria Malta Ltda. e de seus sócios Caetano Schincariol, Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol Filho, bem como de Edna Machado Schincariol Preci, filha do primeiro e irmã dos demais, figurando nessa situação por aproximadamente 15 (quinze) anos até o rompimento contratual ocorrido em 04/07/2007.

Conclui-se facilmente que o acusado defendeu os interesses jurídicos do bando mencionado durante todo o período delituoso narrado na inicial, ou seja: de 03/08/2006 a 24/04/2007.

Até esse momento, as constatações não têm, por si, nenhuma relevância, notadamente porque a situação de advogado é inábil, isoladamente, a levar à conclusão pelo recaimento da autoria do esquema criminoso esmiuçado sobre o causídico denunciado.

É verdade que este processo penal teve início, precipuamente, em virtude de denúncia

lavrado pelos corréus Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, quando interrogados o processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116.

Na qualidade de denunciantes, foram ouvidos como informantes neste feito, tendo Fernando Machado Schincariol *efetivamente confirmado que JUVENAL o teria orientado, na época dos leilões dos bens penhorados da CERVEJARIA MALTA, que tais bens poderiam ser adquiridos pela Machado Transportadora e, posteriormente, locados à CERVEJARIA MALTA* (fls. 322, mídia de fls. 325, a partir de 02min50s.), e que o escritório do réu era o único prestador de serviços àquela CERVEJARIA (a partir de 05min47s).

Caetano Schincariol Filho, por sua vez, foi igualmente enfático ao afirmar *ter partido de JUVENAL TEDESQUE a orientação para que os bens da Cervejaria Malta fossem arrematados pela MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, sendo acusado advogado daquela empresa por 12 a 15 anos, incluindo o período alusivo à época dos fatos* (a partir de 012s).

Tal como a condição de advogado, as informações prestadas por Caetano Schincariol Filho e Fernando Machado Schincariol também são insuficientes, por si mesmas, a amparar a pretensão punitiva lastreada na peça acusatória, isso porque restou demonstrando no processo que o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA travou com os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e CAETANO SCHINCARIOL FILHO um épico rosário de processos judiciais que ventilou desde cobrança de honorários advocatícios a pretensão indenizatória, situação ocasionadora de idiossincrasia que não pode passar ao largo dos olhos desse julgador, mormente para aferir, com tranquilidade e justiça, se a acusação ensejadora deste processo penal foi expressão da verdade ou manifestação deliberada de retaliação.

Falta, portanto, uma prova documental plausível de emprestar credibilidade às informações dos corréus aludidos e de demonstrar possível desvio ético na militância da advocacia pelo réu consubstanciado na mentalização, arquitetura, e desenvolvimento do esquema delituoso revelado. Ou melhor, faltava!

Embora tenha alegado nortear todo seu comportamento profissional pela esteira da ética, o próprio JUVENTAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA contrariou-se e denunciou-se.

É que fez revelações por demais detalhadas nos autos dos embargos à execução nº 047.01.2008.003821-4, que tramitou perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Assis/SP; nos autos da ação declaratória nº 047.01.2008.004899-7, que tramitou perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Assis/SP; nos autos da ação de cobrança de honorários, que tramitou por uma das varas cíveis da Comarca de Assis/SP; bem ainda nos autos das execuções por quantia certa de fls. 1030/1036 e 1037/1050.

Pelo documento de fls. 997/998, volume IV, é possível denotar a informação prestada pelo dito réu revelando que a CERVEJARIA MALTA fraudava o Fisco mediante declarações de ICMS sem o respectivo recolhimento, sonegava impostos e infringia a legislação fiscal do Estado.

Além disso, justificou a cobrança de honorários em razão de ter *agilizado a expedição de carta de arrematação em processo no qual EDNA SCHINCARIOL figurou como arrematante, conforme estratégia traçada juntamente à empresa, cujo resultado teria sido extremamente vantajoso* (fl. 997/998 do volume IV). Aliás, fez ressalvas no sentido de que *suas estratégias, tendentes à recuperação do patrimônio da CERVEJARIA, ainda estavam sendo utilizadas.*

Pela clareza solar de tal conteúdo, cumpre trazê-la em sua inteireza, esclarecendo que o fez em resposta aos embargos à execução que moveu contra os corréus irmãos:

> ...Pois, alegar que o signatário está cobrando por um serviço que não foi prestado, é um absurdo, sendo de pleno conhecimento, que neste caso (execução fiscal nº 122/03), e em tantos outros, que se for necessário, serão trazidos à baila, a empresa embargante e seu advogado, deixaram propositalmente transcorrer o prazo para propor embargos de comum acordo com seu advogado à época, *ficou definido que, ante aos bens penhorados (5 veículos), o processo transcorreria até a fase do leilão, para daí se efetuar a arrematação ou remição dos bens por parentes dos sócios da Cervejaria Malta.*
> (...)
> Sendo ainda que, neste caso específico, *embora o signatário não tenha atuado em nome da embargante, o mesmo ingressou no processo em nome da arrematante Edna Schincariol visando agilizar a expedição de carta de arrematação, bem como, com a estratégia traçada juntamente com a empresa, o resultado foi extremamente positivo e vantajoso para a mesma*, fazendo jus ao percebimento de honorários contratados com a embargante.
> Ressalte-se ainda que, esta e outras estratégias traçadas pelo signatário juntamente com a empresa embargante, ante os seus resultados positivos, *visando a recuperação do patrimônio da mesma, estão sendo utilizados até hoje pela embargante, com o aval dos novos procuradores.*

Aludida prova é a peça fundamental que faltava nesse "quebra-cabeça" processual, haja vista ser possuidora de forte carga persuasiva e condensadora das demais provas produzidas, revelando que o réu, efetivamente, valeu-se da militância da advocacia para oferecer serviços tanto escusos quanto criminosos fitados a liberar os bens da CERVEJARIA MALTA LTDA das infindáveis constrições judicias que pesam sobre eles, "recuperando" o patrimônio de sua cliente.

Referida assunção imprópria da autoria delitiva empresta, agora, maior credibilidade ainda aos testemunhos prestados por MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA, FRANCISCO JOSÉ LONGUINI, ELIANI BUZZO e ROGÉRIO WOHNRATH BELLINI (dispositivo de mídia de fls. 1187) no sentido de que o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA participava ativamente, e com voz de comando, das reuniões nas quais a engrenagem criminosa era arquitetada.

Esse novo contexto probatório possibilita vislumbrar, também, a verdade nas afirmações dos irmãos FERNANDO e CAETANO FILHO de que foram orientados por seu advogado, o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, a, mais uma vez, preferir o caminho da marginalidade.

A autoria, pois, recai inegavelmente sobre o acusado JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA.

DA TIPICIDADE

A tipificação do delito de formação de quadrilha requer, inicialmente, a demonstração da prática estável e permanente de crimes.

O contexto probatório delineado nestes autos revela que os fatos subsumam-se aos tipos penais dos artigos 358, por 6 (seis) vezes, na forma do art. 71, e 288, c/c art. 69, todos do Código Penal.

O artigo 358 do Código Penal contempla a descrição típica do crime de "violência ou fraude em arrematação judicial", estando assim redigido:

> Art. 358 - Impedir, perturbar ou *fraudar arrematação judicial*; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

> Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Na esteira dos ensinamentos do saudoso JULIO FABBRINI MIRABETE (Código penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2049):

> As condutas típicas são as de impedir, perturbar *ou fraudar*, tal como no art. 335, com a distinção que diz respeito ao ato que é objeto da conduta, não mais concorrência ou hasta publica promovida pela administração direta ou indireta, mas arrematação judicial, ou alienação em hasta pública, promovida por particular (art. 686 a 707 do CPC).
> (...)
> Para a ocorrência do crime, é necessário que a arrematação esteja pelo menos aparelhada para seu início. Assim, a sustação do leilão com manobra fraudulenta do agente ao emitir cheque sem fundos para liquidação da execução não constitui o crime definido no art. 358, mas o do art. 171, VI, do CP. (op. cit. p. 2051)

Conforme já demonstrado, o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, juntamente com Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, incorreu na conduta típica de formação de quadrilha para "fraudar arrematação judicial".

Com efeito, na medida em que a arrematação, caracterizada como ato expropriatório, tem por fim transferir ao arrematante a titularidade do bem que antes pertencia ao executado([13]), as arrematações levadas a efeito pela empresa MACHADO acabaram por obstaculizar a essência do próprio instituto.

Na realidade, apenas aparentemente é que se pode afirmar ter havido arrematações, haja vista que os bens leiloados, à guisa das provas produzidas, sequer saíram do estabelecimento da CERVEJARIA MALTA LTDA, a qual, com tal manobra, conseguiu não apenas dar prosseguimento nas atividades industriais, como também livrá-los das demais constrições existentes em razão das inúmeras execuções fiscais contra ela propostas.

Dito de outro modo, a simulação concretizada entre a executada CERVEJARIAMALTA LTDA e a arrematante MACHADO TRANSPORTE LTDA EPP consistiu na arrematação de bens pela própria devedora, em valor inferior à avaliação e com pagamento parcelado em sessenta vezes, através da utilização de interposta pessoa (a arrematante MACHADO TRANSPORTADORA), empresa que integra (ou integrava) grupo econômico vinculado à devedora executada e seus sócios.

E nem se diga que executada e arrematante se tratavam de pessoas jurídicas diversas, e que, consequentemente, tais arrematações observaram os requisitos necessários à higidez, tendo havido transferência da titularidade dos bens arrematados.

A bem da verdade, as provas são robustas no sentido de que a empresa arrematante agia como *longa manus* da executada. Em outras palavras, tratava-se de empresa de fachada constituída exclusivamente para atuar na defesa dos interesses daquela última (CERVEJARIA MALTA LTDA – executada).

À época dos fatos, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, filha de CAETANO SCHINCARIOL e irmã de FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e de CAETANO SCHINCARIOL FILHO – *únicos sócios da CERVEJARIA*, era proprietária majoritária da empresa MACHADO,

13 Conforme lecionava Liebman, o órgão judicial, "no exercício de sua função, transfere a título oneroso o direito do executado para outrem". (*In* AMARAL, Moacyr Santos. Primeiras linhas de direito processual civil. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pg. 1980)

detendo cerca de 97,333% do seu capital social (fl. 333, apenso I do volume II).

Apenas para evitar a unipessoalidade no quadro social da empresa MACHADO, conforme relatado pelo corréu FERNANDO MACHADO nos autos do processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116, ROQUE DOMINGOS, CARLOS ALBERTO BITTENCOURT e MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA também constaram, cada qual em épocas diferentes e sucessivas, como sócios-proprietários daquela.

No entanto, a parcela de capital social que lhes cabia era diminuta (2,777% - f. 333 do apenso I do volume II). Além disso, nenhum dos sócios minoritários dispendeu qualquer importância para a aquisição de tais quotas, tampouco recebeu por elas quando das respectivas sucessões, além de que, enquanto sócios-proprietários, não percebiam pro labore ou qualquer outra forma de rendimento. Nesse sentido, os depoimentos de CARLOS ALBERTO e MARIA APARECIDA, bem como o interrogatório do corréu FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, todos realizados nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 e colacionados no dispositivo de mídia de fls. 1187.

CARLOS ALBERTO também confirmou que, com certeza, foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com ele (dispositivo de fls. 1187). Esse fato revela com claridade solar que os sócios da executada, CERVEJARIA MALTA LTDA, também estavam à frente da administração da arrematante (MACHADO).

Como se isso não bastasse, é preciso consignar que vultosa importância de dinheiro, cerca de R$ 100.000,00 (cem mil reais), utilizada para majorar o capital social da empresa MACHADO, originou-se de doação feita a EDNA por seu pai, que à época era sócio da CERVEJARIA MALTA LTDA., e que outro aporte, de aproximadamente R$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais), saiu da conta conjunta que EDNA mantinha com sua mãe, conforme revelam as provas colacionadas aos autos.

Vêm também ao encontro dessas constatações as provas de que a empresa MACHADO voltava-se à prestação de serviços quase que exclusivamente à CERVEJARIA MALTA, além do fato de o local indicado como sua sede (Av. Otto Ribeiro, nº 963) ter pertencido, pelo menos à época dos fatos, ao corréu CAETANO SCHINCARIOL FILHO, e ter servido de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA, conforme ilustrado às fls. 165 (apenso I, vol. I). Inclusive, o laudo de vistoria do Corpo de Bombeiros, juntado às fls. 363 (apenso I, vol. II), indica que o local era utilizado como garagem.

Por fim, os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e CAETANO SCHINCARIOL FILHO, quando inquirido judicialmente nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 (dispositivo de fls. 1187), *prova reiterada neste processo (f. 997/998), confessaram que JUVENAL, alertando-os de que a CERVEJARIA corria o risco de ter todos os bens leiloados, os aconselhou a pedir a EDNA, sua irmã e então sócia-proprietária da MACHADO, que os arrematasse e os arrendasse logo em seguida, nem que para tanto fosse preciso solicitar empréstimo ao corréu CAETANO SCHINCARIOL (pai de ambos).*

A vontade livre e consciente do réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA extrai-se do comportamento de instruir, orientar, seus clientes a fraudar as arrematações, os quais, sabedores da ilegitimidade da CERVEJARIA para ofertar lanços, e que tampouco se dispunham a remir a execução, valeram-se de interposta pessoa para assim o fazer. Consequentemente, lograram livrar os bens das penhoras e demais constrições judiciais sem que para tanto fosse necessário adimplir o valor integral das execuções, burlando flagrantemente a ordem jurídica.

Como se observa, dúvida não paira no sentido de que JUVENAL ANTONIO TEDES-

QUE DA CUNHA uniu-se aos corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI e CAETANO SCHINCARIOL, orientando e dirigindo as atividade desses, para fraudarem dolosamente as arrematações judiciais realizadas nos autos das execuções fiscais *nº 1999.61.16.001465-4 (POR DUAS VEZES), nº 2002.61.16.001025-0, nº 2003.61.16.000045-4, nº 2003.61.16.00232-3 e nº 2003.61.16.001182-8*.

A demonstração incontestável dos eventos criminosos dos quais participou JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA é fundamental para embasar a existência material e, consequentemente, a tipicidade do delito de formação de quadrilha ou bando preconizado no artigo 288 do Código Penal, na redação anterior à vigência da Lei nº 12.850/2013, assim descrita:

> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
> Pena - reclusão, de um a três anos.

No que tange ao número mínimo de pessoas associadas, percebe-se a satisfação da exigência legal.

Depreende-se dos autos que pelo menos 6 (seis) pessoas tiveram envolvimento direto com os fatos *sub judice*: EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, CAETANO SCHINCARIOL, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES e JUVENTAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA. Portanto, mais de três pessoas associaram-se *e mantiveram-se associadas permanentemente* com o propósito de fraudar arrematações judiciais, muito embora os dois primeiros já tenham falecido.

A propósito, consigne-se que EDNA e CAETANO SCHINCARIOL faleceram após a data da última arrematação([14]), as quais se deram nos dias 03/08/2006, 16/08/2006, 17/08/2006, 09/04/2007 e 24/04/2007.

Ainda que assim não fosse, a extinção da punibilidade em relação a alguns integrantes do grupo não tem o condão de descaracterizar o delito, consoante farta jurisprudência doméstica nesse sentido:

> STF: A extinção da punibilidade com relação a participantes do crime de quadrilha ou bando, reduzindo a apenas três o número dos que restam condenados, não repercute para desfigurar o tipo criminal que se consubstanciou no momento de sua consumação, pela atuação coletiva de agentes em número além do mínimo exigido. (RT 604/461).

> STJ: (...) No crime de quadrilha ou bando, que pressupõe a associação de mais de três pessoas, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto a dois corréus extingue apenas o direito de o Estado os punir, não descaracterizando, é induvidoso, o delito, nem afastando, em consequência, a imposição de pena aos demais acusados imputáveis, ainda que em número de dois. (RT 799/552). No mesmo sentido: EJSTJ 32/299.

Nessa linha intelectiva, tem-se por satisfeita a plurissubjetividade.

A estabilidade do vínculo associativo entre os corréus e o propósito delitivo também estão categoricamente comprovados.

14 EDNA MACHADO SCHINCARIOL faleceu no dia 01/05/2009 e o Sr. CAETANO SCHINCARIOL no dia 19/05/2009.

Conforme demonstram as provas mencionadas, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, CAETANO SCHINCARIOL, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES e JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA deliberaram conjuntamente acerca da constituição da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, derradeiramente denominada MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP, constituição essa fitada exclusivamente a arrematar bens da CERVEJARIA MALTA em leilões judiciais.

Embora apenas EDNA (com 97,3333% das quotas sociais – fls. 333) figurasse como sócia da empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA – ao lado de outros sócios que ao longo do tempo foram se sucedendo –, seus familiares – o pai e os irmãos, únicos sócios da CERVEJARIA MALTA LTDA – também tinham ingerência direta "na sua empresa".

Além disso, outra prova no sentido de que os sócios da CERVEJARIA também estavam envolvidos na administração da empresa MACHADO consta do depoimento prestado por CARLOS ALBERTO BITTENCOURT nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 (anexo neste processo através do dispositivo de mídia de fl. 780 do volume III), segundo o qual *com certeza foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com as dele.*

Por fim, relembre-se que coincidentemente no mesmo dia em que a empresa MACHADO efetuou DUAS grandes arrematações, as quais perfizeram um total de R$ 2.064.900,00 (dois milhões, sessenta e quatro mil e novecentos reais)([15]), seu capital social, que era de apenas R$ 20.000,00, foi elevado para R$ 375.000,00 (5ª alteração contratual – fls. 136, apenso I, vol. I), sendo que parte do dinheiro (R$ 66.000,00) saiu de uma conta bancária que EDNA mantinha em conjunto com sua mãe, enquanto que aproximadamente R$ 100.000,00 originaram-se de suposta doação feita por seu pai, CAETANO SCHINCARIOL (um dos sócios da CERVEJARIA).

É de se notar, aliás, que foi MARCOS ANTÔNIO NUNES quem, por ocasião dos leilões, ofertou lanços e subscreveu os respectivos autos de arrematação na condição de responsável máximo pela empresa MACHADO, conforme se denota das fls. 76 (apenso I, bem como dos autos de *arrematação que acompanham a presente* (fl. 90, apenso I do volume I e 366, apenso II do volume I).

Aliás, a prova coligida revela claramente que MARCOS administrava a empresa arrematante na época dos fatos sub judice, malgrado ter feito parte do seu quadro-societário somente a partir de fevereiro de 2008.

EDNA MACHADO, quando ouvida no Inquérito Policial do feito nº 001587-76.2007.403.6116, esclareceu que, em virtude dos seus problemas de saúde, a gerência e administração da empresa MACHADO ficaram a cargo de MARCOS, o qual dispunha de uma procuração que, inclusive, lhe conferia poderes para "... dar lance de arrematação em leilões de bens, assinando termo de arrematação e respectivo auto, efetivar os correspondentes depósitos de valores em todos os procedimentos envolvendo os interesses da empresa..." e "... pagar taxas, guias de recolhimentos, receber e dar quitação". Confirmaram essa versão MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA (dispositivo de fls. 1187), CARLOS ALBERTO POMARI (dispositivo de fls. 1187) e os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL (dispositivo de fls. 1187) e CAETANO SCHINCARIOL FILHO (dispositivo de fls. 1187).

15 A) Autos nº 2003.61.16.000232-3 – Data: 16/08/2006. Valor: R$ 180.000,00 (fl. 21, apenso II, vol. I); B) Autos nº 2003.61.16.000045-4 – Data: 16/08/2006. Valor: R$ 1.884.900,00 (cópia em anexo).

É indene de dúvida que amplos poderes assim só são atribuídos a quem realmente disponha de poderes para gerenciar a pessoa jurídica.

Pouco importa, ainda, a circunstância de à época dos fatos MARCOS não ter constado do quadro social da empresa, até porque é irrelevante à configuração do crime de quadrilha a divisão de tarefas e o estabelecimento de lideranças, tampouco o conhecimento entre si dos participantes.

> STJ: Crime de quadrilha, pelo seu caráter plurissubjetivo, dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa, bastando o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo para a prática de crimes. (RSTJ 110/354)
> JSC: No crime de formação de quadrilha ou bando pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição, de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo. (RT 655/319)

Também não descaracteriza o delito o fato de apenas MARCOS ter comparecido nos leilões e procedido às arrematações, afinal ele assim o fazia justamente em razão do suporte ofertado pelos demais corréus. Nesse sentido:

> TJSP: Aquele que, de qualquer forma, concorra para a trama ilícita, responde pelo crime de quadrilha ou bando, ainda que não tenha participado da execução material dos delitos perpetrados pela sociedade criminosa, pois o crime se consuma pela simples associação e não pelos resultados. (RT 747/652)

Ao réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA coube, nada mais nada menos, o papel de mentor da empreitada criminosa, sendo ele quem, primeiramente, alertou os comparsas sobre a possibilidade de todos os bens da CERVEJARIA serem alienados forçadamente e, então, idealizou, estruturou e concretizou as fraudes às arrematações, orientando o comportamento dos demais.

Trilhando seu comportamento por esse norte, JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA fez com que suas condutas amoldassem-se, por subordinação típica direta e imediata, aos tipos penais previstos nos artigos 288 e 358 do Código Penal. *No entanto, a peça acusatória, possivelmente em virtude da prescrição da pretensão punitiva dos delitos de fraude à arrematação, não incluiu aludido tipo penal, limitando-se a denunciá-lo pelo cometimento do crime de formação de quadrilha ou bando.*

2.3 DA DOSIMETRIA DA PENA

Das circunstâncias judiciais

A *culpabilidade* deve ser sopesada em desfavor do acusado porque se valeu do conhecimento jurídico que detinha por ser advogado e da ampla visão jurídica que tal situação lhe possibilitava para, dessa forma, arquitetar *juridicamente* toda a estratagema criminosa colocada em prática pela quadrilha da qual participante.

Com conhecimento jurídico específico, mormente na seara do direito penal tributário, o réu não apenas alardeou aos demais corréus a possibilidade de alienação judicial de todos os bens da sociedade empresária CERVEJARIA MALTA LTDA como, também, apresentou-os um novo horizonte a aclarar a situação profissional, processual e criminal deles - que, à essa altura, já estava judicialmente nebulosa -, uma oportunidade de permanecerem nos bens já

constritos e com leilões designados, evitando a transferência forçada desses bens a terceiros e, consequentemente, a paralisação das atividades empresariais.

O réu não registra antecedentes criminais, além de inexistirem meios para aferir sua personalidade, e, ademais, não há provas de que seu comportamento social seja merecedor de apontamento negativo.

Os motivos não foram além de unir esforços para praticar crimes reiterada e permanentemente.

As *circunstâncias* pesam em contrário ao acusado porque a quadrilha praticara os delitos mediante a constituição de empresa informal, ou seja, de "fachada" (MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP), fitada exclusivamente para concretizar os desideratos criminosos.

A audácia foi tamanha que a empresa foi forjada mantendo o mesmo endereço da CERVEJARIA MALTA LTDA, numa clara demonstração de que os agentes, incluindo o réu, estavam certos da impunidade do crime, tanto que somente alteraram o endereço quando o Ministério Público Federal questionou a identidade com o daquela.

Paralelo a isso, notou-se alteração contratual na empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, mediante injeção fictícia de aumento de capital social, na exata medida em que também se aumentava a ganância do bando na arrematação de bens de altos valores, ou seja, para lastrear formalmente a arrematação milionária, tudo para dificultar sobremaneira a punição ou garantir a vantagem da ação fraudulenta.

Nota-se, ainda, que o engenho criminoso foi bem orquestrado no sentido de entabular-se, também ficticiamente, contratos de locação nos quais a empresa MACHADO TRANSPORTE LTDA (denominação alterada posteriormente para MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – EPP) figurava como locadora, em contratos igualmente fictícios, à CERVEJARIA MALTA LTDA dos bens arrematados fraudulentamente, tudo a possibilitar que essa permanecesse nos bens cujas alienações buscava-se.

As *consequências*, igualmente, são dignas de maior reprovabilidade, porquanto beneficiou sobremaneira a CERVEJARIA MALTA LTDA que, até hoje - e a despeito de manter dívida bilionária com o fisco e ostentarem seus sócios um cabedal de condenações pelo cometimento de crimes tributários (algumas, inclusive, já transitadas em julgado), está na disposição dos bens e os utiliza na continuidade do processo industrial. Assim, não fosse a atuação exitosa da quadrilha na fraude à arrematação, já não deveriam tais bens estar sobre seus cuidados e, fatalmente, o fechamento da unidade empresarial seria certo.

A rigor, portanto, a CERVEJARIA MALTA LTDA, através de esquema criminoso em apreço, foi premiada na manutenção da livre disposição desses bens cuja fraude à arrematação frustrou a alienação forçada, estando nessa situação até então.

Essas consequências vão além, pois, perpassam à sociedade a imagem de descrédito com relação à Justiça Federal, pois, empresa notoriamente sonegadora de tributos, cujos sócios já foram reiteradas vezes condenados criminalmente por delitos desse jaez, continua explorando normalmente sua atividade como se intocável fosse, e tudo isso graças às nulidades das arrematações causadas pelas fraudes perpetradas pelos agentes, cuja consequência foi a sempre almejada pelo bando: manter a CERVEJARIA MALTA LTDA na disposição dos bens judicialmente constritos pelo maior tempo possível. A perenidade desse lapso temporal demonstra, a um só tempo, o sucesso da empreitada criminosa e o fracasso do Estado na repressão aos crimes cometidos.

O comportamento da vítima – UNIÃO – não é influente.

Havendo 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a *pena-base em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão*, esclarecendo que cada circunstância judicial desfavorável fora fixada em 3 (três) meses mediante cálculo matemático consubstanciado na divisão da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas (24 meses) por 8 (número de circunstâncias judiciais), desprezando-se eventuais frações.

Das causas agravantes e atenuantes

Faz-se presente a agravante arrolada na alínea "g" do inciso II do artigo 61 do Código Penal, eis que o réu agiu com violação de dever inerente à profissão de advogado, ofendendo o disposto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.906/94, cumulado com o artigo 2º, parágrafo único, inciso I e II, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Também está nitente a presença da causa agravante prevista no artigo 62, I, d Código Penal, porquanto as provas subjetivas demonstraram inequivocamente que o réu dirigiu as atividades dos demais agentes, traçando a estratégia criminosa e orientando-os a segui-la, como admitido pelo próprio réu nos documentos de fls. 997/998 (Volume IV).

Esclareço, ademais, que a ausência de tal agravante na denúncia não obsta seu reconhecimento de ofício pelo Juiz, consoante previsão expressa no artigo 385 do Código de Processo Penal.

Não há circunstância atenuante.

Assim sendo, e adotando o mesmo produto matemático oriundo do método já referido, *agravo a pena em 6 (seis) meses* em razão das 2 (duas) circunstâncias agravantes para perfazê-la, por ora, em *2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.*

Das causas de aumento e de diminuição

Não há.

Da pena definitiva

Fica a pena definitiva estabelecida em *2 (dois) anos e 3 (três) de reclusão.*

2.4 Das disposições processuais

O réu poderá apelar em liberdade porque assim permaneceu durante todo o curso do processo.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do CP.

Presentes os requisitos do artigo 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço comunitário e outra pecuniária, ambas a serem definidas pelo juízo da execução.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal deduzida na inicial para CONDENAR JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, (brasileiro, maior, advogado, natural de Assis/SP, nascido em 14/09/1953, filho de Juvenal Laureano da Cunha e Alzira Tedesque da Cunha, portador do RG nº 6.314.089 SSP/SP, inscrito no CPF sob o nº 538.423.408-34, residente na Rua 9 de Julho, 09, Assis/SP) *à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) de reclusão pela prática do delito de formação de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal.*

4. Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais.

5. Transitada em julgado a sentença: a) oficie-se a Justiça Eleitoral competente, dando-

lhe ciência desta condenação para que proceda às providências pertinentes (CF, art. 15, III); b) inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados; c) façam-se as comunicações e anotações de praxe; e d) expeça-se carta de guia de recolhimento para o processamento da execução da pena respectiva; e) comunique-se a Ordem dos Advogados do Brasil, tanto à Subseção de Assis/SP quanto à Subseção de Marilia/SP, sede do Tribunal de Ética da referida entidade, com cópia integral da presente sentença.

6. Ao SEDI, para que proceda à alteração na situação processual do réu, que deverá passar à condição de "condenado".

7. Oficie-se, com cópia integral da presente sentença, ao Ministério Público Federal para a adoção das providências cabíveis, se assim lhe convier, no sentido de retirar os bens, cujas arrematações foram anuladas pelas fraudes cometidas pela quadrilha, da livre disposição e uso dos sócios da sociedade empresarial denominada CERVEJARIA MALTA LTDA., considerando o descrédito que tal situação vem causando à Justiça.

8. Ultimadas as providências necessárias, arquivem-se os autos com baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Assis/SP, 22 de maio de 2015.

Juiz Federal Substituto LUCIANO TERTULIANO DA SILVA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0000373-64.2013.4.03.6108

Autor: FERNANDA LOFIEGO RENOSTO
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2015

Extrato: Perdimento de veículo batedor a caminhão introdutor de mercadoria estrangeira sem regular documentação - Valor das mercadorias mui superior ao dos dois veículos implicados - Legalidade do gesto estatal hostilizado - Reincidência por parte do motorista do carro auxiliar - Improcedência ao pedido.

Vistos etc.

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Fernanda Lofiego Renosto, qualificação a fls. 02, em face da União, por meio da qual requer a declaração de nulidade do Auto de Infração 0810300/00098/2012, sua multa decorrente, bem assim almeja a anulação da pena de perdimento do veículo GM Montana, placa DXY-6002, de sua propriedade, pois nada de ilícito foi encontrado no automóvel, nem com seu condutor (genitor de Fernanda) - o carro, segundo a Polícia Federal e a Receita Federal, trafegava como "batedor" do caminhão que transportava carga de cigarro sem documentação de importação - aduzindo ser inconstitucional a pena de perdimento, tanto quanto ser terceira de boa-fé, porque não praticou qualquer ilícito, além de não ter sido demonstrada a responsabilidade do proprietário do bem para com a prática delituosa, invocando a desproporcionalidade do ato de apreensão do veículo, que tem efeito de confisco. Colimou a antecipação de tutela, a fim de que o veículo seja restituído e fique em sua posse. Postulou os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, deferidos a fls. 165.

A fls. 177/178, a antecipação de tutela foi indeferida.

Interposto instrumentado agravo, fls. 184, houve deferimento parcial do efeito suspensivo, para o fim de restituir o automóvel à proprietária, na condição de fiel depositária, fls. 218/221.

Contestou a União, fls. 207/215, defendendo que as disposições legais autorizam a aplicação da pena de perdimento, pois o automóvel foi utilizado para auxiliar e permitir o êxito de prática delituosa.

Réplica, fls. 241/244, com pedido de produção de prova testemunhal.

Sem provas pela União, fls. 249.

Lavrado termo de entrega e compromisso de fiel depositário, fls. 247.

Manifestou-se o MPF pelo regular processamento do feito, fls. 254.Oitiva de testemunhas realizada, fls. 283 e seguintes.

Alegações finais, fls. 291/294 e 296/297.

A fls. 307/309, foi determinado que a parte autora trouxesse elementos comprovadores de que sofreu autuação em seu próprio nome, uma vez que a documentação dos autos aponta sanção unicamente em nome de Luiz Roberto Renosto, tanto quanto oportunizou-se a manifestação acerca das alegações finais da União.

Requeridas dilações de prazo por duas vezes, fls. 312 e 315, deferidas, fls. 313 e 316, quedou inerte a interessada, fls. 319.

É o relatório.

DECIDO.

Primeiramente, não se há de falar em anulação da multa nem do Auto de Infração, porquanto a autora não comprovou sofreu qualquer autuação - exceto o perdimento do veículo - uma vez que a documentação carreada ao feito aponta sanção a Luiz Roberto Renosto, fls. 67/69, deixando a parte requerente de atender ao comando de fls. 307/309.

Por sua vez, o ato alvejado, fls. 63/65, em âmbito fático, nem é questionado por Fernanda, pois flagrado um caminhão com mercadorias estrangeiras pelo interior do Brasil (cigarro), acompanhado por automóvel batedor (de propriedade formal de Fernanda, fls. 38, mas conduzido por seu genitor) em linguagem aduaneira conhecida como zona secundária, sem documentação hábil à comprovação de sua regular importação.

Realmente, constata-se o estrito cumprimento, formal e efetivo, por parte da União, ao se arrimar no inciso V do art. 104, do Decreto-Lei (DL) 37/66, o qual prevê a perda do veículo quando a conduzir mercadoria passível de perdimento e pertencente ao responsável infracional e, para o caso concreto, aplicável também ao carro batedor, por direta participação no ilícito.

Ao assim se conduzir o Estado, em verdade, denota observância cerrada à legalidade dos atos administrativos, de estatura constitucional, consoante o *caput* do artigo 37.

É dizer, no âmbito da teoria geral das provas e em sede de seu ônus, avulta manifesto não deu cumprimento a parte demandante ao encargo que lhe vem descrito no inciso I do art. 333 do CPC.

De efeito, se o perdimento incide sobre o veículo a conduzir mercadorias estrangeiras, evidente também recaia sobre aquele que comprovadamente concebeu suporte à prática do ilícito, não logrando a parte postulante, em nenhum momento, demonstrar fato distinto, patente a necessidade deste meio de transporte para introdução, no País, dos referidos bens, auxiliado por veículo conduzido por seu genitor.

Desta forma, a amoldagem do caso em espécie ao dispositivo punitivo examinado é máxima.

Ora, é exatamente este o contexto dos autos, em que nenhum desígnio autônomo animou a introdução das mercadorias estrangeiras no País.

Nesta senda, no auto de prisão a Polícia Federal bem descreveu a ação de Luiz Roberto Renosto, que seguiu à frente do caminhão transportador de cigarros, numa espécie de escolta, tendo informado aos agentes, ainda, que metade da carga lhe pertencia, fls. 33/34.

Por igual, Luiz Roberto possui histórico na prática delituosa, fls. 63, último parágrafo, e fls. 304/306, possuindo diversas passagens por região de fronteira, fls. 299/303, assim pessoa afeta a este tipo de comércio.

É dizer, descabido "fazer vistas grossas" a viagens destinadas à região da fronteira com o Paraguai, mui bem se sabendo que as "excursões" para aquelas localidades têm o nítido cunho de efetuar compras no país vizinho, decorrendo daí a infração aqui alvo de discussão.

Efetivamente, em contraposição ao tom de "inocência" apregoado na peça vestibular, mui bem flagrou a Receita Federal que Fernanda tinha o mesmo endereço de seu pai, sendo que somente teve emprego formal um mês após a aquisição do carro, tudo explicitamente rumando ao estratagema capitaneado por Luiz Roberto, pessoa conhecedora dos trâmites aduaneiros, por ser reincidente na conduta, portanto pleno o conhecimento da prática do ilícito, dolosamente tendo colocado o carro em nome de terceira pessoa com o intuito de se ver livre de qualquer tipo de punição, nada mais absurdo ...

Ou seja, permitir-se a liberação do automóvel (objetivamente também "instrumencta sceleris") em pauta significaria compactuar com a perpetuação de atividade ilícita para, num futuro previsível/próximo, novamente haver apreensão com mais mercadoria ilegal, quando então Luiz Roberto continuará com suas "excursões" na fronteira e, então, alguém virá ao Judiciário alegar "boa-fé", porque obviamente o veículo não estará em nome de Luiz Roberto, situação evidentemente a não subsistir, porque destoante do ordenamento jurídico e de qualquer conceito de razoabilidade.

Em outro explanar, o sucesso desta demanda em prol do ente privado traduziria verdadeira afronta ao Estado, desafiando o seu poder sancionador e fazendo das leis vigentes letra morta, além de configurar celebração à impunidade, mal que campeia e se difunde entre os infratores, tornando a prática delituosa meio de vida sustentável, circunstância que a demandar vigorosa repressão, não, condescendência.

Deste modo, diante do contexto fático dos autos, de todo o acerto o ato praticado pela Receita Federal do Brasil, cenário este em consonância com o v. entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO - DECRETO-LEI 37/66 - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO OCORRÊNCIA - PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO - APLICABILIDADE SE COMPROVADA A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NA PRÁTICA DO DELITO....
> 3. A pena de perdimento de veículo utilizado para conduzir mercadoria sujeita a mesma sanção está prevista no art. 96 do Decreto-Lei nº 37/66, exigindo a norma, para a perfeita subsunção do fato à hipótese nela descrita, que o veículo esteja transportando "mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção" (art. 104, V).
> *4. Tratando-se de dispositivo legal que disciplina, especificamente, a aplicação da pena de perdimento de veículo, a expressão "pertencer ao responsável pela infração" tem relação com o veículo transportador, e não com as mercadorias transportadas.*
> *5. Ainda que o proprietário do veículo transportador ou um preposto seu não esteja presente no momento da autuação, possível será a aplicação da pena de perdimento sempre que restar comprovado, pelas mais diversas formas de prova, que sua conduta (comissiva ou omissiva) concorreu para a prática delituosa ou, de alguma forma, lhe trouxe algum benefício (Decreto-Lei nº 37/66, art. 95).*
> 6. Entendendo o Tribunal de origem que a empresa autora concorreu para a prática do ato infracional ou dele se beneficiou, não é possível rever essa conclusão em sede de recurso especial, por incidir o óbice da Súmula 7/STJ.
> 7. A apreensão do veículo durante a tramitação do procedimento administrativo instaurado para averiguar a aplicabilidade da pena de perdimento constitui medida legítima, consoante os ditames do art. 131 do Decreto-Lei nº 37/66.
> 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido, prejudicado o pedido de antecipação da tutela recursal.
> (REsp 1243170/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013)

Por igual, também merecem destaque os v. precedentes infra, a chancelarem a legalidade do ato combatido:

> TRIBUTÁRIO. PERDIMENTO DE VEÍCULO. AUTOMÓVEL "BATEDOR". POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO.
> *1. Ficando demonstrada a utilização de veículo como "batedor" na atividade de introdução*

ilegal de mercadoria estrangeira no território nacional, possível a pena de perdimento desse veículo, que contribuiu, decisivamente, para a prática do ilícito. Orientação da 1ª Seção deste Tribunal.
2. A proporcionalidade no contexto da norma vertente deve ser avaliada não apenas sob o prisma matemático, mas, sobretudo, axiológico, uma vez que a perda do bem não visa somente o ressarcimento ao Erário, mas, também e precipuamente, impedir a habitualidade do contrabando e do descaminho. Este critério dita que sanção tão gravosa como é o perdimento, que importa em verdadeira constrição à liberdade e à propriedade, somente deve ter lugar quando se está diante de situação em que o veículo não cumpre sua função social, vale dizer, é utilizado de forma contrária aos interesses públicos.
3. Para tanto, a conduta deve revelar-se ofensiva, não apenas aos interesses do Erário, já reparado com a perda dos produtos, mas também a valores juridicamente identificados com a coletividade, tais quais, a balança comercial, a concorrência leal, a saúde pública e os direitos do consumidor.
4. Enfim, há de ser feito o juízo de adequação axiológica e finalística entre o ilícito cometido e a sua consequência jurídica, enfocando-se o problema pelo critério da conduta, de modo a sacrificar o mínimo possível de direitos.
5. A tentativa de internalizar o bem sem o cumprimento das formalidades aduaneiras merece censura, mas não demonstra afronta aos interesses de toda a sociedade. Importa lembrar que a pena de perdimento visa impedir a habitualidade do contrabando e do descaminho e outras condutas infratoras à legislação aduaneira.
6. As provas constantes nos autos demonstram que não se trata de proprietário com potencialidade de incorrer novamente no delito, ficam superadas as razões que motivam a aplicação da pena de perdimento.
7. Se o objetivo da medida é retirar do proprietário o instrumento do delito evitando que ele reincida na infração, constatado que o proprietário do automóvel não é reincidente nem, tampouco, apresenta potencialidade de incorrer novamente no delito, ficam superadas as razões que motivam a aplicação da pena de perdimento.
(TRF4, AC 5002930-73.2014.404.7110, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 16/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE ILEGAL DE MERCADORIAS. VEÍCULO AUTOMOTOR. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NÃO AFASTADA (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA OBJETIVA). INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. POSSIBILIDADE. DECRETOS-LEI Nºs 37/66 E 1.455/76; DECRETO Nº 4.543/2002 E LEI Nº 10.833/03. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE.
...
3. A Sétima Turma deste Tribunal entende, todavia, ser legítima a apreensão de veículos por transporte de mercadorias sem a documentação legal e sem a comprovação de internação regular no país, respondendo pela infração quem dela se beneficie ou para ela concorra direta ou indiretamente ("responsabilidade objetiva do proprietário do veículo"). Nesse sentido, confiram-se os seguintes arestos: TRF1, AG 0008602-63.2010.4.01.0000/MG, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, 28/05/2010 e-DJF1 p.344; TRF1, AC 200534000264055, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, E-DJF1 DATA: 04/12/2009, P. 457.
4. Recentemente, nos autos do AgRg no AG nº 0040583-13.2010.4.01.0000-DF, Sessão de 22/03/2011, Rel. designado DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, este Órgão fracionário reafirmou a mencionada responsabilidade objetiva e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade em situações de tal natureza, considerando especialmente a natureza do ilícito praticado. Na dicção majoritária da Turma: a) "As normas que regulam a aplicação

da pena de perdimento são cristalinas, devendo a interpretação ser feita de forma literal." b) "O transporte irregular de mercadorias importadas sem a devida documentação legal sujeita o transportador à pena de multa e à retenção do veículo, nos termos do disposto no art. 75 e 1º, da Lei nº 10.833/2003, cuja constitucionalidade é presumida." c) "O proprietário, o transportador e o consignatário respondem, conjunta ou isoladamente, pela infração que decorrer do exercício de atividade própria do veículo ou de ação ou omissão dos seus tripulantes. (Decreto-Lei nº 37/66, art. 95.)." d) A prevalecer o entendimento da parte autora "de que deve ser afastada a responsabilidade que lhe é legalmente atribuída, decorrente de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, ter-se-ia inviabilizado todo o trabalho de fiscalização." e) "Não se pode alegar boa-fé quando há desvio de finalidade." (AC 0018228-19.2009.4.01.3500/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, Sétima Turma,e-DJF1 p.315 de 08/04/2011).
5. No que tange ao veículo "batedor", também está sujeito a apreensão, por acobertar atos ilícitos. Nesse sentido, confira-se o julgamento proferido na AMS 00052363420114036108, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2013.
6. Apelação não provida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator. Sentença mantida.
(AMS , DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:29/11/2013 PAGINA:564.)

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PENA DE PERDIMENTO. PROPORCIONALIDADE. ENVOLVIMENTO DO IMPETRANTE NA PRÁTICA DA CONDUTA DELITUOSA.
1. A responsabilidade do impetrante resta evidenciada na medida em que forneceu o meio material para a prática do ilícito, não sendo os documentos acostados aos autos suficientes para demonstrar a boa-fé por ele alegada.
2. Observe-se, inicialmente, que, na mesma data de 20/06/11, outro veículo da propriedade do impetrante (caminhão Volvo, chassi YV2A4B3C8WA277739, placa 2103 YCP) foi apreendido pela Secretaria de Estado de Fazenda do MS, quando, conduzido por Jorge Ederzon Huerta Giogetty, transportava 429 kg de vestuário diverso, mercadoria de procedência estrangeira sem a regular documentação de ingresso no país (fls. 108/109 - Auto de Infração e Termos de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0145200/SAANA000041/2011).
3. Pela análise do auto de prisão em flagrante, verifica-se que os caminhões objeto de apreensão eram amparados por dois veículos, que faziam o serviço de batedores (fls. 53/56), o que denota que a atuação do impetrante se deu de forma organizada, e não ocasional.
4. No caso em tela, o veículo era conduzido por Marco Antônio Barrera Escalante, empregado da empresa Viltrans, sociedade unipessoal cujo titular é o ora apelante, a quem cabia, portanto, o dever de cuidado em relação à escolha do funcionário que contrata para lhe prestar serviços, devendo fiscalizar a sua atuação, sob pena de responder com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*.
5. O contrato firmado entre o impetrante e a empresa Ingenio Sucroalcoholero Aguai S.A. não é apto a fazer prova da sua boa-fé.
6. Diminuta diferença entre os valores acima mencionados, não havendo que se falar, portanto, na desproporcionalidade da sanção.
7. Apelação a que se nega provimento.
(AMS 00014648420114036004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2013)

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PENA DE PERDIMENTO. PROPORCIONALIDADE AFASTADA PELA HABITUALIDADE DA CONDUTA.
1. Foram duas as razões para a apreensão do veículo cuja restituição ora se requer: ter sido

a ora apelante abordada quando transportava mercadoria de procedência estrangeira sem prova da sua regular importação e ter servido de "batedor" para outro veículo, carregado de um considerável número de maços de cigarro.
2. Quanto à atuação como "batedor", verifica-se haver nos autos mais que meros indícios de ter a impetrante assim agido. Consoante apurado no inquérito policial nº 0095/2011-4 (fls. 46/60), Celestiano Neto Alves, condutor do Ford Ka, ao ser abordado pelos policiais, ofereceu-lhes propina e confidenciou que havia três "batedores" em uma picape Fiat Strada. Por sua vez, Tânia Portela Lima, ora apelante, admitiu o fato de ter feito comboio com o veículo Ford Ka, o qual foi também confirmado por Roger Alves Freitas e por Leonardo Felix Viana, namorado da impetrante.
3. Quanto ao fato de ter sido a impetrante abordada quando transportava mercadoria de procedência estrangeira sem prova da sua regular importação, a sua responsabilidade resta evidenciada na medida em que é ela a proprietária do veículo apreendido e que o estava conduzindo quando da sua apreensão.
4. De acordo com a jurisprudência uníssona do E. Superior Tribunal de Justiça, a pena de perdimento revela-se legal desde que haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias e do veículo apreendido.
5. Ainda que se possa vislumbrar a desproporcionalidade entre os bens em jogo, há de ser afastado o citado entendimento, uma vez que, aqui, o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado cum grano salis, de forma ponderada, para que não seja beneficiado aquele que age em desacordo com ordenamento jurídico.
6. Não basta que seja verificada a relação entre os valores dos bens apreendidos; deve-se investigar, igualmente, a existência de circunstâncias que indiquem a reiteração da conduta ilícita, a qual encontra-se presente, já que o veículo de propriedade da ora apelante foi utilizado diversas outras vezes para cruzar a fronteira do Paraguai, consoante apurado junto ao sistema SINIVEM (fl. 89), o que caracteriza a habitualidade na conduta da impetrante.
7. A apelante tem domicílio em Campinas/SP, foi à Foz do Iguaçu em 12/04/11 para retornar no dia 13/04/11 e seu veículo possui 26 registros anotados em um período de 2 meses.
8. Precedentes.
9. Apelação a que se nega provimento.
(AMS 00052363420114036108, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2013)

Deveras, afigura-se grave a conduta em análise, pois acarreta prejuízos à indústria e à economia nacionais, além de representar ilícito de ordem tributária e criminal: logo, plena a adequação do procedimento adotado pelo Fisco Federal, porque em consonância com as diretrizes legais vigentes, mais lesiva ainda a conduta porque constatada reincidência, circunstância a afastar qualquer debate acerca da proporcionalidade de valores - ainda que assim não fosse, a carga tem valor de R$ 70.500,00, quando os veículos estão avaliados em R$ 39.000,00 (caminhão) e R$ 25.000,00, fls. 41 - assim indelével a licitude da aplicação da pena de perdimento, este o pacífico entendimento do C. STJ:

TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DE BEM. REITERAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA. ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ.
1. A jurisprudência do STJ entende que a reiteração da conduta ilícita dá ensejo à pena de perdimento, ainda que não haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias apreendidas e o do veículo....
(AgRg no AREsp 402.556/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 05/12/2013)

TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. VEÍCULO TRANSPORTADOR (AUTOMÓVEL). REQUISITOS. NECESSIDADE DE REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
1. Na hipótese dos autos, a Corte de origem denegou a liberação de veículo apreendido, usado na prática do delito de transporte de mercadorias sem a documentação legal e sem a comprovação de internação regular no País.
2. Por ocasião do exame da pena de perdimento do veículo, deve-se observar a proporção entre o seu valor e o da mercadoria apreendida.Porém, outros elementos podem compor o juízo valorativo sobre a sanção, como por exemplo a gravidade do caso, a reiteração da conduta ilícita ou a boa-fé da parte envolvida.
3. In casu, *o Tribunal de origem destacou a existência de fortes indícios de responsabilidade do proprietário e o grau de reprovabilidade da conduta. Ademais, com base nos elementos fáticos-probatórios, constatou o Sodalício de origem que o veículo objeto da pena foi especialmente preparado para a prática do delito.A modificação do decisum vergastado demanda revolvimento de fatos e provas. Súmula 7/STJ.*
4. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 1411117/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014)

Por conseguinte, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como os arts. 5º, XXII, 150, IV e 170, II, CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no art. 269, I, CPC - doravante sem efeito o termo de fls. 247 - porque lícita a aplicação da pena de perdimento, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com atualização monetária até o seu efetivo desembolso, com juros segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/2013, condicionada a execução desta rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo firmados pela Lei 1.060/50, por este motivo ausentes custas, fls. 165.

Comunique-se ao E. TRF-3 sobre a prolação da presente (AI 0008801-26.2013.4.03.0000, fls. 218).

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0003485-41.2013.4.03.6108

Autor: OZANA MARQUES DE SOUZA
Réus: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOAQUIM EURÍPEDES ALVES PINTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015

OZANA MARQUES DE SOUZA propôs a presente ação em face da UNIAO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, pretendendo indenização por danos materiais e morais, em razão do falecimento de seu pai, por ocasião do golpe militar de 1964, vítima de atos de tortura cometidos pelo regime militar.

Alega a autora, em síntese, que foi reconhecida a condição de anistiado político de seu pai, fazendo jus, portanto, às indenizações previstas na Lei nº 10.559/2002.

A União ofertou contestação às f. 70/74 alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, e, no mérito, sustentou a improcedência do pedido.

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua vez, apresentou defesa às f. 77/93, arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e prescrição. No mérito, pleiteou a improcedência do pedido deduzido na inicial.

Réplica às f. 97/108.

É o relatório. Decido.

Julgo antecipadamente a lide, na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, ante a desnecessidade de produção probatória.

De início, afasto a preliminar de prescrição arguida pelos réus.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura, prisão ou demissão, por motivos políticos, durante o regime militar.

Isto porque, neste período, agentes governistas impuseram à população um regime ditatorial onde imperava a prática de atos que importaram em verdadeira violação aos direitos fundamentais, entre eles a dignidade humana.

Ressalte-se, que nos casos como o dos autos, não se cogita na aplicação do Decreto nº 20.910/32, válido apenas para as situações de normalidade. A União não pode dele se socorrer com o intuito de se eximir da reparação dos danos causados em virtude da violação aos direitos humanos fundamentais, os quais são imprescritíveis e protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. REDUÇÃO DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.559/2002. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 282 e 356/STF.
> 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição quinquenal disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões.

Precedentes.
2. O argumento referente à afronta ao Princípio da Reserva de Plenário foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese.
3. O art. 16 da Lei nº 10.559/02, bem como a tese a ele vinculada que "é impossível cumular as indenizações concedidas com base na Lei nº 10559/02" (e-STJ fl. 640), não foi objeto de debate pela instância ordinária, e o recorrente nem sequer provocou a questão via embargos de declaração. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.
4. Agravo regimental não provido.
(STJ, Segunda Turma, AGARESP 201300519402, Desembargador CASTRO MEIRA, DJE data 05/06/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.559/2002. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.
2. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Assim, desnecessária a discussão em torno do termo inicial da contagem do prazo prescricional.
3. A revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu nos presentes autos.
(...)
(STJ, Primeira Turma, AGA 201001454976, desembargador BENEDITO GONÇALVES, DJE data 13/09/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE PLEITEAR INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DOS ATOS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*. ART. 63 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR-SE O TERMO *A QUO* DA PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO DECRETO Nº 20.910/1932, DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI Nº 9.140/1995 INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO.
1. A inaplicabilidade do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 ressoa inequívoca. Deveras, os atos praticados no período do regime de exceção são imprescritíveis, porque atentaram contra a dignidade da pessoa humana.
2. Tampouco a presente hipótese insere-se no Código Civil. Tanto assim, que não se cuida de ilícito civil, mas, antes, de infração tipificada na Lei Penal.
3. A Lei nº 9.140, 5 de dezembro de 1995, a despeito de ter reconhecido como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, bem como de ter possibilitado o pleito indenizatório, omitiu-se, todavia, quanto ao tema respeitante à prescrição.
4. No *sub examinem*, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, anistiou todos aqueles que praticaram "crimes políticos" e os que perpetraram condutas conexas a esses "crimes", e, aí, entenda-se a prática de tortura, e, via de consequência, impediu que essas pessoas fossem processadas. Por isso, sem a deflagração do termo *a quo* da prescrição, é evidente que não há falar no aperfeiçoamento do instituto em comento.
4. O art. 63 do Código de Processo Penal exige o trânsito em julgado da sentença condenatória

como marco deflagrador do prazo prescricional. Portanto, se é certo que a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 impediu que os perpetradores do delito de tortura fossem criminalmente processados, não é somenos a inviabilidade de fixar-se o termo *a quo* da prescrição.
5. A jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que, na hipótese de ação indenizatória *ex delicto*, o prazo prescricional do direito de pleitear a reparação começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes: AgRg no Ag 951.232/RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 5 de setembro de 2008 e REsp 907.966/RO, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 9 de abril de 2007.
6. *Ad argumentantum* tantum, as assertivas de que a Constituição Federal faz expressamente constar todas as hipóteses de imprescritibilidade, sendo que, dentre elas, não está prevista a indenização pelos atos praticados no regime de exceção, é inarredável. Sucede que essa questão deve ser relegada a segundo plano, já que a nova ordem de interpretação principiológica da Lei Fundamental, à luz do pós-positivismo, sinaliza que a solução do litígio, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a quaestio apresentada, e não para a norma em si. Dessa forma, tendo em vista a gravidade do crime perpetrado e o bem a que se visa tutelar, não se pode interpretar a Carta de 1988 em numerus clausus.
7. O óbice legal à apuração das infrações perpetradas no regime de exceção preconizada pela Lei da Anistia (Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979) inviabiliza, em última análise, que o Estado-Juiz a profira sentença penal condenatória e impede também, por consequência lógica, a fruição do prazo prescricional da indenização que dela decorreria. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 10 de novembro de 2009 (...)
(STJ, 1ª Turma, maioria. AGRESP 200801001596, AGRESP 1056333. Rel. Min. DENISE ARRUDA. DJE 18/06/2010. J. 25/05/2010)

Prosseguindo, rejeito, igualmente, a preliminar de ilegitimidade passiva deduzida pelo Estado de São Paulo.

Os documentos juntados aos autos revelam que o pai da demandante, Sr. Antônio Nunes Marques (f. 22), foi preso em 02/04/1964, com base na Lei nº 1.802/53 - Lei de Segurança Nacional (f. 49), encaminhado à cadeia pública de Marília/SP, e posteriormente, transferido para a cadeia pública de Vera Cruz/SP, onde veio a falecer na madrugada de 15/04/1964 (f. 24, 31 e 49/50).

As alegadas práticas de tortura e sua morte foram executadas em estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, de forma que justificada sua inclusão no polo passivo da relação processual.

Também não procede a alegação de inépcia da inicial, pois foram observados todos os requisitos essenciais elencados nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil. O pleito da autora é perfeitamente inteligível, tanto que possibilitou amplitude do exercício da defesa pelo Estado de São Paulo e pela União.

Quanto ao mérito, os danos elencados pela autora na inicial soam-me evidentes.

O pai da requerente, Sr. Antônio Nunes Marques, em razão do histórico político e das circunstâncias que envolveram sua prisão e morte, foi reconhecido como anistiado político *pos mortem*, com base no inciso I do art. 2º da Lei nº 10.559/2002, em decisão proferida pela Comissão de Anistia - Ministério da Justiça, às f. 57/61.

É inquestionável que foi preso por motivos políticos, "suspeito de professar o credo comunista" (grifo nosso - f. 46) e os documentos juntados aos autos, em especial o laudo de exame necroscópico de f. 32 e o relatório de f. 43/44, demonstram os intensos sofrimentos causados à vítima resultantes de tortura e violência física, que culminaram no seu óbito.

Nossa ordem constitucional, no que se refere à responsabilidade por danos causados pelo Estado, adota a teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade objetiva nas condutas comissivas, pela qual "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" (Constituição Federal, artigo 37, 6º).

Assim, basta a comprovação do nexo causal entre a conduta estatal e o resultado lesivo à vítima, para caracterizar a responsabilidade pelos danos causados.

São notórios os efeitos nefastos provocados pelo regime militar, que aterrorizou a família das vítimas, gerando enorme sofrimento e destruição, diante das prisões arbitrárias dos seus entes queridos, pois toda a população tinha ciência que, a partir daí, o preso político seria submetido às condenáveis práticas de torturas, que, em grande maioria, resultavam em morte, e a toda espécie de desrespeito à sua dignidade.

As famílias dos militantes presos por motivos políticos durante a ditadura militar, diante da realidade que assolava o país, tinham plena consciência da dimensão da dor física e moral a que seriam submetidos seus entes queridos, vítimas da inaceitável crueldade imposta por um Estado ditatorial.

Dessa forma, comprovado o dano, decorre a responsabilidade objetiva do Estado.

Neste ponto, menciono trecho de decisão proferida no HC 70.389/SP, lavrado pelo Relator Ministro Celso de Mello: "A tortura constitui a negação arbitrária d os direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.".

O egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão que apresento a seguir, sintetizou a matéria debatida nos presentes autos, além de consolidar o repúdio do Poder Judiciário aos atos atentatórios à dignidade humana que perduraram durante a ditadura imposta pelo regime militar:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS OCORRIDAS AO TEMPO DO REGIME MILITAR - AUTOR, ENTÃO ESTUDANTE DE ENGENHARIA NA USP/SÃO CARLOS, QUE FOI PRESO TRÊS VEZES PELA PARTICIPAÇÃO EM CONGRESSOS DE UNIVERSITÁRIOS - SOLTURA DO AUTOR POR MEIO DE HC JULGADO NA 2ª TURMA DO STF - NECESSIDADE DE EXÍLIO DO BRASIL (CONTINUOU A SER PROCURADO PELA REPRESSÃO) - DESCABIMENTO DE NEGAR-LHE A INDENIZAÇÃO À CONTA DE QUE DEVESSE SUPORTAR AS AGRURAS DA REPRESSÃO COMO CONSEQUÊNCIA DE SUAS OPÇÕES IDEOLÓGICAS (SEMPRE MANIFESTADAS SEM VIOLÊNCIA) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE NULIDADE REJEITADA E CONDENAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.
> (...)
> 2. Não há que se cogitar de prescrição: afirmar-se que o Decreto n 20.910/32 deve incidir em favor da União onde houve perseguição política promovida por agentes oficiais e extra-oficiais agregados ao regime autoritário que vigorou entre nós a partir de 31/3/1964, é fazer pouco caso da História, é optar pelo juridiquês em desfavor da Justiça, é tripudiar sobre aqueles que em determinado momento histórico tiveram suas vidas - e das suas famílias e amigos - atrapalhadas por ações contrárias muitas vezes até ao direito de exceção que vigeu com força naquele período. Ora, com o Judiciário cabrestado, advogados ameaçados e os cidadãos amedrontados pelas leis de segurança nacional e pelos órgãos militares, paramilitares e policiais

de repressão, é óbvio que a liberdade de acesso aos mecanismos da Justiça era nenhuma. Destarte, na singularidade do caso não pode produzir efeitos o decurso do tempo como cogitado no Decreto n 20.910/32, mesmo porque a própria Constituição, no corpo do art. 8º do ADCT, fêz retroagir os efeitos da anistia política até 18 de setembro de 1946; a propósito, no âmbito do STJ compreende-se pela imprescritibilidade das ações tendentes ao reconhecimento de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de atos perpetrados pelos agentes do Estado e outros que a eles buscavam se equiparar, ocorridos na vigência do regime autoritário (1964/1979), diante da supremacia dos direitos fundamentais. Nesse sentido segue a jurisprudência do STJ (AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

3. A causa petendi da reparação dos danos morais oriundos de sofrimentos e abalos sofridos em decorrência de perseguições políticas diverge da motivação que enseja a reparação prevista no art. 1º da Lei nº 10.559/2002, cujo art. 16 expressamente ressalva outros direitos de quem sofreu perseguições políticas ("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").

4. Ademais, a reparação por dano moral - preceito constitucional (art. 5º, V e X) que não pode ser inibido pela legislação ordinária - não é cogitada primu ictu oculi pelo art. 8º da ADCT, que é regulado pela Lei nº 10.559/2002. o assim chamado "sistema da jurisdição condicionada" obriga o prévio esgotamento da instância administrativa a que está sujeita inicialmente a questão para possibilitar o acesso posterior ao Poder Judiciário. Sucede que a Constituição Federal de 1988 trata como direito fundamental - e, portanto, cláusula pétrea - , em seu artigo 5, inc. XXXV, o princípio incondicionado da inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que não não há espaço para obrigatoriedade de exaurimento da via administrativa para que se possa provocar o Juiz. Exceções só podem ser ventiladas no próprio Texto Magno, como é o caso do prévio acesso à "justiça desportiva" para composição das lides relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, 1), mas ainda aí não existe condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à conclusão do referido procedimento administrativo.

5. Pessoas que se opõem - especialmente sem o uso de força - contra um regime político, agitando em face dele apenas as suas idéias ou manifestações pacíficas (escritos, reuniões, discursos), não precisam e não podem sujeitar-se ao risco de perder a liberdade e a própria vida por conta de suas convicções, ao contrário do que pareceu ao d. Juiz *a quo* (fl. 606). Nenhum Estado, nenhum governo, nenhuma orientação política, tem o direito de prender, torturar e massacrar aqueles que se mostram contrários a eles, especialmente quando se manifestam no plano das idéias ou com posturas incruentas. Não se pode conceber um Estado válido, verdadeiro, se ele se volta violentamente contra seus próprios cidadãos por desacordos políticos. O Estado que prende, tortura e mata os opositores de sua orientação política é um Estado criminoso, seja de tendência direitista ou esquerdista, não importa, é imerecedor de existir. Por isso não se pode dizer que aquele que discorda das orientações políticas, econômicas, sociais, de um certo Estado, manifestando-se pacificamente contra essas tendências, deve aceitar ser imolado na pira de violência acesa pelos agentes da repressão estatal.

6. SÉRGIO DE MELLO SCHNEIDER era universitário, aluno do curso de Engenharia no campus da USP em São Carlos/SP. Envolvido com o movimento estudantil descontente com a Ditadura Militar implantada a partir de abril de 1964, participou de encontros estudantis em 1966, 1967 e no famoso Congresso da UNE em Ibiúna/SP (1968). Foi detido nas três vezes, mas com mais gravidade durante o XXX Congresso da UNE e por conta disso teve a prisão preventiva decretada e foi indiciado no IP n 15/68 instaurado pelo sinistro DOPS do governo paulista (que agia em estreita colaboração com o Regime Militar), que resultou na ação penal n 67/68 da 2ª Auditoria Militar de São Paulo, onde foi decretada a prescrição da pretensão punitiva em 15/12/72; antes disso, fora solto graças a coragem da 2ª Turma do STF, em julgamento histórico de habeas corpus de que participaram os honrados Ministros

Adalício Nogueira (relator), Aliomar Baleeiro, Temístocles Cavalcanti e Evandro Lins (fl. 42). Após essa soltura, no ano de 1969 fugiu para o Chile (onde obteve passaporte no Consulado Geral em Santiago e estudou matemática - fl. 268) e depois esteve nos Estados Unidos, residindo em Berkeley, Califórnia (fl. 261), já que continuou a ser perseguido pela repressão política, pois há registro oficial de uma "campana" de policial civil da Delegacia de Polícia de Rio Claro/SP, local de seu nascimento, feita nas imediações da casa de sua família nos idos de 23 de abril 1973 (fl. 260).
(...)
(TRF3, Sexta Turma, AC 00045729520094036100, Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1, data 11/04/2013)

Assim, diante desse contexto, restam evidentes as dores sofridas pela autora, que teve o pai preso por motivos políticos, brutalmente torturado e morto durante a ditadura imposta pelos militares, conhecida como "Golpe Militar de 1964", bem como o nexo causal entre tais danos e as condutas cometidas pelos agentes públicos federais e estaduais do Estado de São Paulo.

Diga-se, ainda, que no caso dos autos não estamos diante da hipótese de vedação prevista no artigo 16 da Lei nº 10.559/2002, segundo o qual não é permitida a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento da reparação prevista no artigo 1º da mesma norma legal.

Haveria o impedimento somente no caso de a autora ter obtido administrativamente a reparação prevista na Lei nº 10.559/2002, o que não ocorreu. Ao contrário, seu pedido de indenização foi indeferido na via administrativa (f. 57/61).

Cumpre consignar que a viúva e o outro filho do anistiado Antônio Nunes Marques, pai da autora, já faleceram, conforme comprovam os documentos de f. 26 e 28, restando, portanto, somente à autora o direito a ser indenizada pelos danos morais sofridos.

Já o pleito de indenização material não é procedente, pois a requerente, no momento do falecimento de seu pai, não dependia economicamente dele, pois, conforme documento de f. 76, já era casada (desde 27/03/1948) e contava com mais de vinte e um anos de idade.

Resta, neste momento, fixar o valor devido à autora a título de indenização pelos danos morais sofridos. Entendo que a quantia não pode ser elevada a ponto de a reparação se constituir em verdadeiro enriquecimento ao favorecido, mas, ao mesmo tempo, não pode ser irrisória a ponto de não coibir a prática de novos atos semelhantes.

Assim, considerando o porte financeiro da União e do Estado de São Paulo, bem como o grau de culpa de seus agentes, fixo a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais, por entender justa no contexto da situação vivenciada pela parte autora.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial, para condenar a União e o Estado de São Paulo a ressarcirem à autora, a título de danos morais, o valor de R$100.000,00 (cem mil reais), na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litisconsorte passivo.

Sobre o montante indenizatório, deverá incidir correção monetária, bem como juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, na forma prevista pela redação original do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Considerando que a autora foi em parte vencida e vencedora, justifica-se o rateamento igualitário das custas processuais - observada a sua condição de beneficiária da assistência judiciária gratuita - e a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC).
Registre-se. Publique-se. Intimem-se.
Juiz Federal JOAQUIM EURÍPEDES ALVES PINTO

AÇÃO PENAL
0004029-20.2013.4.03.6111

Autor: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
Réu: MARCIO APARECIDO VITORINO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação penal pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de MÁRCIO APARECIDO VITORINO, denunciando-o como incurso no delito previsto no artigo 157, 2º, I do CP.

A denúncia de fls. 177/179 foi recebida em 11/10/13 (fl. 184).

O réu apresentou petição de próprio punho e documentos (fls. 209/219), a qual não foi apreciada por falta de capacidade postulatória, nomeando-se, outrossim, defensor dativo (fl. 220)O réu foi citado (fls. 237/238).

Houve indeferimento de liminar em habeas corpus impetrado. Depois, houve denegação da ordem (fls. 245/246 e 489/492).

Defesa escrita às fls. 250/251, onde pugnou o réu, em síntese, pela sua absolvição por não ter concorrido para a noticiada infração penal.

Afastada a hipótese de absolvição sumária, deprecaram-se as oitivas das duas testemunhas arroladas pela acusação - Luiz Antonio e Marshal, além de testemunha do juízo - Aparecida Lourença (fl. 252).

Nos juízos deprecados, as referidas testemunhas foram ouvidas (fls. 345/350 - Luiz Antonio e fls. 441/445 - Marshal e Aparecida).

Designou-se audiência para o interrogatório do réu (fl. 467).

Em audiência neste juízo, foi realizado o interrogatório e, nada requerido na fase do art. 402 do CPP, deferiu-se prazo para as partes apresentarem alegações finais escritas (fls. 497/500).

Alegações finais foram apresentadas às fls. 506/513 (acusação) e 516/517 (réu).

O Ministério Público Federal requereu a condenação do réu, sustentando que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas, "(...) levando em consideração os maus antecedentes (...)".

A defesa, por seu turno, pugnou pela absolvição do réu, aduzindo que não há provas de que estava no local do fato, não tendo participado do crime.

Certidões de distribuição e documentos de antecedentes foram juntados aos autos (fls. 181/183, 189/192, 240/242, 290/294, 482, 484/485, 494, 502 e 505).

II – FUNDAMENTAÇÃO

À míngua de questões preliminares a serem enfrentadas e por estarem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal centra-se na afirmação de que o réu, por volta das 14h do dia 24/11/11, compareceu na agência dos Correios no centro da cidade de Quintana e praticou roubo com arma de fogo.

Segundo a denúncia, o indivíduo, "(...) portando um revólver (cor escura), invadiu o interior da citada Agência, anunciando que era um assalto, oportunidade em que de lá subtraiu aproximadamente R$ 3.000,00 (três mil reais) - fls 05/06." Assevera que o investigador Marshal identificou o réu como o autor do roubo, informação essa corroborada pela fala de Luiz Antonio, gerente de segurança da EBCT.

Sustenta o órgão ministerial que essa conduta se amolda ao tipo penal descrito no artigo 157 do Código Penal, *in verbis*:

> Roubo
> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
> (...)
> § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:
> I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

Passo a verificar se estão presentes a materialidade e autoria do delito imputado ao réu.

Luiz Antonio de Sá, funcionário do setor de segurança dos Correios, compareceu perante o juízo deprecado (fls. 345/350) dizendo que não conhece o réu pessoalmente, mas sim por fotos do sistema de captação da ECBT, tendo feito a descrição de suas características e esclarecido que o assalto foi praticado pelo indivíduo que descreveu, o qual utilizava óculos escuros e boné.

Após, foi informado pelo juiz como seria o procedimento para o reconhecimento pessoal do réu - apresentação de quatro pessoas cada uma com um número, sendo o réu o de número 4 (quatro). Visualizou as quatro pessoas e ficou em dúvidas entre os indivíduos 3 e 4, mas acha que o indivíduo que praticou o assalto foi o que estava identificado pelo número 3.

Na mesma oportunidade, testemunhou que é funcionário dos Correios há 40 anos, atuando como gerente de segurança patrimonial, tendo notícia que o réu teria praticado 09 (nove) assaltos em agências dos Correios, por intermédio de resumos e imagens internas. Em resposta a pergunta da defensora pontuou que houve outros roubos após 2012 em agências da região.

A aludida testemunha apresentou os documentos e mídia juntadas às fls. 351/359.

As testemunhas Aparecida e Marshal também foram ouvidas às fls. 441/445.

Aparecida esclareceu que era gerente da agência de Quintana e na maioria do tempo ficava sozinha na agência, exercendo todas as atividades, dentre as quais a de caixa. Esclareceu que houve o roubo após as 14h do dia 24/11/11, quando estava sozinha na agência. Foi avisada que era um assalto, tendo o assaltante mostrado a arma e indagando se ela queria morrer, ficando ela nervosa. Disse que ele pegou todas as notas do caixa, indo depois até o cofre, que foi aberto pela testemunha, pegando ele o dinheiro e indo embora. Não agrediu e nem "relou" na testemunha, levando consigo somente dinheiro da agência. A testemunha afirmou que o réu presente à audiência pode ser ou não o indivíduo que efetuou o roubo mencionado. Disse que viu fotos na polícia, inclusive a de fl. 384 (fl. 13 da precatória) não reconhecendo, apesar da aparência da boca, como o praticante do delito na agência que trabalhava no dia 24/11/11.

Já Marshal Henrique testemunhou que era investigador de polícia civil na cidade de Quintana e que compareceu na agência após o roubo, passando a investigar o caso. No dia, viu as imagens do roubo e, depois, outras imagens de outros crimes ocorridos em agências da região, chegando a conclusão que todos os roubos foram praticados com o mesmo *modus*

operandi e pela mesma pessoa, inclusive com a mesma roupa. Pelas imagens e informações de diversos policiais militares de Garça, bem como fotografia do réu também enviada pela polícia militar, identificou o réu Márcio como sendo o praticante do roubo na agência de Quintana, passando, a partir daí, a investigação para a polícia federal.

Em seu interrogatório (fls. 497/500), o réu ratificou sua fala na fase inquisitiva (fls. 153/154), afirmando que sofreu perseguições de policiais militares após representações que fez e envolvimento com uma mulher. Foi enfático ao negar a autoria do roubo declinado na denúncia. Esclareceu que houve outros roubos em agências após sua prisão. Pontuou que tem condenações criminais por roubo, as quais estão baseadas em reconhecimentos fotográficos, criticados por ele. Falou que está preso por três processos e que é representante comercial desempregado.

Estas são as provas produzidas durante a instrução processual.

Por entender pertinente, analiso as principais ocorrências na fase inquisitiva.

Por primeiro, observo a existência do boletim de fls. 05/06 com a comunicação do roubo (objeto desta ação) feita à polícia.

Na mesma seara, a testemunha Aparecida, confirmando o roubo, consignou "(...) QUE não tem certeza se poderia ou não realizar o reconhecimento do assaltante se suas imagens e ou fotografias lhe fossem mostradas (...)" - fl. 08. Em outra oportunidade, exibiram à testemunha as fotos do réu de fls. 48/49 e ela, novamente, embora tenha reconhecido semelhança no formato dos lábios, registrou "(...) ser incapaz de fazer um reconhecimento mais apurado, pois o meliante quando do assalto perpetrado usava boné e óculos (...)" - fl. 72.

No documento de fl. 15 elaborado pela testemunha Marshal está relatado, *in verbis*:

> Após tomar ciência do fato em epígrafe efetuei diligências e identifiquei o autor do crime como sendo Márcio Aparecido Vitorino (...)
> Márcio é ex-policial militar e possui diversas passagens por roubo, conforme demonstra sua ficha criminal, e diante disso mantive contato com a 4. CIA/9. BPMI, da cidade de Garça, onde policiais o reconheceram sem sombras de dúvidas como autor dos roubos às agências dos Correios nas cidades de Quintana, Palmital, Guarantã, Echaporã, Cândido Mota e Vera Cruz.

Tal documento veio acompanhado, dentre outros, das fotos de fl. 30 que foram tiradas, sequencialmente, no dia do roubo à agência de Quintana. Essas e outras imagens constam do DVD juntado à fl. 46, onde é possível ver a entrada do assaltante à agência, o roubo em si, bem como a sua saída da agência.

A testemunha Luiz Antonio subscreveu o documento de fls. 130/131, onde consta a informação, com foto, que o autor do roubo na agência de Quintana foi o réu. Veja-se que, segundo o documento, a aludida informação foi dada pelo comando da polícia militar de Bauru que chegou à autoria após investigações internas.

Ao relatar o inquérito, a autoridade policial concluiu (fl. 137):

> Haja vista o ter restado negativo o reconhecimento fotográfico referido no AUTO de fl. 72, bem como sendo MÁRCIO APARECIDO VITORINO o único suspeito possível para o crime investigado, entende esta AUTORIDADE POLICIAL, s.m.j., não restarem mais diligências a serem encetadas.
> Os elementos de convicção amealhados aos autos mostram-se fracos e insuficientes para a identificação da autoria do delito em comento, tampouco capacitadores de qualquer indicia-

> mento, bem como inaptos a nortear novos rumos para a investigação que, por tais motivos, ora se encerra.

O MPF, ciente do relatório policial, requisitou a oitiva do réu e das testemunhas Marshal e Luiz Antonio (fl. 138vº).

Marshal esclareceu que enviou as fotos do roubo à polícia militar de Garça, recebendo como resposta que o autor do roubo era o réu (fl. 150).

Já Luiz Antonio pontuou, de relevante, que não conhece pessoalmente o réu e "(...) relativamente a afirmação de fls. 131, no sentido de que MÁRCIO APARECIDO VITORINI foi o responsável pelo assalto praticado na agência dos Correios de Quintana/SP, aos 24/11/11 a mesma foi feita tendo em vista a identificação fotográfica e a consequente ligação da mesma com identidade de MÁRCIO pela Polícia Civil em 23/01/12 quando de sua prisão (...)" - fl. 171.

Pelo que se viu, a materialidade do crime ficou cabalmente demonstrada, restando aquilatar a sua autoria.

De acordo com o disposto no art. 155 do CPP é dever do juiz fundamentar sua decisão na prova produzida em juízo, sendo-lhe vedado valer-se exclusivamente dos elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Frise-se que a única prova oral produzida judicialmente que aponta o réu como sendo o autor do roubo é o testemunho do policial civil Marshal (fls. 441/445). Repita-se que Luiz Antonio e Aparecida não reconheceram, nos juízos deprecados, o réu como o assaltante da agência de Quintana/SP.

Como se sabe, "os testemunhos de policiais são perfeitamente válidos e devem ser considerados em eventual condenação, pois não há óbice legal nesse sentido, principalmente se não forem contraditados e desqualificados, estando em harmonia com o conjunto probatório."

Não obstante isto, registro que dos dizeres do policial Marshal durante o inquérito e em juízo (fls. 15, 150 e 441/445) se extrai que o reconhecimento do réu foi por meio fotográfico realizado por ele e por policiais militares, cujos nomes a referida testemunha não declinou. A mesma conclusão se chega analisando o escrito e as falas de Luiz Antonio (fls. 130/131, 171 e 345/350).

Reforce-se que havia uma única pessoa presente na cena do roubo com o assaltante. Essa pessoa era a funcionária da agência dos Correios de Quintana, chamada Aparecida Lourença, que se quer foi arrolada na denúncia, sendo ouvida como testemunha do juízo por força da decisão de fl. 252. A aludida testemunha, ouvida em três oportunidades, em nenhum momento reconheceu o réu como sendo o autor do crime complexo, apesar de ter apontado a semelhança dos lábios (vide fls. 08, 72 e 441/445).

O que se tem então, em termos de prova imputando a autoria do roubo ao réu, é somente o reconhecimento fotográfico.

> Abalizada doutrina traz a seguinte lição acerca do reconhecimento fotográfico: O reconhecimento é, na sua essência, providência probatória por meio da qual alguém, por ter antes conhecido determinada pessoa, poderá apontá-la como responsável pela prática de determinado ato. (...)
> Não prevê a lei o reconhecimento fotográfico, o qual pode, contudo, ser efetuado na impossibilidade da recognição pessoal e direta, embora seja menor o seu valor probatório, uma vez que só permite verificação indireta e normalmente deficiente dos traços fisionômicos. Caso realizado, exige as mesmas cautelas previstas no art. 226 do CPP.

> O Supremo Tribunal Federal já disse da validade do reconhecimento fotográfico (RTJ 93/570, RT 542/433 e 677/422). Cuida-se, segundo a jurisprudência, de meio de prova precário (RT 492/357, 476/388, 538/383, 547/357 e 633/298). (...) Por isso, o Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da validade do reconhecimento como prova, mas realça a sua fragilidade, principalmente quando não se tenta, pela observância do art. 226, do Código de Processo Penal, diminuir os riscos do erro no julgamento (RT 754/529, 749/576-81), ou acentua a necessidade de estar corroborado por outros meios de prova (HC 74.773; HC 75.120; HC 72.467; HC 73.688; HC 73.488).

Eugênio Pacelli de Oliveira pondera:

> O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas. Há decisões na Suprema Corte admitindo o reconhecimento fotográfico (RT 739/546)

Valendo-se das lições doutrinárias antes transcritas é justificável a crítica do réu - acerca da fragilidade do reconhecimento fotográfico - feita durante o seu interrogatório.

Embora repute o reconhecimento fotográfico como um meio de prova lícito, há que se valer de aludida prova com parcimônia, diante de sua natural deficiência/precariedade probatória. É, na verdade, uma prova indireta, um indício, haja vista que, sozinho, deixa margem para equívocos e erros, pois pode não retratar a realidade.

No caso, o reconhecimento fotográfico do réu não está acompanhado de nenhuma outra prova, conforme antes dito e, por isso, entendo como insuficiente para embasar a condenação do réu.

Em que pese a testemunha Marshal ter dito que recebeu, em resposta a mensagem eletrônica que enviou à polícia militar, que policiais militares também reconheceram, por fotografias que enviou, o réu como sendo a pessoa que praticou o roubo na agência dos Correios de Quintana, observo que ele não mencionou o(s) nome(s) do(s) policial(is) militar(es).

Da mesma forma, Luiz Antonio também não disse nome(s) de integrante(s) da polícia militar no documento de fls. 130/131, ao repetir a informação dada pela cúpula da polícia militar em Bauru no sentido da autoria do crime ter sido descoberta por investigações internas.

Por outro lado, o Ministério Público também não trouxe aos autos nenhuma prova acerca das noticiadas “investigações internas” supostamente perpetradas pela polícia militar. Não tentou nem buscar saber nomes de policiais militares a fim de serem ouvidos na fase do inquérito e/ou instrução processual.

Cabe aqui repetir que ao relatar o inquérito policial, que já contava, por exemplo, com os documentos de fl. 15 (elaborado pelo policial Marschal identificando o réu como sendo o autor do delito aqui imputado); fls. 8 e 72 (termos de depoimentos da funcionária dos Correios - Aparecida) e; fls. 130/131 (confeccionado por Luiz Antonio, que reproduz a informação da polícia militar de reconhecimento do réu), o Delegado de Polícia Federal, consignando ser o réu o único suspeito, não o indiciou e nem vislumbrou nenhuma outra diligência capaz para suficientemente identificar o autor do roubo (fl. 137).

Neste contexto e apesar de: a) reconhecer a semelhança do réu com a pessoa que aparece praticando o roubo nas fotos constantes na mídia de fl. 46; b) a existência de outras ações pe-

nais ajuizadas contra o réu por prática de roubo, inclusive com condenações em algumas e; c) de estar intimamente convencido de ter sido o réu o autor do delito que lhe é imputado nestes autos, o fato é que inexiste, no meu entender, prova suficiente nos autos para sua condenação, considerando que remanesce dúvida acerca da autoria, o que deve beneficiar o réu, atento ao princípio do *in dubio pro reo*.

Os indícios de que o réu teria praticado o roubo foram suficientes para o Ministério Público Federal ofertar a denúncia, pois nessa fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Todavia, os mesmos indícios não dão o suporte necessário para justificar uma sentença condenatória, visto que, nesse estágio do processo - no qual se exige certeza sobre a autoria do delito e da materialidade delitiva.

É que comungo do seguinte ensinamento:

> (...) *Prova insuficiente para a condenação*: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu - *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição (...). (Destaques no original).

Destarte, por haver dúvida sobre a autoria, a absolvição é medida que se impõe.

III – DISPOSITIVO

Posto isso, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, *julgo improcedente* a pretensão punitiva deduzida na denúncia no que tange ao crime previsto no artigo 157, 2º, I do CP ocorrido no dia 24/11/11 na agência dos Correios em Quintana/SP e, em consequência, *absolvo* o réu MÁRCIO APARECIDO VITORINO da acusação de cometimento de tal crime.

Sem custas judiciais.

Oportunamente, tratar-se-á dos honorários advocatícios do defensor dativo.

Após o trânsito em julgado, procedam-se às anotações de praxe e arquivem-se estes autos.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Marília, 29 de janeiro de 2015.

Juiz Federal JOSÉ RENATO RODRIGUES

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0008706-33.2013.4.03.6131

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réus: EZIO RAHAL MELILLO E DECELINA DE LIMA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2015

Vistos, em sentença.

Cuida-se de processo de conhecimento, procedimento ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face de EZIO RAHAL MELILLO e DECELINA DE LIMA, com a finalidade, em suma, de se obter ressarcimento ao erário de quantia indevidamente percebida, em montante, que, atualizado até agosto de 2013, perfaz o total de R$ 35.942,44. Sustenta a inicial que a co-ré, DECELINA DE LIMA, representada pelo seu advogado, e, também, réu neste processo, EZIO RAHAL MELILLO, obteve a concessão do benefício de aposentadoria por idade, por meio do *Processo nº 1642/94*, que tramitou perante a E. 1ª Vara Cível da Comarca Estadual de São Manuel/ SP. Em decorrência da existência de indícios suficientes de fraude no processo de conhecimento, foi ajuizada, *antecedentemente a esta demanda*, ação revisional de julgamento *(Processo nº 2006.03.99.013634-6*), que foi, em primeira instância, parcialmente acolhida, determinando-se o cancelamento do benefício, mas negando o pedido da autarquia de devolução dos valores indevidamente pagos à beneficiária. No entanto, o INSS apelou da sentença, sendo que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região acolheu a tese do INSS e possibilitou a repetição do indébito em face da co-ré, segurada (DECELINA DE LIMA). Em razão do exposto, o autor afirma prejuízo patrimonial no valor supra indicado, requerendo, com o ajuizamento, o reconhecimento do enriquecimento sem causa dos réus e a condenação dos mesmos no dever de ressarcir. Juntou documentos a fls. 12/69.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi *deferido* pela decisão de fls. 72/73-vº.

Em razão do fato de se encontrar em situação de evadido da Justiça (cf. documentação de *fls. 88/89*), foi determinada a citação do co-réu EZIO RAHAL MELILLO por edital, de acordo com a decisão de *fls. 205* e edital acostado às *fls. 207*. A co-ré DECELINA DE LIMA foi regularmente citada e intimada (fls. 116 e 195/199).

O pedido de bloqueio sobre as verbas destacadas a título de honorários advocatícios em nome do co-réu EZIO RAHAL MELILLO em outros processos foi *indeferido* pelo Juízo *às fls. 205/vº*. Fustigada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento, o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO a ele *negou seguimento*, conforme se constata a partir da decisão de fls. 231/232 e 233.

Contestação do requerido EZIO RAHAL MELILLO às fls. 235/249, com documentos às fls. 250/607. Em preliminar, aduz o réu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, e, quanto ao mérito, prescrição da pretensão indenizatória. Quanto à matéria de fundo, objeta à natureza solidária da obrigação que lhe é imputada, e, subsidiariamente, requer o chamamento ao processo de outros envolvidos nas fraudes aqui aventadas. Sustenta a violação à presunção de inocência que deve militar em seu favor, bem assim a irrepetibilidade de verbas de caráter alimentar.

Réplica do INSS às fls. 610/613.

Às fls. 629, certificou-se o *decurso de prazo* para a apresentação de resposta pela co-ré

DECELINA DE LIMA, seguindo-se o decreto de sua *revelia* às fls. 630.

Às *fls. 630*, determinou-se o desentranhamento dos autos da petição constante de fls. 615/627, em decisão que restou confirmada em superior instância, consoante decisão que está acostada às fls. *652/654*.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

O feito encontra-se em termos para julgamento, porquanto, instadas as partes especificamente em termos de indicação de provas, deixaram precluir a oportunidade para tanto. Ademais, todas as provas necessárias à formação da convicção do juízo já se encontram presentes, incidindo à hipótese o que prescreve o art. 330, I do CPC. Passo ao julgamento.

CARÊNCIA DE AÇÃO COM RELAÇÃO À AUTORA DA AÇÃO ORIGINÁRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO ANTERIOR. IDENTIDADE DE OBJETO. DESNECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA PARA A MESMA FINALIDADE.

A despeito da certificação da revelia da co-ré DECELINA DE LIMA, é mandatória a conclusão no sentido de que o INSS *carece de ação em relação a esta demandada*.

Consta destes autos, e isto já a partir da documentação encartada pela própria autarquia promovente (fls. 26/69), que o ora autor já havia ajuizado ação anterior, perante o Juízo Estadual da Comarca de São Manuel (Processo nº 2006.03.99.013634-6), dirigida em face dessa co-ré exclusivamente, e que tinha por objeto, *mutatis mutandis*, exatamente a mesma pretensão que está contida no bojo da presente ação de conhecimento. Naquele feito, após a sentença de Primeiro Grau, que reconheceu procedência meramente parcial do pedido articulado pela autarquia (apenas para a cessação da ordem de pagamento das parcelas restantes do benefício irregularmente concedido), seguiu-se recurso de apelação, ao qual o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO deu provimento para garantir ao apelante (o INSS) *a repetição dos valores pagos indevidamente*. Lê-se de fls. 61/vº destes autos, *verbis*:

> A insurgência do INSS caminha no sentido do desacerto da sentença ao indeferir o pedido de repetição do *quantum* auferido, já que o decreto de cancelamento da aposentadoria concedida lhe fora favorável. E, no ponto, entendo merecer prosperar as razões alinhadas.
> Comprovado que o benefício previdenciário fora obtido mediante fraude perpetrada nos autos da ação subjacente (ação ordinária nº 1.642/94), tal medida atrai a obrigação de restituição ao sistema, pela ré, das parcelas então recebidas, sob pena de se compactuar com o enriquecimento ilícito, em detrimento tanto dos demais segurados do regime geral, como do erário. Não à toa, o art. 115 da lei nº 8.213/91 enumera os descontos que podem ser feitos no valor dos benefícios previdenciários e, embora não tenha disposição específica, prevê o desconto de valores pagos além do devido. (g.n.).

Tal decisão de Segunda Instância passou em julgado, conforme certidão de trânsito de fls. 63.

Em essência, é justamente esta mesma pretensão, dirigida, agora, em face daquela mesma ré e de terceiro, seu então advogado, que o INSS pretende implementar através do recurso a este processo judicial. Evidentemente que a autarquia carece de ação em relação à co-ré DECELINA DE LIMA. É desnecessário o ajuizamento da demanda de conhecimento em face daquela, quando o interessado já dispõe, contra a mesma, de título executivo judicial, transitado em julgado. Cabe ao INSS, não resta dúvida, encoar os atos tendentes à satisfação do título

judicial nos próprios autos em que foi formado, via execução do mandamento condenatório, e não renovar o processo de conhecimento em face de parte já definitivamente condenada em processo judicial anterior.

Falta-lhe, nesta quadra, interesse de agir (modalidade *necessidade*) para acionar a co-demandada aqui em questão (*arts. 3º e 6º do CPC*), razão porque, nesta parte, é o caso de se indeferir a petição inicial (*art. 295, III do CPC*), com a consequente exclusão dessa co-ré do polo passivo da lide, decretando-se, em relação a ela, a extinção do processo sem apreciação do mérito, na forma do que dispõe o *art. 267, I e VI do CPC*, medida que ora se implementa.

COM RELAÇÃO AO OUTRO CO-RÉU. LEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE. ADEQUAÇÃO. PRECEDENTES. STJ.

Estas considerações, que servem ao propósito de assentar o destino da lide em relação a um dos co-demandados, também, de alguma forma, já respondem, ao menos em parte, à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo co-réu EZIO RAHAL MELILLO.

O fato de o INSS – de forma incompleta, diga-se – haver, numa primeira oportunidade, dirigido ação de ressarcimento apenas em face da segurada (beneficiária dos pagamentos indevidos) não exclui, por óbvio, a possibilidade de que a autarquia – em resgate, aliás, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade (todos consignados no *caput* do *art. 37 da CF*) – venha a acionar, pela via ampla do conhecimento, todos os potenciais beneficiários e/ ou intervenientes do estratagema criminoso de que aqui se cuida. É claro que, nos autos execução da assim denominada "ação revisional" primogênita (Processo nº 2006.03.99.013634-6), o co-réu EZIO RAHAL MELILLO não ostentava mesmo legitimidade passiva para ali figurar como executado, em razão do fato de que a coisa julgada formada naqueles autos não lhe abrangeu (*res inter allios acta, nec nocet, nec prodest*, limites subjetivos da coisa julgada, *art. 472 do CPC*). E não por outra razão, aliás, é que o incidente de exceção de pré-executividade por ele ali engendrado restou acolhido pelo juízo daquela execução, conforme se colhe da cópia de *fls. 551* destes autos.

Sucede, por outro lado, não ser menos evidente que esta situação não impede e, a bem dizer, nem isenta a autarquia previdenciária de buscar o ressarcimento que entenda devido em face de terceiros beneficiados ou causadores ato de improbidade por ela denunciado nos autos, desde que o faça por meio do acesso à via ampla e exauriente processo de cognição plena, exatamente da forma como ora manejado pelo INSS. Daí porque, se me afigura plenamente justificado o direcionamento da demanda em face desse co-réu – doravante o único defendente –, justamente para que a entidade autora possa, agora em face desse réu, constituir o título executivo de que já dispõe em face da segurada, autora da malsinada ação previdenciária agora *sub censura*. Por tais motivos, *rejeito* a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo réu.

Por fim, e de algum modo agregando àquilo que já se decidiu em outros processos relativos à mesma demanda que ora vem a julgamento (Processos ns. 2006.61.08.008707-06; 2006.61.08.008708-8; 2006.61.08.008711-8; 2009.61.08.004573-3; 2009.61.08.004574-5, cf. fls. *567/590*), é de se deixar consignado que a via adequada para a repetição dos valores ora pretendisos pelo INSS é mesmo a do processo de conhecimento pleno, vedada – nestas hipóteses – a inscrição do débito em dívida ativa.

É que a orientação jurisprudencial hoje vigente pacificou-se, após julgamento, no âmbito do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de *leading case* representativo da divergência por meio da sistemática de recursos repetitivos (*art. 543-C do CPC*), no sentido de que a execução fiscal *não* é o meio adequado para a cobrança de benefício previdenciário percebido de modo

supostamente indevido pelo beneficiário. Nesse sentido, já se posicionou o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, em *decisum* assim ementado:

> RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO LEGAL. CRÉDITO ORIUNDO DE FRAUDE NO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. MEIO INADEQUADO.
> 1. De acordo com o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.
> 2. É firme, no Colendo Superior Tribunal de Justiça, e na Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a orientação no sentido de que o suposto crédito decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário não se insere no conceito de dívida ativa não tributária por ausência do requisito de certeza, não sendo adequada a sua cobrança através execução fiscal (STJ, AgRg no REsp 1177252/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 15/12/2011; TRF 3ª REGIÃO, APELREEX 00005628220084036119, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/06/2012).
> 3. Agravo legal improvido (g.n.).
> (AC 00020162520114036109, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/07/2014)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. INSS. CRÉDITO DECORRENTE DE PAGAMENTO INDEVIDO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.
> I - A execução fiscal não é a via adequada à cobrança de crédito decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que a inscrição em dívida ativa não se faz em relação a débitos cuja apuração exija a necessidade de ampla dilação em matéria de prova.
> II - A Lei nº 6.830/80 permite a execução fiscal de dívida não tributária. O seu art. 2º dispõe que constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária (de acordo com a Lei nº 4.320/64). O § 1º do mencionado artigo estabelece que qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será dívida ativa da Fazenda Pública, depois do regular processo de inscrição.
> III - Por sua vez, o § 3º do art. 2º da mencionada lei refere que a inscrição será feita pelo órgão competente para apurar a certeza e a liquidez do crédito, de modo que se cristalizou o entendimento de que, em casos em que existe a necessidade evidente de apuração de fatos intrincados, e não apenas de documentos, não é cabível a inscrição do débito em dívida ativa.
> IV - Em tal contexto, a referência a indenizações e reposições, extraída da Lei nº 4.320/64, exige certeza para que se forme o título executivo.
> V - A Lei nº 8.213/91 prevê o ressarcimento de valores pagos indevidamente aos segurados, sem, no entanto, prever a inscrição em dívida ativa. No mesmo sentido é a redação do art. 154, II, §2º do Decreto nº 3.048/99.
> VI - A matéria encontra-se pacificada no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp nº 1.350.804, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de inscrição em dívida ativa de valor indevidamente recebido a título de benefício previdenciário do INSS, por não haver regramento específico para tal.

VII - A forma prevista em lei para a autarquia previdenciária reaver tal valor do beneficiário é o desconto no benefício a ser pago em períodos posteriores, sendo certo que, nos casos de dolo, fraude ou má-fé, a restituição pode ocorrer de uma só vez ou mediante parcelamento.
VIII - No que concerne à verba honorária, frise-se que os Embargos à Execução consubstanciam-se em ação de natureza constitutiva negativa, e não condenatória, posto que visam desconstituir a eficácia do título executivo ou a relação processual da execução, devendo, portanto, o Juízo pautar-se de acordo com a regra da equidade, prevista no art. 20, §4º, do CPC, não se impondo utilizar os percentuais mínimo e máximo previstos no §3º do mesmo artigo, mas apenas atender às normas dispostas em suas alíneas.
IX - Desse modo, tendo em vista a simplicidade do presente e a celeridade no seu desenrolar, arbitro os honorários advocatícios no valor de R$ 300,00 (trezentos reais).
X - Agravo improvido (g.n.).
(AC 201351010262524, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::18/11/2014.)

Também:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA DECORRENTE DE PAGAMENTO INDEVIDO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DÉBITO NÃO TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO COMO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME DO RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.350.804/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, DJe 12/6/13, firmou o entendimento no sentido de que não é possível a inscrição em dívida ativa de valor indevidamente recebido a título de benefício previdenciário do INSS, tendo em vista a ausência de regramento específico. O ressarcimento dos referidos valores deve ser precedido de processo judicial para o reconhecimento do direito do INSS à repetição. (REsp 1350804 / PR. RECURSO ESPECIAL 2012/0185253-1. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão Julgador. PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação/Fonte DJe 28/06/2013).
2. Apelação desprovida (g.n.).
(AC 8683420114013813, JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES (CONV.), TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:14/11/2014 PAGINA:1148)

Idem:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - PREVIDÊNCIA SOCIAL - PAGAMENTOS INDEVIDOS/FRAUDE - IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA - NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - RECURSO DESPROVIDO.
1 - Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, inciso IV c/c artigo 1º, da Lei nº 6.830/80, em razão da inadequação da via eleita, vez que os débitos oriundos de pagamento indevido/fraude de benefícios previdenciários não possuem natureza tributária e não admitem inscrição em dívida ativa.
2 - O débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 6.830/80 e art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64), de acordo com precedentes desta Corte e do STJ, devendo o INSS ajuizar a ação ordinária cabível.
3 - Segundo a assentada jurisprudência do E. STJ, a execução fiscal não é o meio cabível para a cobrança judicial de dívida que tem origem em fraude relacionada à concessão de benefício previdenciário.

> 4 - A questão já havia sido tratada pelo STJ, mas agora a tese foi firmada em julgamento de recurso repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil) e vai servir como orientação para magistrados de todo o país. Apenas decisões contrárias a esse entendimento serão passíveis de recurso à Corte Superior.
> 5 - Precedentes do STJ e desta Corte: STJ - REsp nº 1.350.804/PR - Primeira Seção - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - DJe 28-06-2013; AC nº 2011.51.17.001002-4 - Sexta Turma Especializada - Rel. Juiz Federal Convocado WILLIAM DOUGLAS - e-DJF2R 07-06-2013; AC nº 2011.51.17.000998-8/RJ - Oitava Turma Especializada - Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND - e-DJF2R 25-02-2013.
> 6 - Recurso desprovido. Sentença mantida (g.n.).
> (AC 201151170010000, Desembargador Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 09/12/2013).

É o suficiente para que se conclua, na linha dos precedentes indicados, que há carência de ação executiva, por ausência de interesse processual, modalidade adequação, na medida em que os créditos cujo adimplemento aqui se exige não são passíveis de inscrição em dívida ativa. Por tal razão, plenamente justificado o ajuizamento, de parte do INSS, da presente ação de conhecimento.

Com estas considerações, *rejeito* as preliminares arguidas pelo co-réu EZIO RAHAL MELILLO.

Com estas considerações já devidamente apascentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento, pelo mérito. É o que passo a fazer.

DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. INSTÂNCIAS APURATÓRIAS. ESTANQUEIDADE.

De prescrição, no caso concreto, não se há de cogitar, considerando a natureza jurídica dos atos aqui em escrutínio, incidindo à hipótese o mandamento constitucional insculpido no *art. 37, § 5º da CF*, que consigna a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática, como no caso, de atos de improbidade. Nesse sentido, são diversos os precedentes do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO: AC 00000834120024036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2015; AC 00066109420064036000, JUIZ CONVOCADO CIRO BRANDANI, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2015; APELREEX 00005229520024036124, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/01/2015.

Rejeito, com tais considerações, a tese de prescrição da pretensão inicial.

No que se refere ao mérito da demanda propriamente dito, é de se fixar que a responsabilidade do co-réu EZIO RAHAL MELILLO é, sim, *solidária*, não apenas em relação à segurada beneficiária dos pagamentos indevidos, mas também em relação a outros beneficiários e/ ou causadores do prejuízo lastimado pela instituição promovente.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que:

> Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Dispositivo, que fixa, de forma inarredável a responsabilidade concorrente, integral e inarredável de todos os agentes ou beneficiados pela prática espúria à composição do dano por ela ocasionado. Neste sentido, aliás, não poderia ser mais firme a posição jurisprudencial, cumprindo relacionar, nesse sentido, precedente do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> Processo : RESP 200900137428 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 1119458
> Relator(a) : HAMILTON CARVALHIDO
> Sigla do órgão : STJ
> Órgão julgador : PRIMEIRA TURMA
> Fonte : DJE DATA:29/04/2010
> Decisão
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.
> Ementa
> RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LIMITE DA CONSTRIÇÃO. QUANTUM SUFICIENTE AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO.
> 1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, *a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária*.
> 2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.
> 3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis. Recurso especial improvido (g.n.).
> Data da Decisão : 13/04/2010
> Data da Publicação : 29/04/2010

Daí porque, presente o contexto legislativo e jurisprudencial acerca do tema, afigura-se-me absolutamente indene de dúvida a constatação de que o requerido aqui em causa responde, sim, e de forma solidária, relativamente à obrigação de indenizar veiculada na inicial.

Neste aspecto, no entanto, cumpre consignar que, a despeito dos reclamos da combativa defesa técnica deste acionado, não há como acatar o protesto pelo *chamamento ao processo* por ela realizado no âmbito destes autos (*arts. 77 e ss. do CPC*). É que, em tema de ação de ressarcimento decorrente de prática de atos de improbidade, a responsabilidade solidária somente se configura em relação àquelas pessoas contra as quais exista comprovação robusta e efetiva da prática dos atos ilícitos dos quais o ente público pretende se indenizar. Sem isso, não há como considerá-los agentes, ou beneficiários das condutas proscritas, porque não há como vinculá-los à ocorrência dos fatos geradores das reparações pretendidas.

Por tal razão, e malgrado o co-réu aqui em testilha, em outros tantos processos, relativos a outros quantos segurados, possa ter sido processado conjuntamente com outros agentes que eventualmente – junto com ele – consumaram atos de assalto à legislação que tutela a probidade administrativa, o certo é que, neste caso específico (*i. é*, relativo a esta segurada em particular – DECELINA DE LIMA), indiscutível mesmo é a comprovação da participação, nos atos ímprobos que substanciam a inicial, deste requerido especificamente, que atuou no processo previdenciário, na condição de advogado da segurada. Assim é que, *v.g.*, é esse réu

quem assina, sozinho, a petição inicial (*fls. 280/282*); é apenas ele quem comparece à audiência de instrução e julgamento a acompanhar a parte autora (*fls. 291/292*); e finalmente é ele – e ele somente – quem comparece aos autos da execução (*fls. 299/300*), a apresentar a conta de liquidação em favor da requerente, tudo em conformidade com documentos juntados aos autos pelo próprio réu.

Sucede que, ainda que a parte interessada no benefício (a autora na ação previdenciária de origem) possa haver outorgado procuração aos demais advogados da sociedade do co-réu, o certo é que prova concreta da efetiva participação no estratagema criminoso de que aqui se cuida só existe mesmo em relação ao requerido EZIO RAHAL MELILLO. Aliás, consoante se depreende da análise cuidadosa de toda a documentação juntada aos autos pelas partes, a interveniência de outro advogado no curso do processo judicial que deferiu o benefício previdenciário de que, agora, o INSS pretende se ressarcir, somente vem a ocorrer em fase bem posterior, justamente para requerer a suspensão do feito em razão da instauração dos inquéritos policiais destinados a apurar, no âmbito criminal, a conduta de segurados e advogados envolvidos com a concessão irregular de benefícios previdenciários (*fls. 304*). Conduta essa, não há como deixar de reconhecer, não passa nem perto de configurar ato de improbidade, a justificar o chamamento à lide, que, por tais razões deve ser recusado. Caberá ao requerido aqui em questão, se entender que é o caso, solver a obrigação em face da entidade pública, para, ao depois, pela via do regresso, voltar-se contra aqueles que entender co-responsáveis pela indevida apropriação do erário ou de dinheiros públicos, provando-lhes a culpa no âmbito das vias ordinárias. Nesta lide, a pleiteada intervenção de terceiros não tem qualquer base para ser acatada. Por tais razões, *indefiro* o requerimento de chamamento ao processo dos terceiros arrolados pelo requerido.

Quanto ao tema de fundo da demanda propriamente dito, melhor sorte não acorre ao contestante.

Preliminarmente, será necessário dizer que não é o fato de se encontrar, em relação ao réu (EZIO), suspenso o processo penal relativo ao benefício aqui em estudo, que firma a presunção de inocência em relação ao ora sindicado ou viola o seu direito ao *due process of law*.

E isto porque, em *primeiro lugar*, o processo penal que investiga o benefício deferido à segurada aqui em questão (Processo nº 0008849-48.2000.403.6108) teve sua tramitação trancada em relação ao co-réu EZIO RAHAL MELILLO *não* em função de sua presumível inocência, ou não-culpabilidade em relação aos fatos ora sub sindicância, mas – o que é bem diferente – em decorrência de decisão proferida em outra ação penal (já julgada em primeiro grau de jurisdição [Processo nº 2002.61.08.00957-6]), e que, em função de punição severa imposta aos ali acusados, acabou deliberando, àquela ocasião, pela suspensão parcial dos inquéritos ainda em tramitação (apenas em relação aos advogados, porque já punidos em diversas outras ações criminais), como expressão da necessidade de adequação da reprimenda penal a ser estabelecida ao acusado no caso concreto. *Nessa conjuntura*, a ausência de conclusão do procedimento criminal para apuração da responsabilidade do co-réu EZIO RAHAL MELILLO em relação ao caso específico da segurada aqui em apreço, antes de indicar uma presumível ou virtual ausência de culpabilidade desse réu, ao revés, a confirma, o que tanto mais se escancara a partir da conduta do próprio sindicado que, fato notório – e confirmado nos presentes autos –, encontra-se em situação de foragido da Justiça desde a eclosão da notícia dos fatos envolvendo a sua participação nos eventos aqui relacionados, o que, a meu ver, tanto mais demonstra que esse réu absolutamente não tem como responder ou oferecer qualquer tipo de justificativa às sérias acusações que lhe são imputadas.

Em segundo lugar, pondere-se que este argumento de defesa não ostenta qualquer plausibilidade que possa lhe oferecer sustentação. Está muito bem assentado, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, que salvo as hipóteses em que há preeminência legal da jurisdição penal sobre as demais (*v.g.*, arts. 65, 66 do CPP), não existe qualquer comunicabilidade entre as instâncias civil, penal e administrativa de apuração, sendo essa a regra geral a ser aplicada também aqui ao caso em pauta.

Apreciando a questão com bastante percuciência e profundidade, explica a doutrina que, quando a infração em estudo puder, a um só tempo, ser qualificada como ilícito penal e administrativo, prevalece a regra da indpendência entre as instâncias de apuração, ressalvadas as hipóteses *suso* comentadas. Nesse sentido:

> Na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da indpendência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.
> [MARIA SYLVIA ZANELLA DI PITERO, *Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 592].

No caso, pretende o ora contestante obstar o acolhimento de uma pretensão de reparação civil por conta do arquivamento de uma ação penal que sequer se manifesta sobre a ilicitude da conduta posta sob apreciação. Não há qualquer base que sustente a pretensão porque, *a uma*, sequer as interferências de uma instância sobre a outra (que são sempre de natureza penal) se fazem presentes. *A duas*, que, tal decisão, como aliás nem poderia deixar de ser, efetivou a sua análise do caso concreto exclusivamente sob o ponto de vista da *persecutio criminis*. Vale dizer, o que a decisão de arquivamento do processo criminal acabou por chancelar foi o respeito a uma decisão anterior, respeitante a diversos outros casos concretos pelos quais o réu se viu processado e condenado, e que acabou por reconhecer a inviabilidade do prosseguimento de milhares de inquéritos e ações penais em face das mesmas pessoas (o ora réu e seus demais associados), porque, em última análise a eventual condenação em todos eles não projetaria qualquer modificação sobre a já consolidada situação criminal do requerido.

Não se pronunciou, mesmo porque o âmbito de cognição presente naquele expediente a isso não conduzia, sobre a existência ou não de ato passível de configuração do ilícito civil disparador da responsabilidade pela indenização dos prejuízos causados, esse sim, o objeto da lide aqui proposta pelo autor.

Cediço que, a par das hipóteses constantes do *art. 65 do CPP*, as instâncias civil, penal e administrativa são estanques e incomunicáveis, com amplitudes, características e profundidades diferentes de cognição, nada autorizando que o arquivamento de uma ação penal, ou de um inquérito policial, por questões estritamente afetas à persecução penal de envolvidos em crimes possa ser erigido em condição negativa de procedibilidade da instância civil tendente à liquidação dos danos decorrentes das mesmas condutas. É o que decorre da análise conjunta dos *arts. 66 e 67 do CPP*, este último que, aliás, menciona expressamente não impedir a ação civil o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação.

> Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.
> Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
> I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

> II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
> III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Não tendo sido, na decisão de arquivamento do inquérito aqui cogitado, reconhecida, categoricamente, a inexistência do fato ou negada peremptoriamente a sua autoria, está liberada a instância civil atinente ao mesmo fato, inclusive porque busca a realização de valores diversos, com a imposição de sanções de natureza distinta. Bem assentada a premissa primordial da estanqueidade das instâncias apuratórias, a conclusão que se impõe é a de que essa constatação não projeta qualquer eficácia inibitória em relação ao acolhimento da pretensão adversada na lide ora jacente.

De mais a mais, motivos sobejam para a condenação do ora réu à reparação dos danos causados por sua conduta, no que – fato demonstrado à saciedade nesses autos – o benefício de que se cuida foi obtido a partir da apresentação, em autos judiciais, de documentação falsa ou contrafeita, entre tais a CTPS/ livros de registro de empregado relativos à segurada. Valho-me, no ponto, de excerto da decisão do *MM. Juízo Estadual* que julgou a ação revisional anteriormente aparelhada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que enfatiza, *verbis* (fls. 401/402):

> Os documentos que instruíram a peça vestibular dos autos do processo 1642/94 foram confessadamente contrafeitos, circunstância não rechaçada pela ré em sua contestação, e evidentemente reconhecida em suas declarações quando ouvida na Polícia Federal. E tais documentos foram decisivos para a obtenção do benefício em tela.
> O fato versado nos autos em apreço, diga-se de passagem, não é estranho e isolado na comarca. Conforme é de conhecimento geral, no dia 07 de julho de 2.000, agentes da Polícia Federal de Bauru, em rigoroso cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão, da lavra do Egrégio Juízo da Segunda Vara Federal de Bauru, *apreenderam em escritório de advocacia de São Manuel, de suposta propriedade dos advogados Ézio Rahal Melillo e Francisco Alberto de Moura Silva, o primeiro subscritor da inicial da ação originária no caso dos autos, nada mais do que 1.000 (mil) carteiras de trabalho e livros de registros de empregados*. Centenas de inquéritos policiais e ações penais em curso objetivam a apuração de crimes previstos nos artigos 171, parágrafo 3º, 299, 304, todos do Código Penal, e crimes contra a previdência social, com indícios mais do que razoáveis de adulteração dos documentos com simulações de vínculos empregatícios inexistentes. Neste juízo, por exemplo, tramitam inúmeras cartas precatórias para inquirição de testemunhas nos processos criminais *envolvendo os procuradores em questão, nas quais os aposentados, via de regra, admitem a existência do falso, igualmente em sede de depoimentos pessoais realizados por determinação do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em sede de cartas de ordem, já que inúmeras são as ações rescisórias aforadas pela previdência social junto àquele tribunal, muitas das quais tramitam com tutela antecipada*.
> *A sentença proferida nos autos do processo 1642/94, na qual obteve a ré aposentadoria por idade, bem como assim o acórdão que a confirmou, foram proferidos a partir de documentos comprovadamente falsos, no caso, anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social da ré, mediante procedimento caracterizador de fraude contra a previdência social* (g.n.).

Daí porque, manifesto o concurso do réu aqui em testilha nos atos ímprobos que redundaram na outorga do benefício aqui em causa, é de se fixar a sua responsabilidade pela reparação.

Ainda resta repelir o argumento de que a repetição aqui pretendida não seria possível por se tratar de verba alimentar. Despropositada a tese. Quando muito, o fundamento poderia

escusar eventual reparação por parte do *segurado*, autor da ação, mas não o seu *advogado*, visto como, à evidência, o benefício não deve, ao menos em princípio, ser deferido em seu favor. Por outro lado, o argumento somente tem valia se brandido por *aquele que percebe as verbas investido de boa-fé*, o que não é o caso dos autos, na medida em que o acesso a tais verbas ocorreu como decorrência de fraude, o que, por óbvio, afasta a tese da irrepetibilidade. Aliás, nesse sentido, o v. *decisum* do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, ao apreciar o recurso interposto na ação revisional antecedente a esta, deu provimento ao recurso autárquico exatamente por este motivo (cf. *fls. 430* dos autos, em excerto aqui já destacado).

É procedente a pretensão reparatória aqui desenvolvida pelo INSS. Tendo em vista que, com relação ao *quantum* pretendido não houve impugnação específica por parte do réu (*CPC, art. 302*) , é de se presumir que representam a real extensão dos danos experimentados pela autarquia, razão porque de se deferir a indenização nos exatos termos em que pleiteada, alçando à importância de *R$ 35.942,44*.

No que se refere à correção monetária e juros moratórios, deverão incidir a partir da data do pagamento de cada uma das parcelas indevidas (*Súmula nº 54 do E. STJ*), ao percentual de *0,5% a.m*. até o advento da entrada em vigor do Código Civil/ 2002, e, a partir dele, pela *taxa SELIC* (taxa de remuneração em vigor para os créditos em aberto para com a Fazenda Nacional, *art. 406 do CC*), vedada, neste último caso a incidência de qualquer outro consectário. Nesse sentido, arrolo precedente específico para ações desta natureza:

> APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. DEMISSÃO. NÃO CUMPRIMENTO DE PERÍODO OBRIGATÓRIO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. APURAÇÃO DO *QUANTUM* NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. JUROS PELA TAXA SELIC.
> 1.Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis interpostas em face de sentença proferida em ação comum, pelo rito ordinário, objetivando o ressarcimento ao Erário da importância de R$ 312.406,18 (trezentos e doze mil, quatrocentos e seis reais e dezoito centavos), em razão dos cursos que o réu freqüentou durante a vida castrense.
> 2. Com efeito, demissão a pedido, ou *ex officio*, impõe o dever de indenizar, quando não cumprido o prazo mínimo de 5 anos de oficialato, decorrente da sua formação de militar. *In casu*, o réu ingressou na Marinha do Brasil, onde realizou curso de formação da Escola Naval (Ciclo Escolar e Pós-Escolar), com duração de 5 anos e dez meses e vinte dias, com previsão de término para 08/12/2008 e Curso de Aperfeiçoamento de Submarinos para Oficiais, com previsão de término para 10/01/2011. Todavia, antes de findar o referido quinquênio, o Réu foi desligado do Serviço Ativo da Marinha do Brasil, através da Portaria nº 252/MB, de 30 de Agosto de 2011.
> 3. Ora, o ressarcimento das despesas com o estudo do militar, na hipótese, não constitui qualquer afronta à garantia do ensino gratuito prestado pelos estabelecimentos oficiais, em razão da própria previsão legal da indenização pleiteada e tendo em vista que a obrigação em tela não está associada à natureza da organização de ensino, mas decorre do dispêndio de recursos da União com a capacitação daqueles beneficiários que, por ato voluntário, não observaram o vínculo pós-oficialato exigido por lei, frustrando a expectativa de retorno desse investimento nele depositada.
> 4. Para fixação do *quantum* indenizatório deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade e da isonomia, correspondendo ao que efetivamente foi despendido na formação do militar, devendo ser proporcional ao tempo que resta para que o militar cumpra o tempo mínimo exigido, uma vez que a indenização não tem caráter de sanção, mas sim de restituição ao erário.
> 5. Em relação aos juros moratórios e correção monetária, o entendimento firmado na jurisprudência *é no sentido de que os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso*

(Súmula 54-STJ), no percentual de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, e, a partir daí, os juros moratórios devem observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406 CC) que, no caso, é a taxa SELIC, vedando-se, entretanto, o acúmulo com a correção monetária.

6. Apelação da União e remessa necessária parcialmente providas. Recurso adesivo improvido (g.n.).

[AC 201251020008314, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data:09/09/2014].

Com tais considerações é de se acolher, ao menos em relação a um dos réus, a pretensão inicialmente deduzida pelo INSS.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta:

(A) Por ausência de interesse processual (modalidade *necessidade*), tenho o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS) por carecedor da ação proposta em face da co-ré (DECELINA DE LIMA), razão pela qual, *com relação a ela*, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL da presente ação de conhecimento, e o faço para, *nesta parte*, excluí-la da lide, e JULGAR EXTINTO O PROCESSO, sem apreciação do mérito da causa, tudo na conformidade do que dispõem os arts. 3º e 6º, c.c. art. 295, III e art. 267, I e VI, todos do CPC; e,

(B) Quanto ao mais, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 269, I do CPC. *Condeno* o réu (EZIO RAHAL MELILLO) a ressarcir o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS) na quantia discriminada na exordial (R$ 35.942,44), devidamente atualizada e acrescida dos juros moratórios à data do efetivo pagamento, na forma discriminada nesta sentença.

Arcará o réu (EZIO RAHAL MELILLO), vencido, com o reembolso de eventuais custas e despesas processuais e mais honorários de advogado que, com fundamento no que dispõe o *art. 20, §§ 3º e 4º do CPC*, arbitro em *10%* sobre o valor total da condenação, tudo devidamente atualizado à data da efetiva liquidação do débito pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0014489-39.2013.4.03.6120

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: USINA MARINGÁ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação regressiva de indenização proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de Usina Maringá Indústria e Comércio Ltda., objetivando a condenação da requerida ao ressarcimento dos valores pagos em benefício previdenciário (pensão por morte) em decorrência de acidente de trabalho, bem como a restituição das quantias que serão despendidas em razão daquele benefício, que deverá ser garantido mediante a prestação de garantia real ou fidejussória.

A inicial narra que em 20 de abril de 2009, por volta das 09h30, o funcionário Ezequiel Chiquito foi vítima de acidente de trabalho do qual resultou sua morte. A vítima foi admitida na empresa requerida em 10/05/2004, sendo que a partir de outubro de 2007 passou a desempenhar a função de "mecânico de moenda", realizando a manutenção, desmonte e montagem nas máquinas e equipamentos do setor de moendas. Argumenta que o acidente foi decorrência de negligência da empresa, que nada fez para evitar o infortúnio, desrespeitando as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho. Relata a instauração de *PIP –Procedimento de Instrução Prévia* pelo Escritório de Representação da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região em Araraquara/SP, através do qual se concluiu que o infortúnio poderia ter sido evitado se os procedimentos de segurança tivessem sido adotados pela empresa demandada. Ao final, requereu além da procedência da ação a intimação do Ministério Público, considerando a natureza da lide e o interesse público envolvido. Inicial e documentos às fls. 02-271.

A requerida apresentou contestação às fls. 299/324, aduzindo inicialmente a ocorrência de prescrição. No mérito propriamente dito, requereu a improcedência da ação, alegando que: inexiste culpa da ré, sendo que esta sempre seguiu as normas de segurança e saúde do trabalhador, fornecendo-lhes EPIs e condições para desenvolverem seu labor, tais como treinamentos contínuos, fato corroborado pelo laudo pericial produzido na Reclamatória Trabalhista n. 0114900/2009; o falecido não trabalhava em excesso de jornada; o acidente ocorreu por falha humana atribuída ao próprio funcionário; não se aplica a responsabilidade objetiva, pois ausentes os requisitos exigidos pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil; ausente nexo de causalidade entre a ação/omissão da ré com o acidente; a culpa é exclusiva do *de cujus* pelo acidente, ou sucessivamente, a culpa é concorrente, já que por ato dele (deixar acoplado o equipamento), o acidente ocorreu; as contribuições sociais são cobradas tanto do empregado quanto do empregador, o custeio da Previdência Social já foi suportado pelos contribuintes, razão pela qual não se justifica a ação regressiva; o seguro acidente de trabalho – SAT destina-se a cobrir os casos em que há culpa exclusiva da empresa ou apenas culpa concorrente, uma vez que esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição; e incabível a constituição de capital almejada pela parte autora, uma vez que esta somente é possível com dívidas de natureza alimentar. Contestação e documentos juntados às fls. 299-530.

Em réplica (fls. 533-542) o INSS rechaçou a preliminar de prescrição.

As partes foram intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 544). O INSS manifestou-se às fls. 545, requerendo o julgamento antecipado da lide. A ré manifestou-se às fls. 546-547, requerendo a designação de audiência.

Audiência designada às fls. 548. Em instrução, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela requerida: José Rodriguez de Souza e Márcia Barbosa dos Santos (fls. 555-557).

Em seus memoriais (fls. 560-564 e 565-567) as partes repisaram os argumentos expostos na inicial e na contestação.

Vieram os autos conclusos.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida, quanto à atuação do Ministério Público Federal, consigno que não há incapaz em um dos polos da ação. Além disso, o interesse envolvido é de cunho individual e secundário, interessando somente as partes. Por tais motivos, entendo que, no presente feito, desnecessária se mostra a intervenção do MPF e prossigo na análise da matéria.

Rejeito também a alegação de prescrição. Revendo posicionamento anterior (*v.g.* ação nº 0006695-64.2013.403.6120, atualmente no TRF da 3ª Região aguardando o julgamento de apelo do INSS), alinhei-me ao posicionamento pacífico do STJ, no sentido de que a ação regressiva por acidente de trabalho proposta pelo INSS prescreve em cinco anos contados do pagamento da primeira parcela, devendo ser observado que nessa hipótese a prescrição atinge o próprio fundo de direito.

Nesse sentido, os precedentes que seguem:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESCRIÇÃO. 1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, assentou a orientação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. A jurisprudência é firme no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações de regresso acidentárias. Precedentes: AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.5.2014; AgRg no AREsp 523.412/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.9.2014; e AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25.11.2014. 3. A pretensão ressarcitória da autarquia previdenciária prescreve em cinco anos, contados a partir do pagamento do benefício previdenciário. Por conseguinte, revela-se incabível a tese de que o lapso prescricional não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação. 4. O Tribunal *a quo* consignou que o INSS concedeu benefício auxílio-acidente, o que vem sendo pago desde 30.01.2001. A propositura da Ação de Regresso ocorreu em 5.6.2013 (fl. 402, e-STJ). Assim, está caracterizada a prescrição. 5. Recurso Especial não provido. (STJ, Segunda Turma, Resp. 1.499.511, rel. Herman Benjamim, j. 23/06/2015).

> ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO RECONHECIDA DE OFÍCIO. PREJUDICADAS AS APELAÇÕES. 1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei

8.213/90). 2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, §5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil. 3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC. 4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes. 5- Nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho. 6- Assim, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes. 7- Não há como se acolher a tese no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício). 8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito. 9- De ofício decretada a prescrição da pretensão autoral. 10- Prejudicadas as apelações. (TRF 3ª Região, 11ª Turma, AC 0005069-94.2009.4.03.6105, rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 11/05/2015).

Superado o ponto, passo ao exame da questão de fundo.

O INSS pretende a condenação da ré ao ressarcimento dos valores que a autarquia pagou e pagará aos dependentes de empregado da requerida que foi vítima de grave acidente de trabalho, do qual resultou seu falecimento e a concessão de pensão por morte.

O artigo 120 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que "Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis". Ao comentarem essa norma, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI[1] observam que "(...) surge um novo conceito de responsabilidade pelo acidente de trabalho; o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com os ônus das prestações — aplicando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforme a teoria do risco social para o Estado; mas da responsabilidade subjetiva e integral, para o empregador infrator. Medida justa, pois a solidariedade social não pode abrigar condutas deploráveis como a do empregador que não forneça condições de trabalho indenes de risco de acidentes. Com bem assinalou Daniel Pulino [Revista de Previdência Social. São Paulo. LTr. Nº 182, p. 16.] o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua responsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática

1 Manual de direito previdenciário. 11 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2009, p. 562.

socialmente indesejável".

Conforme se depreende do dispositivo há pouco mencionado, não é qualquer acidente de trabalho gerador de despesa ao INSS que autoriza o ressarcimento da autarquia, mas apenas aqueles casos em que demonstrado que o fato gerador da prestação previdenciária decorreu de negligência do empregador na observância das normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos empregados. Por aí se vê que a responsabilidade do empregador nesses casos é subjetiva, cabendo ao INSS demonstrar o nexo causal entre o acidente e a negligência do empregador no cumprimento da norma-padrão de segurança.

Cumpre observar que o pagamento do Seguro de Acidente do Trabalho — SAT não exclui a responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalhos decorrentes de sua negligência, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. É que nesses casos a conduta do empregador acaba criando riscos excepcionais que vão além daqueles cobertos pelo adicional correspondente ao SAT.

No caso concreto, tem-se que em 20/04/2009 o empregado Ezequiel Chiquito sofreu grave acidente de trabalho, do qual resultou sua morte e, no plano previdenciário, a concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado.

Para examinar a dinâmica do acidente, vou me valer fundamentalmente dos laudos juntados às fls. 143-158 e 160-178, produzidos nos autos de ação de indenização nº 730-77.2010.5.15.0079 que tramitou na 2ª Vara do Trabalho da Subseção de Araraquara. Ambos os laudos acompanham a inicial, sendo que o primeiro (fls. 143-158) foi elaborado pelo assistente técnico da parte autora da ação trabalhista e o segundo pela perita nomeada pelo Juiz do Trabalho.

Pelo que se depreende desses laudos, a moenda é o sistema que realiza a moagem da cana-de-açúcar; esse dispositivo é dividido em partes denominadas de ternos, sendo que em cada moenda há de quatro a sete ternos; a moenda onde Ezequiel Chiquito trabalhava era formada de cinco ternos, tendo o acidente ocorrido justamente quando o empregado fazia ajustes no quinto terno. Cada terno é formado por um sistema de rolos por onde a cana transita, denominado *castelo*; esses rolos são acionados por uma turbina movida a vapor. Quatro dos cinco ternos eram idênticos, mas o quinto terno possuía um subsistema composto por acoplamento e motor redutor. Esse subsistema era utilizado para uma função específica: lubrificação das engrenagens do terno. Em razão disso, era utilizado apenas na entressafra, pois na safra não se lubrifica a moenda.

No dia do acidente, o empregado Ezequiel Chiquito estava trabalhando em ajustes finos no sistema, de modo que havia vapor circulando na linha e o subsistema de lubrificação (acoplamento e o motor redutor) estava instalado. Nessas condições, bastante comuns no período de ajustes na linha de produção, o mecânico deveria se atentar para duas medidas cruciais na operação do sistema: quando fosse lubrificar o sistema, deveria manter a válvula de vapor fechada e posicionar a chave do acoplamento na posição "*acoplada*"; quando o sistema fosse acionado para moenda, os comandos deveriam ser invertidos, ou seja, a válvula de vapor deveria ser aberta e a chave do acoplamento deveria ser fixada na posição "*desacoplada*". Essas posições estavam indicadas de forma ostensiva no equipamento.

Sucede que naquela manhã o empregado Ezequiel Chiquito deixou de observar essas diretrizes, pois em dado momento abriu a válvula de vapor sem se atentar que a chave do acoplamento estava na posição "*acoplada*". Este foi o primeiro erro do empregado.

O segundo foi não se atentar de imediato para o problema quando se manifestaram os sinais de que havia algo de errado. Com efeito, em razão do equivocado arranjo entre a vál-

vula do vapor e a chave do acoplamento, o sistema apresentou duas anomalias: não atingia a velocidade esperada e apresentava vibração. O empregado interpretou esses sintomas como sendo indícios da existência de "*junta cega*", expressão utilizada para denominar furo com impedimento de passagem de vapor. Na verdade, o que ocorria é que parte da energia proveniente da pressão do vapor era transferida para o motor redutor, por meio do acoplamento (cuja chave inadvertidamente estava na posição "*acoplado*"), o que acionou esse equipamento e impôs um regime de rotação que ia muito além da capacidade para a qual fora projetado.

Convicto de que o problema era a existência de *junta-cega*, Ezequiel Chiquito dirigiu-se ao local onde se encontrava o líder da moenda, seu supervisor direto (José Rodriguez de Souza), para lhe reportar o problema e solicitar duas chaves apropriadas para abrir válvulas da turbina, manobra indicada para corrigir falhas decorrentes de "*juntas cegas*". Ambos os funcionários então se municiaram das chaves e voltaram ao quinto terno, para fechar a válvula de vapor; no entanto, assim que se aproximaram da válvula, uma peça do motor redutor (volante metálico) se rompeu, dispersando fragmentos que se projetaram a altíssima velocidade; um desses fragmentos acertou a cabeça de Ezequiel Chiquito, ocasionando ferimento que resultou em seu óbito, por traumatismo crânio encefálico.

Colho do laudo das fls. 160-178 passagem que resume a dinâmica do acidente:

> Logo após o acidente, os funcionários da manutenção da moenda, cipeiros, membros do SESMT que investigaram o evento chegaram à conclusão de que o mesmo ocorrera em virtude do moto redutor estar acoplado ao eixo da turbina. Quando o Acidentado abriu a válvula liberando o vapor, o eixo da turbina foi movimentado. Como o eixo do redutor estava acoplado ao da turbina (alavanca na posição acoplado), após vencer a inércia, a velocidade da turbina (aproximadamente 5200 RPM) foi transmitida para o moto redutor que girou em velocidade superior à sua capacidade (1700 RPM). O equipamento não possuía dispositivo de segurança que interrompesse o seu funcionamento em caso de velocidades elevadas. A Reclamada comunicou a falha ao fabricante após o acidente.

No curso da instrução foram inquiridas duas testemunhas, ambas arroladas pela requerida.

Uma das testemunhas é a viúva do acidentado, que a rigor não trouxe nenhuma informação relevante para o presente caso. É bem verdade que, como bem lembra o INSS, em dado momento a depoente referiu que seu marido faleceu quando trabalhava fora de sua área, e em atividade para a qual não possuía treinamento. No entanto, conforme será detalhado adiante, fazia quase dois anos que Ezequiel Chiquito trabalhava na função de mecânico da moenda.

A outra testemunha é o Sr. José Rodriguez de Souza, que conforme visto acompanhava o funcionário Ezequiel Chiquito quando da ocorrência do acidente. Segue uma síntese do depoimento da testemunha, em transcrição livre:

> Eu era o líder da manutenção de um dos turnos da moenda, mas na época do acidente estávamos trabalhando apenas na diária (das 7h às 17h); o acidente aconteceu entre o fim da entressafra e o início da safra, na fase dos ajustes finais da moenda; no dia do acidente, o Ezequiel Chiquinho me chamou dizendo que estava com um problema; naquilo que nós chegamos na moenda aconteceu a explosão; não deu tempo nem de piscar o olho; só vi que ele tombou, e quando juntei ele vi que estava todo quebrado; a explosão foi muito forte; se pegasse um estilhaço em mim eu também morria; eu não sei se ele esqueceu, mas ele ligou a máquina com o giro lento acoplado; não sei o que aconteceu com ele, que era acostumado

> a fazer a operação; quando chegamos lá, não deu tempo nem de falar onde era o problema e aconteceu a explosão; quando me procurou, ele disse que o problema era na válvula, mas na verdade era por causa do giro lento acoplado; isso não poderia estar acoplado; acho que quando ele botou a máquina a operar, esqueceu desse detalhe; o operador só precisa colocar ela pra funcionar e depois ela trabalha; até hoje não consigo entender o que aconteceu nesse dia... ele não ter desacoplado o equipamento; falhar, todo mundo falha, né?!; mas o operador não poderia falhar; ele tinha experiência, fazia aquela atividade com frequência, há no mínimo três anos antes do acidente; os procedimentos de manutenção da moenda eram feitos todo ano, na entressafra; havia a expectativa de Ezequiel Chiquito ser promovido a líder; a empresa fornecia EPIs, que eram utilizados pelo acidentado.

A testemunha José Rodriguez de Souza também prestou depoimento em sindicância do Ministério do Trabalho (fls. 380-381) e nos autos do inquérito policial instaurado para apurar a morte do funcionário Ezequiel Chiquito (fl. 384), sendo que essas declarações não divergem das informações prestadas em Juízo nesta ação.

Esse acidente foi amplamente estudado. Além dos laudos há pouco mencionados, o evento foi tema do Relatório de Análise de Acidente Grave, elaborado por Auditor Fiscal do Trabalho da Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Araraquara (fls. 19-33), e de relatórios do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho —SESMT e da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — CIPA; esses relatórios não foram juntados aos autos, mas as respectivas conclusões estão transcritas no estudo assinado pela Auditora do Trabalho. O fato também foi investigado na perspectiva criminal, sendo que o inquérito policial acabou arquivado sem indiciamento.

Em linhas gerais, os estudos há pouco referidos compartilham das mesmas conclusões. Como é comum em casos dessa natureza, o acidente decorreu da conjugação de diversos fatores, embora alguns preponderando sobre outros. Todavia, é consenso que o acidentado contribuiu decisivamente para a ocorrência do infortúnio, quando inadvertidamente abriu a válvula do vapor enquanto a chave do acoplamento entre o turno e o motor redutor estava na posição "*acoplada*". Ao lado dessa causa, que qualifico como *principal*, os diversos especialistas que se debruçaram sobre esse fato mencionaram outras causas que reputam direta ou indiretamente relacionadas ao acidente. Mais adiante vou enfocar algumas dessas concausas, mas por ora vou me concentrar na conduta do acidentado.

Conforme leciona SERGIO CAVALIERI FILHO[2], a imprudência, ao lado da negligência e da imperícia, é uma das formas de exteriorização da conduta culposa, manifestada pela falta de cautela ou cuidado por meio de conduta comissiva do agente. No caso dos autos, o relatório de análise do acidente aponta que o fato só ocorreu da forma que ocorreu por conta de erros cometidos pelo próprio acidentado na operação dos equipamentos, ou seja, por imprudência da própria vítima.

Sucede que o erro humano é uma ocorrência natural no ambiente fabril, especialmente quando o trabalho envolve atividades mecânicas e repetitivas — dados os riscos da atividade industrial, um segundo de desatenção é o suficiente para se perder um dedo, um braço ou a vida. Variados fatores contribuem para a diminuição do nível de atenção do trabalhador. Alguns estão relacionados à negligência do empregador (a extensão indevida da jornada, a iluminação deficiente do ambiente, o nível de cobrança por produtividade, etc.). Outros escapam do controle do empregador, pois relacionados a condições pessoais do empregado (por exemplo, o cansaço

2 Programa de responsabilidade civil. — 9 ed. — São Paulo : Atlas, 2010, p. 37.

por uma noite mal dormida, problemas familiares ou uma indisposição física).

As exigências de segurança existem justamente para neutralizar os efeitos da desatenção do empregado. Com efeito, é no reconhecimento da inevitabilidade do erro humano que surge a preocupação na adoção de medidas visando à neutralização dos efeitos da falta de atenção ou o descuido que fatalmente vez ou outra acometerá o trabalhador.

Digo isso com conhecimento de causa. Em meados dos anos 1990, trabalhei durante alguns meses como assistente de manutenção industrial, operando lixadeiras, furadeiras de bancada e máquinas de corte. Uma das tarefas consistia em desbastar as arestas de peças de ferro retangulares, cada uma com 15 ou 20 quilos. A operação se dava da seguinte forma: fixava a peça na morsa e lixava uma das arestas; feito isso, aliviava suavemente a pressão da morsa, apenas o suficiente para virar a peça para lixar a outra face, sem desprendê-la do equipamento de retenção. Ocorre que num momento de distração afrouxei a morsa mais do que o necessário e o diabo da peça caiu sobre meu pé. Como operava uma lixadeira, estava equipado com óculos de proteção, luvas e avental de couro, mas desgraçadamente não calçava sapato com biqueira de aço. O resultado disso foram alguns dedos do pé fraturados (um deles com risco de amputação), cortes profundos e o afastamento temporário do trabalho, inclusive com a concessão de auxílio-doença acidentário.

Note-se que nesse caso o uso de sapato com biqueira de aço não evitaria a imperícia no manuseio da morsa (culpa minha) nem neutralizaria os efeitos da gravidade (culpa da física), mas certamente evitaria o ferimento, ou ao menos reduziria significativamente a gravidade da lesão. Daí porque se exige cinto de segurança ou redes de proteção para o trabalho acima do nível do solo, óculos de proteção em operações com lixadeiras e máquinas de corte etc. É por isso também que a norma-padrão prevê que as dobradeiras sejam acionadas por dois pedais, se dois forem os empregados que estiverem lidando com o equipamento; que os pedais estejam protegidos por caixas de segurança, de modo a não serem acionados apenas porque alguém neles esbarrou; que as áreas de transmissão de força tenham proteções fixas que impeçam o ingresso das mãos ou dedos. Tais cautelas, dentre outras, compõem o conjunto mínimo de precauções que devem ser observadas pelo empregador.

Saltando da memória para a realidade do caso concreto, penso que o INSS não logrou demonstrar o nexo causal entre o acidente e a negligência do empregador. Dito de outra forma, as provas não indicam que o acidente resultou de conduta culposa ou dolosa do empregador na observância das normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos empregados, mas sim por imprudência da vítima na operação do sistema de moenda.

As ordens de serviço das fls. 61-63, as informações contidas nos laudos e o depoimento da testemunha atestam que o funcionário Ezequiel Chiquito tinha experiência no desempenho da função. Trabalhava na Usina Maringá há quase cinco anos, e há cerca de dois na função de mecânico de moenda. Não há dúvida que tinha experiência na manutenção do sistema de moenda, o que em certa medida explica a perplexidade manifestada pela testemunha José Rodriguez de Souza — "até hoje não consigo entender o que aconteceu nesse dia... ele não ter desacoplado o equipamento; falhar, todo mundo falha, né?!; mas o operador não poderia falhar".

Por aí se vê que não convence a alegação de que o acidente é resultado da falta de treinamento ou de treinamento ineficiente pela empregadora, causas apontadas pela Auditora do Trabalho em seu relatório. O acidente não foi decorrência de erro de um novato naquela atividade, que ainda estava se enfronhando nos meandros do mecanismo da moenda, mas sim por funcionário que trabalhava como mecânico daquele equipamento há cerca de dois anos.

Conforme referi em outro momento, os diversos especialistas que se debruçaram sobre o caso fazem referência a outras causas que podem ter contribuído para o acidente, bem como inúmeras medidas que poderiam tê-lo evitado. Do primeiro grupo, pode-se citar a ausência de treinamento específico do funcionário Ezequiel Chiquito para operar o equipamento que ocasionou o acidente — hipótese que afastei há pouco —, a falta de radiocomunicador para facilitar a comunicação entre o mecânico e seu supervisor, o excesso de jornada na véspera do acidente, dentre outros fatores. Do segundo grupo, pode-se mencionar a presença de dispositivos de segurança que evitassem a aceleração do motor redutor além dos níveis suportáveis, ou ao menos que evitassem a dispersão de destroços em caso de colapso de componentes.

Oportuno destacar, aliás, que os laudos técnicos e os relatórios de sindicância são unânimes em apontar que o acidente poderia ser evitado se o sistema redutor contasse com dispositivos que cortassem o giro do motor quando este superasse a velocidade máxima para o qual fora projetado, ou se contasse com telas de proteção mais resistentes, que suportassem impactos mais intensos em caso de desprendimento de partes móveis. No entanto, tais observações relacionam-se a hipotéticos erros no projeto dos equipamentos, de modo que devem ser imputados ao fabricante, e não à empresa que adquiriu o produto. Se a pretensão regressiva estivesse fundada na responsabilidade objetiva — como se passou na ação de indenização proposta na Justiça do Trabalho — até seria admissível transferir os alegados vícios de projeto à empresa que adquiriu o equipamento, que certamente teria assegurado o direito de regresso contra a fabricante. Neste caso, todavia, a pretensão do INSS se fundamenta em responsabilidade subjetiva, de modo que os supostos defeitos na concepção dos equipamentos não podem ser imputados à empresa ré.

Cumpre observar que a análise de um acidente sempre vai resultar na identificação de inúmeros fatores que contribuíram para sua ocorrência, além de outras tantas condutas que, se fossem observadas, poderiam tê-lo evitado. A dificuldade consiste em separar as causas diretamente relacionadas ao evento daquelas acessórias que podem ter contribuído para sua ocorrência, bem como das condutas cuja inobservância impediu evitá-lo, mas que não se relacionam de forma imediata com o evento. No entanto, mais importante do que identificar culpados, essas conclusões são essenciais para incrementar os níveis de segurança nas atividades e, assim, evitar a ocorrência de novos acidentes, ou, para ser mais claro, a repetição de acidentes. Por paradoxal que seja, a mais importante fonte de conhecimento para evitar a ocorrência de acidentes são os próprios acidentes. Daí porque os controladores de velocidade são instalados preferencialmente nos pontos de maior incidência de colisões e atropelamentos, bem como de uma hora para outra a tampa da caneta Bic ganhou um furo no topo, cuja função é evitar o sufocamento caso seja engolida.

Empiricamente, parece-me que o ramo que parece aplicar com mais eficiência esse conceito é o da aviação civil. Historicamente a segurança nos voos é ampliada em razão inversamente proporcional ao número de acidentes ocorridos, de modo que a cada ano está mais seguro voar, inobstante o crescimento constante do tráfego aéreo. Há cinquenta anos, quando teve início a era dos jatos, havia dez acidentes com morte para cada milhão de voos; atualmente esse número baixou para 0,21. E uma das principais razões para isso é o aperfeiçoamento nos equipamentos e nos procedimentos, que por sua vez são resultado das análises minuciosas de acidentes. A segurança em aviação civil rege-se por uma política que pode ser assim resumida: nem sempre é possível evitar um acidente, mas com certeza é possível evitar o segundo acidente pela mesma causa.

A consequência disso é que os desastres aéreos envolvendo empresas de aviação civil tendem a ser cada vez mais insólitos, pois o espaço para a atuação do imponderável é diminuído

após cada ocorrência. Trago um exemplo recente que bem ilustra essa conclusão. Há alguns meses o mundo ficou perplexo com o caso do tresloucado copiloto da Germanwings que se trancou na cabine e deliberadamente chocou o Airbus que pilotava contra uma montanha no sul da França, matando 150 passageiros e tripulantes. No geral, o caso foi enfocado na perspectiva penal ou, numa linha mais condescendente, da saúde pública, pois logo surgiram notícias de que o copiloto Andreas Lubitz sofria de grave depressão. No campo da aviação, contudo, esse episódio foi encarado como um acidente, de modo que imediatamente se estudaram soluções para evitar sua repetição. Daí porque dois ou três dias depois que surgiram os primeiros indícios apontando que o avião fora derrubado de forma deliberada, as companhias aéreas do mundo todo alteraram os procedimentos em voo, proibindo os tripulantes de permanecer sozinhos nas cabines de comando, regra que atualmente, cinco meses após o acidente, é observada à risca, inclusive no Brasil. Ainda sobre o tema, interessante observar que o acidente com o Airbus da Germanwings só ocorreu da forma que ocorreu em razão da observância de procedimento de segurança introduzido a partir dos ataques de 11 de setembro: o trancamento da cabine durante todo o voo.

Voltando para o caso dos autos, parece-me que os fatores causais que o Ministério do Trabalho identificou como contribuintes para o acidente (fatores da tarefa, do material e da organização e gerenciamento das atividades), não estão diretamente relacionadas ao acidente, tampouco poderiam evitá-lo. É o caso, por exemplo, da alegação de que na semana que antecedeu o acidente o funcionário Ezequiel Chiquito cumprira jornadas excessivas, bem como que o trabalho estava atrasado em razão de greve realizada pelos trabalhadores, ou ainda, que os empregados não foram orientados de forma adequada acerca dos riscos no ambiente de trabalho. Tais circunstâncias podem configurar infrações à legislação do trabalho, sujeitando a empresa ao pagamento de multas, mas não há prova de que esses fatores estão na linha de desdobramento do acidente, tampouco que a inocorrência delas pudesse ter interferido no evento a ponto de evitar sua ocorrência. Com efeito, abstraída da linha de desdobramento as horas-extras que Ezequiel Chiquito fez na semana anterior, isso evitaria a ocorrência do acidente? Talvez sim, provavelmente não, até mesmo porque não há indícios de que o acidente foi causado pela estafa do empregado.

Tirante a flagrante colaboração da própria vítima, os demais fatores levantados pelos diversos especialistas como concorrentes para a ocorrência do acidente decorrem de suposições, exercícios mentais que acabam facilitados porque se concentram sobre fato consumado. Bem a propósito disso, transcrevo interessante artigo do filósofo Hélio Schwartsman, publicado na edição de 17/01/2015 no jornal Folha de São Paulo, e que quando da prolação desta sentença ainda estava disponível na internet[3]. Nesse artigo, intitulado *"Eu sabia"*, o articulista se debruça sobre ciladas cognitivas onde frequentemente nos enredamos quando buscamos entender as causas que levaram à ocorrência de determinado fato:

> Serviços de inteligência franceses estão sendo criticados por não ter impedido os ataques terroristas. Os irmãos Kouachi, afinal, estavam no radar das agências e chegaram, por algum tempo, a ser classificados como uma ameaça.
> Receio que o problema aqui seja menos a competência da polícia e mais as armadilhas embutidas em nosso modo de pensar, mais especificamente o viés retrospectivo, que é a inclinação para qualificar eventos pretéritos como mais previsíveis do que eram antes de ter acontecido. Um exemplo clássico é o de Pearl Harbor. Nos dias que antecederam o ataque japonês, os EUA

3 http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/2015/01/1576487-eu-sabia.shtml, acessado em 27/07/2015, às 8h50.

> receberam vários sinais. Num despacho interceptado pela Inteligência Naval, Tóquio pedia a um espião em Honolulu detalhes sobre os navios ancorados no porto. Os EUA também tiveram a informação de que a Marinha japonesa trocara, pela segunda vez no mês, seus códigos de comunicação e de que Tóquio instruíra diplomatas a destruir material sensível.
> Nós, que sabemos o que aconteceu em 7 de dezembro de 1941, automaticamente ligamos os pontos e acusamos a segurança de não ter visto o óbvio. Só que não foi apenas Pearl Harbor. Algo parecido aconteceu no 11 de Setembro, no 7/7/2005 em Londres e, agora, na França.
> A verdade é que a Inteligência vive o dilema de todas as burocracias: como distinguir, dentre milhares de dados coletados diariamente, aqueles que são realmente importantes dos que não passam de ruído?
> *O problema de fundo, como explica Leonard Mlodinow, é que, em qualquer cadeia complexa de acontecimentos, há uma assimetria fundamental entre presente e passado. Enquanto as coisas estão acontecendo, cada elemento se desdobra numa série quase infinita de incertezas. Mas, quando estamos diante da história acabada, tudo o que não aconteceu perde relevância, e a narrativa se torna enganosamente límpida. Isso se traduz na sensação de "eu sabia".*

Retomando o tema desta ação, concluo que o acidente que resultou no benefício de pensão por morte ocorreu fundamentalmente por imprudência do funcionário Ezequiel Chiquito na operação do equipamento em que fazia a manutenção. E embora o acidente tenha dado ensejo à fiscalização que concluiu pela autuação da empresa por infrações à legislação trabalhista, entendo que as causas do infortúnio não ultrapassaram os riscos inerentes da atividade industrial, e que são a razão de ser do adicional do SAT.

Calha destacar que a ré está longe de ser um exemplo quando se fala em segurança do trabalho. Como bem destacado pelo INSS em seus memoriais, a empresa requerida foi condenada em primeira instância ao pagamento de indenização por dano moral coletivo em ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, cuja causa de pedir se funda na alegação do descumprimento da legislação trabalhista. Entretanto, empresa alguma pode ser condenada em ação de regresso por conta de seu retrospecto, mas sim pela demonstração segura de que o fato que deu origem à prestação que o autor busca ressarcir decorreu de conduta dolosa ou culposa do empregador, e neste caso o INSS não logrou comprovar esse ponto.

Logo, não comprovada culpa ou dolo da empregadora com o ocorrido, não há como transferir-lhe o ônus no pagamento do benefício previdenciário decorrente do acidente.

Por derradeiro, destaco alguns precedentes que tratam de casos semelhantes ao destes autos e nos quais se chegou à mesma solução ora desenhada:

> DIREITO CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. CULPA DA EMPRESA. NEGLIGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES. O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 é claro ao vincular o direito de regresso da autarquia previdenciária à comprovação da negligência por parte do empregador quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva. No presente caso, é incontroversa a ocorrência do acidente de trabalho e o nexo de causalidade entre este e as lesões que resultaram na concessão do benefício pelo órgão previdenciário. Contudo, o acervo probatório indica a ausência de culpa da empresa demandada. A conclusão que se impõe é a de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que realizou de forma negligente a manutenção de equipamento, mesmo após ter recebido treinamento a respeito. (TRF4, AC 5025324-17.2013.404.7108, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 21/08/2015).

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NORMAS DE SEGURANÇA E NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA - NÃO COMPROVADAS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O INSS tem direito à ação regressiva prevista nos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91 quando demonstrada a negligência da empregadora quanto à adoção e fiscalização das medidas de segurança do trabalhador. 2. A responsabilidade da empresa contratante não se presume, deve ser demonstrado pelo INSS o nexo entre a ação/omissão da empregadora e o acidente com o segurado. (TRF4, APELREEX 5006968-20.2012.404.7201, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 12/03/2015).

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO REGRESSIVA MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPRESA VISANDO INDENIZAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 120 DA LEI 8.213/91. CULPA DA RÉ NÃO COMPROVADA. I - Hipótese dos autos em que o INSS não demonstrou a ocorrência de conduta culposa da empresa, ao contrário restando consignado no depoimento do acidentado que o empregador fornecia e fiscalizava a utilização de equipamentos de segurança para minimizar os riscos inerentes ao desempenho da atividade, tendo o trabalhador informado ainda que sempre utilizava o guincho e que possuía treinamento específico para operar a máquina. II - Recurso desprovido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 0009910-50.2009.4.03.6100, rel. Des. Federal Peixoto Junior, j. 05/11/2013).

Tudo somado, impõe-se o julgamento de improcedência do pedido.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o feito com resolução de méritos, nos termos do art. 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Condeno o INSS ao pagamento de honorário de advogado, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Custas pelo réu, que é isento do recolhimento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 26 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0000455-83.2014.4.03.6133

Autora: J. S. TÁXI AÉREO LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP
Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2015

Trata-se de ação de repetição de indébito movida por J. S. Táxi Aéreo em face da União. Aduz o autor ter sido compelido a pagar juros de mora quando da renovação da admissão temporária de aeronave arrendada, irresignando-se agora contra tal exação, pois entende que o acréscimo foi injusto na medida em que o pagamento do IPI a operação deveria ser somente o valor principal, contra o qual não se opõe e nem pede a restituição, mas sem o acessório. Advoga que a incorreção do entendimento da Receita Federal estriba-se em dois equívocos, a saber, o primeiro no sentido de considerar o autor em mora, quando não havia inadimplemento, ao passo que o segundo seria considerar como fato gerador o desembaraço da aeronave, eis que segundo o postulante o marco seria o pedido de prorrogação. Eis a suma do pleito.

Em contestação a União advoga a correção do entendimento adotado pela Receita Federal, aduzindo que o pagamento em 2012 relativo a fato ocorrido em 2007 não pode dar-se sem os ônus respectivos. Sustenta que o autor quer apenas as benesses do regime de IPI pertinente ao arrendatário, sem a contrapartida inerente ao mesmo.

Houve réplica e dentre os argumentos apresentados está o de que a própria ré na contestação teria admitido que a obrigação tributária estava suspensa, de forma que não havia vencimento e por consequência inexistia mora, restando desautorizada a cobrança dos juros moratórios.

Desnecessária a produção de outras provas, tenho que o feito está maduro para sentença.

Sem preliminares. Não há nulidade a ser sanada e nem questão de ordem pública a ser dirimida de ofício. O feito está regular e deve ter seu mérito conhecido imediatamente.

Ultrapassada a cognição preambular, passo ao exame do *meritum causae*.

O cerne da questão, a meu sentir, independentemente de minúcias infralegais a respeito do regime diferenciado de IPI-arrendamento, é acerca da existência ou não de mora durante a suspensão da obrigação tributária e se ao fim da suspensão o pagamento deve incluir juros de mora pelo período da suspensão. Isso porque a existência de suspensão é incontroversa, sendo discutido apenas o efeito jurídico da mesma no que tange aos juros de mora. Note-se, ainda, que a cessação da suspensão quando da prorrogação da admissão da aeronave está igualmente fora de dúvida.

O que a União defende, em apertada síntese, é de que ao final da suspensão há uma retroação ao momento do desembaraço aduaneiro, contando-se juros moratórios desde lá, estendendo-se a suspensão sobre o principal ao mesmo tempo em que nascem os acessórios ao longo do período de suspensão.

Entretanto, a interpretação fazendária revela-se equivocada na medida em que desconsidera o funcionamento inerente a uma condição suspensiva e atenta contra a própria natureza dos juros moratórios.

A suspensão do IPI *in casu* possui a inequívoca natureza jurídica de período de pendên-

cia, sujeitando-se o nascimento do direito de crédito ao advento da condição consistente na prorrogação da admissão da aeronave. Até o advento da condição, somente existia a expectativa de direito, tanto que se não renovado o pedido de admissão temporária sequer existiria débito tributário a ser cobrado.

O advento da condição suspensiva é a gênese da eficácia obrigacional tributária no caso em tela e sem ela nada seria devido. Se o advento do direito subjetivo ao pagamento somente adveio quando do implemento da condição, inexistindo direito efetivo até então, mas apenas direito condicional, logo a situação de mora inexiste durante o período de pendência. O autor não se encontrava inadimplente ao longo do período de suspensão pelo simples fato de que não havia direito subjetivo por parte do (futuro e eventual) credor.

A alegação de que o autor quer o melhor de dois mundos não prospera, pois mesmo o benefício fiscal deve manter-se no espaço de validade normativa desenhado pelo sistema jurídico, não se cogitando de renúncia do contribuinte aos seus direitos o mero fato de ter sido globalmente beneficiado por regime mais favorável. Não há deslealdade alguma aqui, inclusive devendo ser chamada a atenção para a difícil situação do contribuinte que se vê compelido ao pagamento do que não deve para depois ter que buscar o Poder Judiciário para ver reconhecido seu direito a devolução.

De igual modo, os juros moratórios revelam-se incompatíveis com o estado de latência da obrigação tributária suspensa. Na ausência de inadimplemento, inexiste mora e por consequência não são devidos juros moratórios. Apenas para exemplificar o tradicional entendimento doutrinário sobre a questão, transcreve-se a opinião de Carlos Roberto Gonçalves[1]: "Os *moratórios*, que são devidos em razão do inadimplemento e correm a partir da constituição em mora (...)" e de Orlando Gomes[2] "Se bem que os *juros de mora* constituam a indenização específica, devida em consequência de retardamento culposo no cumprimento da obrigação (...)".

Assim, assiste razão ao autor que merece a procedência do pedido.

Por todo o exposto, o caso é de PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, condenando-se a União a restituir o valor de R$ 226.854,98 (duzentos e vinte e seis mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e oito centavos).

Condena-se, ainda, ao pagamento de 15% (quinze por cento) a título de honorários, dada a complexidade e a singularidade da causa, bem como dado o esmero técnico dos causídicos que patrocinaram o pleito.

Sem condenação ao pagamento de custas, mas deverá a União reembolsar as já pagas pelo autor.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitado em julgado arquive-se.

Mogi das Cruzes/SP, 17 de novembro de 2015.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405.
2 GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0000771-90.2014.4.03.6135

Autora: ASSOCIAÇÃO AMIGOS DA PONTA DAS TONINHAS
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, por meio da qual a *Associação Amigos da Ponta das Toninhas* pretende a *condenação da ré a efetuar a entrega de correspondências de forma individualizada aos moradores do loteamento Ponta das Toninhas*, situado no canto sul da *Praia de Toninhas, Município de Ubatuba-SP*, sob pena de fixação de *multa diária*. Juntou procuração e documentos (fls. 08/65).

Aduz, em síntese, que *a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT* (Correios) realizava a *entrega das correspondências de forma individualizada em cada residência* dentro do referido loteamento desde a sua criação, e que "houve a *alteração do carteiro* que atende o bairro e *este se recusa a entregar as correspondências de forma individualizada* sob alegação de que *não está obrigada a efetuar entrega individualizada a coletividades residenciais com restrições de acesso*" (fl. 03 – Grifou-se).

Alega que o loteamento possui "logradouros oficializados, com imóveis individualizados com caixa receptora de correspondências", e que "a numeração dos imóveis obedece às posturas municipais" (fl. 04), finalizando que oferece condições de acesso e segurança para a realização das entregas pelos carteiros da empresa ré.

Reitera que *não há qualquer limitação ou restrição de acesso e trânsito de pessoas no loteamento*, não se aplicando ao caso o disposto no artigo 5º da Portaria nº 567/2011 do Ministério das Comunicações, afirmando ainda que "não se trata de condomínio residencial" (fl. 05).

Por *decisão* deste Juízo foi *deferida a antecipação da tutela judicial* para "determinar que a *parte ré promova a entrega de correspondências de forma individualizada no loteamento Ponta das Toninhas, situado no canto sul da Praia de Toninhas, Município de Ubatuba-SP*, sob pena de aplicação de multa diária em caso de descumprimento." (Fl. 71/72-v).

Citada, a ré apresentou *contestação* em que requer, em síntese, a improcedência do pedido, bem como interpôs agravo de instrumento, tendo o *Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região* proferido decisão convertendo o recurso em *agravo retido* (fls. 274-v e apenso), a ser apreciado por ocasião desta sentença.

Ainda, a ré informou o *cumprimento à decisão* que *antecipou os efeito da tutela* "para distribuição diretamente às residências da Ponta das Toninhas", sendo que "a distribuição domiciliária de correspondências porta a porta se iniciou em 04/11/2014" (Fls. 175 e 262).

Apresentada *réplica* pela parte autora (fls. 268/269).

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1 – AGRAVO RETIDO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Em razão dos *fundamentos* expostos na *decisão* que *deferiu a antecipação dos efeitos da tutela* para se determinar a "a entrega de correspondências de forma individualizada no

loteamento Ponta das Toninhas" (fls. 71/72-v), *indefiro* o pedido formulado pela ré/agravante no *agravo retido* apenso aos autos, ressaltando que cumpre ao Juízo determinar os *atos necessários* à *efetividade do provimento jurisdicional*, sobretudo quando *presentes os requisitos legais* de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (CPC, art. 273), e inclusive em observância ao *poder geral de cautela* (CPC, art. 461), conforme se verificou na decisão agravada de fls. 71/72-v.

II.2 – PRELIMINARMENTE: ILEGITIMIDADE ATIVA

Trata-se a *legitimidade* para a causa a pertinência subjetiva existente entre os sujeitos da relação jurídica processual e os sujeitos que figuram em um dos pólos da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

O microssistema das tutelas coletivas, em especial o art. 5º da Lei nº 7.347/85 e art. 82, inciso IV, da Lei nº 8.078/90, conferiu às *associações civis legitimação* para a *defesa dos interesses individuais de titulares* que se encontram dispersos no seio desta *coletividade*. Não se trata, portanto, de representação legal, mas de *legitimação atribuída às associações* para promover a *tutela e proteção dos interesses coletivos*, razão pela qual não se faz necessário que ação contemple pretensão relacionada apenas aos associados, mas sim a todos aqueles que se encontrem nas condições de direito e de fato que mereçam ser tutelados.

Assim, cumpridos os três *requisitos* para que a *associação* seja considerada *representativa dos interesses da coletividade* na proteção dos direitos e interesses transindividuais, é mister reconhecer a *legitimidade ativa*. Eis os requisitos: a) a associação deve estar constituída nos termos da lei civil, no sentido de ter *personalidade jurídica* (fl. 09/31); b) a associação deve *estar constituída há, pelo menos, um ano* contado retroativamente da data da propositura da ação coletiva, sendo que, no caso dos autos, a autora foi constituída há mais de ano da distribuição da ação, tendo sido registrado o estatuto social junto ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica de Ubatuba-SP (fl. 25); c) a associação deve ter como finalidade institucional, prevista no estatuto, a *proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos* por ela própria definidos como objeto de tutela.

O *estatuto da associação* autora prevê, em seu *art. 2º*, dentre os seus objetivos institucionais, "representar coletivamente os associados", "defender os interesses comuns dos associados" e "colaborar com os poderes públicos e junto a eles pleitear quanto aos interesses e necessidades comuns" (fls. 10/11). Desta cláusula, é possível extrair sua legitimidade para propor ação ordinária em que se pretende a *entrega direta e individualizada de correspondências aos moradores situados no loteamento Ponta das Toninhas*.

Assim, *rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte* argüida pela ré.

II.3 MÉRITO: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO POSTAL – MONOPÓLIO – ENTREGA INDIVIDUALIZADA DE CORRESPONDÊNCIAS – LOTEAMENTO HORIZONTAL – REQUISITOS LEGAIS

A autora *Associação Amigos da Ponta das Toninhas* pretende que seja a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Correios)* obrigada a promover a *entrega individualizada de correspondências diretamente nas casas que pertencem ao loteamento* ocupado por moradores que representa, a partir de *acesso aos imóveis destinatários pelos respectivos carteiros dos Correios*.

Sobre a matéria objeto destes autos, prevê a *Lei nº 6.538/1978*, que dispõe sobre os *serviços postais*:

> *Art. 3º - A empresa exploradora é obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade , qualidade, eficiência* e outros requisitos fixados pelo

> Ministério das Comunicações .
> *Art. 4º - É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal* e do serviço de telegrama, observadas as disposições legais e regulamentares.
> *Art. 5º - O sigilo da correspondência é inviolável.* (...)
> DO SERVIÇO POSTAL
> *Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas*, conforme definido em regulamento. (...)
> *Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais*:
> *I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta* e cartão-postal; (...)

Por sua vez, a *Portaria nº 567/2011, do Ministério das Comunicações*, que dispõe sobre a *entrega de objetos dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*, estabelece que:

> Art. 1º. A *entrega postal de objetos dos serviços de carta* e cartão postal, de impresso, de *encomenda* não urgente e de telegrama será realizada da seguinte maneira:
> I - *externa*:
> a) *em domicílio*, quando a entrega do objeto postal ocorrer no endereço indicado pelo remetente ou na forma descrita no artigo 5º desta Portaria; (...)
> Art. 2º. A *ECT deverá realizar a entrega externa em domicílio nas localidades, sempre que atendidas as seguintes condições*:
> I - *houver correta indicação do endereço de entrega no objeto postal*;
> II - possuir o distrito mais de 500 habitantes, conforme o censo do IBGE;
> III - *as vias e os logradouros ofereçam condições de acesso e de segurança ao empregado postal*;
> IV - *os logradouros e vias disponham de placas indicativas de nomes instaladas pelo órgão municipal ou distrital responsável*;
> V - *os imóveis apresentem numeração de forma ordenada, individualizada e única*; e
> VI - os imóveis disponham de caixa receptora de correspondência, localizada na entrada, ou haja a presença de algum responsável pelo recebimento no endereço de entrega.
> Parágrafo único. Ainda que não atendida a condição prevista no inciso VI, a entrega em domicílio poderá ser efetuada por outras formas, a critério da ECT.
> (...)
> Art. 5º. A *entrega postal dos objetos endereçados a coletividades residenciais com restrições de acesso e trânsito de pessoas*, bem como a todas as *coletividades não residenciais*, será feita por meio de uma *caixa receptora única de correspondências*, instalada na área térrea de acesso à coletividade, *ou entregue ao porteiro*, administrador, zelador ou pessoa designada para esse fim. (...) (Grifou-se).

Ocorre que, a partir do *conjunto probatório* dos autos, verifica-se *não haver óbice ao acesso dos carteiros aos imóveis destinatários das correspondências situados no loteamento representado pela Associação Amigos da Ponta das Toninhas*, em que as *ruas encontram-se devidamente nominadas* e as *casas com respectivos números apostos na fachada do imóvel* (fls. 52/58 e 97/99), *não se vislumbrando, segundo consta, qualquer risco à segurança ou integridade dos carteiros na entrega das correspondências no local.*

Conforme *documentos* juntados aos autos, trata-se de *loteamento aprovado pela Prefeitura Municipal de Ubatuba-SP*, com *regular denominação de ruas e individualização de lotes* (fls. 35/38).

Ademais, nos *termos de ajustamento de conduta* firmando com o *Ministério Público do Estado de São Paulo* (fls. 39/43) e *contrato* celebrado entre o *Município de Ubatuba-SP* e a parte autora (fls. 44/48), *está assegurado o livre ingresso e locomoção de qualquer pessoa nas vias e áreas publicas, bens de uso comum do povo, autorizada a identificação das pessoas que ali pretendam ingressar para segurança aos moradores do local*, sob as *devidas sanções* a serem impostas à *Associação Amigos da Ponta das Toninhas em caso de descumprimento do ajustado e contratado.*

Por oportuno, *não há que se confundir* essa modalidade de *loteamento* com os denominados "*condomínios fechados*", que se encontram disciplinados no *art. 8º da Lei nº 4.591/64*, segundo o qual as *praças, ruas e áreas de lazer que integram ao condomínio estão sob o domínio privado, auto-regulamentado pro convenção e assembleias do condomínio.* Inexistem, por conseguinte, ruas e praças em áreas livres públicas. Tudo o que integra o condomínio é de *propriedade exclusiva dos condôminos*, que não têm a obrigação legal de trasladar os espaços internos comuns ao Município, quando da aprovação e do registro do empreendimento. Ao passo que no "*loteamento*" definido pela *Lei nº 6.766/79, as vias e logradouros passam a ser do domínio público, podendo ser utilizadas por qualquer do povo, sem nenhuma restrição a não ser aquelas impostas pelo próprio Município*, como ocorre em relação ao *loteamento Ponta das Toninhas.*

Assim, ao contrário do que sustentam os Correios, *a existência de portaria na via de acesso ao loteamento* em que se encontram situadas as casas, com *monitoramento do acesso ao loteamento* de *livre acesso* mediante a *identificação de pessoas* (fls. 51 e 95/96), visando sobretudo *garantir maior segurança aos moradores e frequentadores do local (inclusive os carteiros), não pode ser considerada como "restrição de acesso" (art. 5º da Portaria nº 567/2011) a representar justificativa plausível à negativa em promover a entrega de correspondências em domicílio*, sobretudo ante as *características que permitem a regular individualização dos destinatários* (fls. 52/58 e 97/99) e a *inexistência de riscos à incolumidade dos carteiros.*

Por oportuno, há que se ponderar que, a *organização dos moradores do loteamento* para, a partir do *dispêndio de tempo e de recursos financeiros*, serem colocadas *estruturas de portaria para o monitoramento do acesso mediante identificação de pessoas* (fls. 51), *principalmente no propósito de proporcionar maior segurança ao local, e inclusive aos carteiros exercem seu trabalho, não pode surtir efeito contrário aos interesses dos destinatários residentes no loteamento.*

Isto porque, na *hipótese de inexistência de qualquer estrutura de monitoramento e identificação de pessoas* que visem d*ar mais segurança aos limites do loteamento*, e a região viesse a ser considerada pelos Correios como em *zona de risco à segurança dos carteiros, os moradores do também sofreriam restrições na entrega de correspondências* sob o fundamento da *necessidade de segurança à integridade dos carteiros na entrega das correspondências*, devendo por tais motivos haver *coerência e razoabilidade* por parte dos Correios nos *critérios* a definirem os lugares a serem amparados pela entrega em domicílio, ainda que sejam *loteamentos com portaria para a identificação de pessoal* visando *segurança de todos*, como ocorre no presente caso.

Assim, considerando a *efetiva presença de elementos* que permitem a *entrega individualizada de correspondências aos destinatários que residem nas casas situadas no loteamento*, tal como previsto na *legislação específica que rege a matéria (Lei nº 6.538/1978 e Portaria nº 567/2011)*, impõe-se que pelos Correios seja realizada a *entrega direta das correspondências aos imóveis destinatários*, contanto que *presentes as condições necessárias* para tanto *(art.*

2º da Portaria nº 567/2011: ruas nominadas, casas numeradas, ausência de riscos etc.), o que restou demonstrado no caso em tela.

Nesse sentido, a *jurisprudência do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Tratando-se de loteamento ou condomínio horizontal cujas ruas estejam devidamente individualizadas e cadastradas junto à ECT, sendo possível identificá-las para fins de entrega das correspondências, não há qualquer óbice para que se proceda à entrega diretamente aos seus destinatários, e não na portaria ou em uma caixa receptora única. 2. Agravo desprovido. (AMS 00029435720124036108, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/09/2015 – Grifou-se).
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CORREIOS. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. DISTRIBUIÇÃO POSTAL DOMICILIAR DIRETA E INDIVIDUALIZADA. DIREITO DO DESTINATÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, mesmo nos casos de condomínio, desde que as ruas estejam devidamente identificadas, deve proceder à entrega individualizada de correspondências, nos endereços de seus destinatários. 2. Caso em que, como bem observou o Juízo *a quo*, "o loteamento é fechado, bem organizado, regular perante a Prefeitura Municipal de Itu, dotado de segurança, possui ruas individualizadas por números, permitindo a fiscalização dos agentes públicos, de coleta de lixo doméstico, o acesso de funcionários, máquinas e demais veículos necessários à prestação de serviços no local, mantendo o controle de acesso na portaria". Ainda, as próprias fotos carreadas aos autos comprovam que os imóveis estão devidamente numerados. 3. As restrições de acesso e trânsito de pessoas, adotadas no intento de promover a segurança de condôminos, autorizaram a entrega indireta, arcando os interessados com o ônus de não serem atendidos com entrega direta, quando seja proibida a prestação do serviço com entrada do carteiro. Todavia, se embora seja fechado o condomínio, houver não proibição, mas mero controle de acesso, com registro de entrada, insusceptível de criar impedimento objetivo à prestação plena e individualizada do serviço postal, que presume a regra da entrega direta, cabe a ECT não invocar direito à entrega indireta (artigo 5º da Portaria 567/2011 do MC), mas cumprir sua obrigação contratual e legal de efetuar a entrega da correspondência do remetente ao destinatário, no endereço que tenha sido identificado, e não na portaria ou em caixa de coleta coletiva. 4. Cumpre, pois, confirmar a sentença, já que as ruas do condomínio estão nominadas, com numeração individualizada, e, quanto às condições de acesso e de segurança, as restrições impostas pelo condomínio, tais como cadastro e identificação, são para garantia da integridade física dos moradores e, inclusive do carteiro, inexistindo, pois, óbice à entrega da correspondência, diretamente nas residências, no interior de condomínio. (...) 6. Agravo inominado desprovido. (AC 00036066320134036110, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2015 – Grifou-se).
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. CONDOMÍNIO HORIZONTAL. POSSIBILIDADE. 1. Estabelece o art. 21, X, da Constituição Federal, competir à União Federal a manutenção do serviço postal. Para tanto foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, por meio do Decreto-Lei 509/1969, a quem compete executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional. 2. A Lei 6.538/1978 dispõe ser a empresa exploradora obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade, qualidade e eficiência. 3. A Portaria nº 567/2011, foi editada

para regulamentar a Lei 6.538/1978, que disciplina os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País. 4. Analisando os artigos 20, 21 e 22, do referido diploma legal, que disciplina o serviço postal, observa-se que em nenhum momento ele autorizou a entrega da correspondência na portaria de condomínios horizontais, fazendo sempre menção expressa aos edifícios residenciais ou não residenciais. 5. Admitir que a aludida portaria refere-se também aos condomínios horizontais, implicaria reconhecer sua ilegalidade, na medida em que estaria extrapolando de seu poder regulamentar, prevendo hipótese que a lei não contemplou. 6. Compete ao ato regulamentar conferir fiel execução à lei, em consonância com o artigo 84, IV, da Constituição Federal. 7. Assim, em condomínio horizontal, dotado de condições de acesso e segurança para os empregados dos Correios, ruas com denominação própria e composta de imóveis mistos numerados, não há óbice à entrega individualizada da correspondência aos destinatários, dever legal da ré. 8. Não se mostra crível delegar a terceiros, pessoas estranhas ao contrato de serviço postal desempenhado pela ré, a execução de parcela substancial do serviço quando sua execução integral deve ficar sob a responsabilidade da empresa pública responsável. 9. Sentença mantida. (AC 00019766420124036123, JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/01/2014 – Grifou-se).

Apesar da alegação da parte ré no sentido de que, uma vez *existente o controle de acesso na portaria de acesso do loteamento*, poderiam os Correios se eximir da *entrega individualizada aos destinatários* para simples *entrega coletiva na respectiva portaria*, tal *pretensão não deve prosperar* no presente caso. Isto porque, a *entrega individualizada de correspondências nas casas pelos Correios não se trata de conveniência ou comodidade em prol dos moradores residentes no loteamento* em tela, mas de *serviço público* no *pleno exercício* ao *monopólio do serviço postal previsto na Constituição Federal (art. 21, inciso X), do qual a parte ré não pode dispor nem oferecer recusa.*

Ou seja, sendo a parte ré *empresa pública criada pela União Federal para executar e controlar o serviço público postal em todo o território nacional em regime de monopólio*, e não havendo como os particulares se socorrerem a outros meios ou formas para efetuar a entrega/recebimento de correspondências, *têm os Correios a obrigação prevista na Constituição Federal de proceder à entrega das correspondências no endereço final destinatário.*

Sobre o exercício do *monopólio do serviço postal* e o *dever dos Correios de atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços postais*, decidiu o *Eg. Supremo Tribunal Federal*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI Nº 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto

> postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011). (Grifou-se).

Outrossim, a *ausência de entrega direta e individualizada de correspondências pelos Correios a seus destinatários*, repassando suas *obrigações e responsabilidades legais* a terceiros, provoca *prejuízo ao remetente, que paga pelo serviço postal, ao destinatário,* que pode *deixar de receber suas correspondências no tempo e modo devido,* e à *sociedade em geral*, que *perde ao se permitir à empresa ré se exima de suas responsabilidades* decorrentes do *monopólio do serviço postal* em caso de eventual *violação de sigilo de correspondências* ou de *extravio ou erro na entrega das correspondências.*

Portanto, *presentes as condições* previstas na *Portaria nº 567/2011, art. 2º*, que permitem a *devida individualização do imóvel destinatário pelos carteiros (ruas nominadas, casas numeradas etc.),* conforme *fotos comprobatórias acostadas por ambas as partes aos autos* (fls. 52/58 e 97/99), de modo que *não seja o carteiro exposto a risco em sua segurança e integridade física*, impõe-se *cumprimento da obrigação dos Correios de promover a entrega direta e individualizada das correspondências nas casas situadas no loteamento representado pela Associação Amigos da Ponta das Toninhas*, sob pena de imposição de multa diária em caso de descumprimento, motivo pelo qual a *procedência do pedido* é medida que se impõe.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o *pedido da parte autora*, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do *art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para fins de condenar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT a promover a entrega direta e individualizada de correspondências aos moradores do loteamento Ponta de Toninhas, situado na Praia de Toninhas, em Ubatuba-SP,* nos termos do *art. 2º, da Portaria nº 567/2011, do Ministério das Comunicações, sob pena de aplicação de multa diária* em caso de descumprimento.

Condeno a ré ao pagamento *de honorários advocatícios de sucumbência*, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei, com a ressalva de que a ré Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, equiparada à Fazenda Pública, goza da imunidade tributária recíproca prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, conforme precedentes do Eg. TRF da 3ª Região e do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

AÇÃO CRIMINAL
0001811-12.2014.4.03.6005

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ré: ÉRIKA PEREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 16/09/2015

I - RELATÓRIO

Em 03/11/2014, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ÉRIKA PEREIRA (qualificada nos autos), pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso I e III da Lei 11.343/06 (fls. 72/73).

Aduz a exordial acusatória que, por volta das 21h do dia 20/09/2014, na rodovia BR 463, no município de Ponta Porã/MS, a denunciada foi flagrada *transportando*, *guardando* e *trazendo consigo*, sem autorização legal ou regulamentar, 2.100g (dois mil e cem gramas) de "crack", que *importara* do Paraguai (Pedro Juan Caballero).

O Juízo adotou o rito previsto na Lei 11.343/06 e determinou a destruição do entorpecente apreendido e a notificação do acusado (f. 57). O denunciado foi notificado e, por meio de advogado dativo, apresentou defesa prévia (fls. 66/67). A denúncia foi recebida no dia 10/03/2015 (fls. 94/96), e, posteriormente, o réu foi citado (fl. 108). Na audiência de instrução e julgamento, a ré foi interrogada às fls. 121/122 e as testemunhas comuns ouvidas às fls. 138/139.

Em sede de alegações finais (fls. 164/174), o MPF pugnou pelo(a): a) condenação do réu às penas do art. 33, *caput*, c/c art. 40 incisos I e III, da Lei nº 11.343/06; b) fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a quantidade (23.270g) e a natureza da droga (maconha), com fulcro no art. 42 da Lei nº 11.343/06; c) a aplicação das atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal) e da menoridade; d) aplicação da causa de aumento relativa à transnacionalidade do crime (art. 40, inciso I da Lei nº 11.343/06) e da utilização do transporte público para cometimento do delito (art. 40, III); d) a não aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (fls. 138-140), uma vez a acusada na condição de mula.

Por seu turno, a defesa, em memoriais (fls. 176/187), requereu: a) o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade (art. 65, I e III, *d*, do Código penal); b) o afastamento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06; c) a aplicação da minorante inserta no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (fls. 142-150); d) a aplicação do regime aberto na fixação da pen, com substituição pela restritiva de direitos.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Da materialidade e autoria

No que tange à *materialidade* do fato, restou-a cabalmente comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/07), do Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12), do Laudo Preliminar de Constatação (fls. 09/10), os quais comprovam a apreensão de 2.100g (dois mil e cem gramas) de "crack" em poder da ré, tendo a natureza da droga sido confirmada pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 36/40).

Por sua vez, a *autoria* também é inconteste, não restando qualquer dúvida quanto à prá-

tica, pela ré, das condutas nucleares, "transportar", "trazer consigo" e "guardar" droga ilícita em sua residência, já que o entorpecente foi apreendido com a ré em seus pertences, quando se deslocava para Campo Grande, como se extrai do conjunto probatório produzido, sobretudo do teor do seu próprio interrogatório e dos testemunhos prestados em âmbito extrajudicial e também em Juízo.

Tanto na fase extrajudicial quanto na fase judicial, a ré confessou o crime. Afirmou ter aceitado tal incumbência criminosa, pois precisava de dinheiro para ajudar na criação de sua filha, tendo conseguido o contato com o tráfico, através de uma amiga. Sendo assim, sua conduta criminosa está claramente insculpida dentro do tipo delitivo do art. 33 da Lei de drogas.

A confissão da ré quanto ao transporte da droga foi corroborada pelas provas testemunhais produzidas na fase inquisitorial (fls. 02/04) e processual (fls. 138/139), na qual a testemunha Paulo César Costa Trindade reafirmou os termos da denúncia.

Em virtude disso, conclui-se que o conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, é robusto, constante da própria flagrância do delito, das provas testemunhais e da confissão por parte do réu. Restam-se, então, incontestes a materialidade e a autoria do delito, assim como a responsabilidade criminal do réu.

2. Das teses agitadas

No que concerne à *confissão*, é perfeitamente aplicável a atenuante inserta no art. 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, haja vista que a ré confessou perante a autoridade judicial a prática do delito em comento. Assim sendo, viabilizou a colheita de maior suporte probatório para a condenação. Dessa forma, por razões de política criminal, tendo em vista que a Administração da Justiça foi favorecida, moralmente é justo que sofra o condenado uma pena menos gravosa, configurando motivo bastante que a confissão seja tão somente voluntária.

Quanto à *transnacionalidade*, resta patente e incontroversa a pertinência da majorante contida no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06. Nesse sentido, a natureza e procedência da substância (laudo preliminar e laudo pericial) e as circunstâncias de fato (confissão, depoimentos, documentos apreendidos) são uníssonas quanto à transnacionalidade do delito. A ré afirmou que a droga foi adquirida nas proximidades do Shopping China, que sabidamente se encontra em Pedro Juan Caballero/PY.

No que se refere à causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, afasto sua incidência. Considero que o transporte público serviu apenas como meio de locomoção do réu ao seu destino, não tendo restado comprovado que utilizaria o coletivo para a traficância em seu interior. Assim já decidiu o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, CAPUT, C/C 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DO AUMENTO PARA O MÍNIMO LEGAL. ARTIGO 33 § 4 DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO PARA PATAMAR MÍNIMO. APELAÇÃO DO RÉU E DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. 1 a 5 [omissis] 6. Artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. Não incidência. Ausência de prova de que a acusada se utilizou do transporte público para a prática de tráfico de drogas que serviu apenas de meio de locomoção. 7. Mantidos o regime inicialmente fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade. 8. Apelação do réu e da acusação parcialmente providas. (ACR 200861190103656, DESEMBARGADORA VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 03/05/2011 PÁGINA: 207).

Por derradeiro, acerca da *causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06*, é de rigor sua aplicação. Trata-se de ré primária, de bons antecedentes e não há provas de dedicação a atividades criminosas e de integração com organização criminosa, razão pela qual o próprio *Parquet* pugnou nesse sentido.

Passo à dosimetria da pena.

3. Da dosimetria da pena

O tipo penal em análise (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) prevê pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que a ré agiu com culpabilidade normal à espécie penal, não tendo nada a valorar; a ré não possui condenação anterior, por conseguinte não valoro a circunstância de maus antecedentes. Os dados acerca de sua conduta social são neutros e não há pareceres psicológicos que possam aferir sobre a sua personalidade, portanto também não valoro essas circunstâncias. Os motivos do crime são próprios à norma penal e por ela reprovada, não se tendo, pois, nada a agravar; entretanto, verifico que as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ressalta-se que tal circunstância é preponderante em relação às demais. Conforme provado nos autos, o réu praticou o crime de tráfico internacional de drogas, sendo o peso total de 2.100g (dois mil e cem gramas) de "crack". Certamente, o transporte de consideráveis quantidades de entorpecente evidencia um maior risco a que se expõe a sociedade. No mais, a natureza da droga tem ainda um maior desvalor, uma vez que o "crack" tem um enorme poder destrutivo. Não há que se falar de comportamento da vítima, razão pela qual nada se tem a apreciar nesse ponto. Logo, fixo a *pena base* em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (seiscentos) dias-multa, pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No que se refere às circunstâncias atenuantes, reconheço a ocorrência da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), e, assim, atenuo a pena pelos motivos já expostos na fundamentação. Da mesma forma, reconheço também a atenuante da menoridade (a ré tinha 19 anos na data do fato). Não havendo agravantes ou outras atenuantes, estabeleço a *pena provisória* em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Ressalta-se que, de acordo com entendimento dos tribunais superiores, a pena não pode ser estabelecida em patamar menor do que a pena mínima do tipo legal nessa fase da dosimetria.

No que tange às *causas de aumento*, deve-se aplicar a majorante da transnacionalidade (art. 40, I da Lei nº 11.343/06). Fixo o aumento em 1/6, haja vista ter ocorrido uma internalização não muito longínqua, pois próxima à fronteira. Assim, atinge-se o total de 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Doutro lado, reconheço a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06. Dessa forma, atendendo ao disposto no artigo 42 da Lei de Drogas, diminuo sua pena em 1/5, em razão da quantidade da droga (2.100g) e o poder mais nocivo do entorpecente transportado, fixando *pena definitiva* em *04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 466(quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa*.

Ademais, arbitro *o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente*, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, haja vista que o réu encontrava-se desempregado.

O *regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto*, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "b", e §3º do Código Penal, considerando a ré não é reincidente em crime doloso e as condições serem favoráveis a tal.

Deixo de aplicar a detração prevista no §2º, do art. 387 do Código de Processo Penal (novel modificação trazida pela Lei nº 12.736/12), não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado, vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) assevera que a progressão de regime depende de bom comportamento, além de prévia manifestação do Ministério Público e do defensor, o que comprova sua incompatibilidade com a fase de prolação de sentença condenatória. Aliás, nesse sentido, já se pronunciou a Corte desse E. Tribunal:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP 2010.61.81.005815-2/SP (...) 5. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Manutenção. 6. Vigência da Lei nº 12.736, de 30.11.2012. Art. 387, § 2º, do CPP. Todos os réus já cumpriram mais de um sexto da pena a que sentenciados. 7. Marco mínimo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal cumprido. Impossibilidade de análise do bom comportamento carcerário e se há outras condenações, em relação a cada um dos réus. 8. Comunicação ao Juízo das execuções para avaliar detração, conforme este julgado, e possibilidade de progressão de regime dos réus, nos termos da lei de regência. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP, data do julgamento: 17.12.2012).

Na hipótese é incabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa disposição do inciso I, do art. 44 do Código Penal, que veda a substituição quando a aplicação da pena privativa de liberdade for superior a 04 (quatro) anos, como é o caso desses autos. De igual modo, inexiste o requisito objetivo necessário para a concessão do sursis.

4. Da prisão preventiva

Verifico que a condenada está presa cautelarmente.

Entretanto, como fixado o regime semiaberto e sendo a ré confessa, com residência fixa, ausente o *periculum libertatis*, sendo, de rigor, sua soltura. Assim, expeça-se alvará de soltura em favor de ÉRIKA PEREIRA.

III-DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a demanda penal, para CONDENAR ÉRIKA PEREIRA à pena privativa de liberdade de *04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 466(quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época dos fatos;* a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

IV-PROVIDÊNCIAS FINAIS

Deixo de fixar valor mínimo de indenização, porque se trata de matéria não debatida em Juízo, em preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Expeça-se imediatamente *alvará de soltura* em favor de ÉRIKA PEREIRA.

Condeno ÉRIKA PEREIRA ao pagamento das custas processuais, bem como deixo de isenta-lo por força de ausência de pedido dos benefícios da justiça gratuita.

Após o trânsito em julgado, providencie a Secretaria: i) o lançamento do nome da ré no rol dos culpados, nos termos da Resolução do Conselho da Justiça Federal CJF nº 408, de 20 de dezembro de 2004; ii) o encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação da ré; iii) expedição de ofício à Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal; iv) a expedição das demais comunicações de praxe.

Arbitro os honorários do defensor dativo, no valor máximo da tabela. Expeça-se solicitação de pagamento.

Publique-se. Registre-se. Comuniquem-se. Oportunamente, arquivem-se os autos. Intimem-se.

Ponta Porã/MS, 27 de Agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
0008817-82.2015.4.03.6119

Autora: DAIANA SOUZA DOS SANTOS
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

VISTOS, em decisão.

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em que a autora pretende a condenação da União à aquisição e fornecimento de medicamento importado, sem registro na ANVISA.

Afirma a demandante ser portadora de uma rara doença genética progressiva e potencialmente fatal, denominada "Hemoglobinúria Paroxística Noturna" (HPN), que provoca a destruição dos glóbulos vermelhos, ensejando anemias, tromboses (tidas como a principal *causa mortis* ligada à doença), doença renal crônica, hipertensão pulmonar, dispnéia, dores torácicas e abdominais, entre outros sintomas.

Por não apresentar resposta satisfatória aos tratamentos tradicionais (transfusões de sangue quinzenais, aplicação de Ciclosporina, entre outros), a autora pretende a condenação da União à aquisição e fornecimento do fármaco "Soliris" (*Eculizumabe*), medicamento importado, *sem registro na ANVISA*, que alegadamente poderia melhorar sua qualidade de vida e aumentar sua expectativa de vida com a doença.

É a síntese do necessário. DECIDO**.**

O pedido liminar comporta análise imediata, sendo dispensável a prévia oitiva da União, como normalmente se faz em casos envolvendo o fornecimento de medicamentos.

Não só por conta da consulta já realizada pelas advogadas da autora – respondida negativamente pela União (fls. 48/51) – como também pela circunstância de que *a pretensão ao recebimento do medicamento em questão ("Soliris"), diretamente pelo SUS, encontra proibição expressa na legislação brasileira.*

Com efeito, estabelece a Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11, que "*São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS* [...] *a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa*" (art. 19-T - grifei).

Logo, não poderia mesmo o Sistema Único de Saúde fornecer à demandante o medicamento importado pretendido (ainda não registrado pela ANVISA, como reconhecido na própria petição inicial).

Sendo assim, passo ao exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. E, ao fazê-lo, constato a *viabilidade do pedido liminar.*

A presente demanda traz ao Judiciário questão que, embora não seja nova, continua a ser uma das mais controvertidas e tormentosas questões jurídicas da atualidade: pode o Poder Judiciário, interferindo nas atividades administrativas do Poder Executivo (no exercício das funções de alocação de verbas destinadas ao atendimento à saúde), determinar o fornecimento, ao autor de ação judicial, de medicamento não fornecido pelo SUS (e por vezes sequer aprovado pela ANVISA e disponível no mercado nacional, como vem a ser o caso dos autos)?

Sem prejuízo de ulteriores reflexões, resultantes do aprofundamento dos estudos sobre o tema no decorrer da instrução, tenho para mim, por ora, que a solução da questão passa pela resposta que se dê a três indagações, uma prejudicial a outra.

A primeira e mais óbvia é: pode o Poder Judiciário interferir na alocação de recursos do Ministério da Saúde, determinando o fornecimento de um medicamento ou tratamento não previstos nas políticas públicas de saúde existentes?

Superada a primeira indagação, a segunda é: podendo o Poder Judiciário intervir em casos assim, pode ele determinar o fornecimento de um medicamento importado não registrado na ANVISA, o que, como visto, a lei expressamente proíbe?

Por fim, superada também esta questão: o custo desse medicamento importado pode ser impeditivo a esse fornecimento, tendo em vista a limitação de recursos do Ministério da Saúde e o tumulto orçamentário que o fornecimento a um único paciente, de um medicamento ou tratamento caríssimos, poderia representar para o equilíbrio dos gastos dos recursos destinados à saúde, acabando por prejudicar todos os demais usuários do SUS, atendidos pelas políticas públicas existentes?

Cabe examinar cada uma das indagações em separado.

1. A possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde não previstos nas políticas públicas existentes

A despeito das intermináveis discussões parlamentares, jurisprudenciais e doutrinárias a respeito das complexas questões relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, há dois precedentes do C. Supremo Tribunal Federal que, se não eliminam toda e qualquer controvérsia sobre o tema, ao menos conferem um guia para o julgamento dos casos concretos: a *ADPF-MC/DF (argüição de descumprimento de preceito fundamental) nº 45 e o STA (pedido de suspensão de tutela antecipada) nº 175-AgR/CE*. Vale a pena resgatar alguns trechos desses julgamentos.

Comecemos por lembrar, antes de tudo, que o art. 196 da Constituição Federal – fundamento constitucional do direito à saúde – proclama que *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"* (grifei).

Como salientado pelo eminente Min. GILMAR MENDES (relator do STA 175),

> em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais [...] a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas a implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas", pautadas por critérios de macrojustiça (STF, STA 175 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 29/04/2010).

É preciso ler a Constituição da República, como sempre, em sua inteireza, e não apenas "até a vírgula", isto é, somente no que interesse momentaneamente. Significa dizer que, se é verdade que a Constituição estabelece que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", a mesma Constituição, no mesmo art. 196, acrescenta que esse direito será *garantido mediante políticas sociais e econômicas*.

Neste particular, lembra o eminente Ministro GILMAR MENDES que

> esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (STF, STA 175).

Ou seja, "*para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde*", sendo certo que o direito à saúde estampado na Constituição Federal se refere, em princípio, "*à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo*" (STF, STA 91-1/AL, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 26/02/2007).

Precisamente por essa razão, a intervenção do Poder Judiciário, na análise de casos concretos, também deve estar "*condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde*" (STF, STA 175).

Saliente-se, a propósito, que "*Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento*" (STF, STA 175). Não se discute, aí, a clara possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em favor do cidadão privado de determinado medicamento ou tratamento já previsto nas políticas públicas de saúde existentes.

O problema surge *quando a prestação de saúde pleiteada não está entre as políticas do SUS*, seja por omissão do Legislativo ou do Executivo, seja por decisão técnico-administrativa de não fornecê-la.

Contudo, mesmo nessa situação, o C. Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em passagem impregnada de significado ético-jurídico, que

> a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas (STF, STA 175).

Reconheceu nossa C. Suprema Corte, assim, a *possibilidade "de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria de qualidade de vida da paciente"*, desde que existam nos autos provas suficientes quanto ao estado de saúde do requerente e a necessidade do medicamento indicado (STF, STA 175).

Nas palavras do eminente Ministro CELSO DE MELLO,

> entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas (STF, ADPF-MC 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004 – sem os grifos e destaques originais).

Cumpre ressaltar, na linha do que se vem de expor, que essa excepcional intervenção do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde não configura uma "intrusão" em esfera reservada aos demais Poderes da República. E isso porque (quem o lembra é o insigne Ministro CELSO DE MELLO),

> dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (STF, STA 175).

Presentes estas considerações, tenho para mim – ainda que neste juízo tomado em sede de cognição sumária – que *a Constituição Federal autoriza o Poder Judiciário a determinar, em dado caso concreto, o fornecimento de medicamento não previsto nas políticas públicas de saúde* estabelecidas em lei e implementadas pelo Poder Executivo, desde que existam nos autos *provas suficientes quanto ao estado de saúde do autor da ação e à necessidade do medicamento indicado.*

Nesse sentido, retomando o caso sob julgamento, vê-se que a autora, uma jovem de 22 anos, afirma ser portadora de uma rara doença genética progressiva e potencialmente fatal, denominada "Hemoglobinúria Paroxística Noturna" (HPN), que provoca a destruição dos glóbulos vermelhos, ensejando anemias, tromboses (tidas como a principal *causa mortis* ligada à doença), doença renal crônica, hipertensão pulmonar, dispnéia, dores torácicas e abdominais, entre outros sintomas. Relata a demandante, ainda, ter apresentado, há um ano, quadro de "pancitopenia" (redução de todos os elementos do sangue ao mesmo tempo: hemácias, leucócitos e plaquetas), tornando-se dependente de transfusões de sangue constantes.

Por não apresentar a autora resposta satisfatória aos tratamentos tradicionais (transfusões de sangue quinzenais, aplicação de Ciclosporina, entre outros), a médica que a acompanha prescreveu o uso do medicamento "*Soliris" (Eculizumabe), fármaco importado, sem registro na ANVISA*, que alegadamente "*melhora a necessidade transfusional, a qualidade de vida, diminui a ocorrência de eventos trombóticos e prolonga a sobrevida dos pacientes*" (cfr. relatório médico à fl. 08).

Sendo esses os termos da ação ajuizada, os relatórios médicos e exames laboratoriais que acompanham a petição inicial efetivamente demonstram ser a demandante portadora de "HPN" e ter apresentado o quadro de "pancitopenia" (fls. 36/47).

Por outro lado, o próprio Ministério da Saúde, em resposta a consulta formulada pelas advogadas da autora, esclarece que

> o *eculizumabe (Soliris®)* é um inibidor do complemento terminal que se liga de forma específica à proteína C5 do complemento, com alta afinidade, inibindo, deste modo, a sua clivagem em C5a e C5b e impedindo a geração do complexo do complemento terminal C5b-9. Esse medicamento *possui indicação para o tratamento de doentes com Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN)* e Síndrome Hemolítica-Urêmica atípica (SHUa).
> [...]
> O SUS disponibiliza os medicamentos prednisona, prednisolona, ácido fólico, sulfato ferroso, heparina e varfarina, por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, que é a primeira linha de cuidado do sistema.
> [...]
> O único tratamento curativo para HPN é o TCTHa, porém este está associado a morbimorta-

> lidade considerável. Há relatos bem sucedidos de transplantes mieloablativos e não mieleoablativos, tanto de doadores aparentados quanto de doadores de banco de doadores.
> [...]
> Atualmente indica-se transplante apenas para os pacientes com fatores de risco para pior evolução de doença e morte, especialmente nos casos de síndromes de falência medular com citopenias graves.
> [...]
> Diante do solicitado, evidencia-se que *o eculizumabe não está previsto na Assistência Farmacêutica do SUS*. Entretanto, diversos medicamentos e procedimentos médicos são disponibilizados pelo sistema público para o manejo dos sintomas da doença para a qual o produto possui indicação (fls. 50/51 - grifei).

A petição inicial apresenta, ainda, diversos estudos e relatórios que apontam a eficácia superior do medicamento "*eculizumabe*" (Soliris) em relação aos tratamentos tradicionais, e indicam o fato de esse fármaco já ter sido autorizado pela "FDS/FDA" (*U.S. Food and Drug Administration*) e pela "EMA" (*European Medicines Agency*).

Acrescente-se a esse quadro de prova pré-constituída, a circunstância de que já em 2012 a imprensa repercutiu casos relacionados à doença (então levados ao Judiciário, inclusive), atestando, de um lado, o *alto custo do tratamento* com o "*eculizumabe*" (Soliris) e, de outro, a *sensível melhora da qualidade de vida dos pacientes* submetidos a tal tratamento (cf. http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html).

Nesse cenário, pode-se afirmar que:

a) a "HPN" é doença rara, que causa severa redução da qualidade de vida dos doentes, podendo, além de matar, condenar os doentes a sucessivas transfusões de sangue, por toda a vida;

b) a única cura para a doença é o transplante de medula, de alto risco para o transplantado e aconselhável apenas em casos de agravamento da doença e risco iminente de morte;

c) o Sistema Único de Saúde disponibiliza diversos medicamentos e procedimentos médicos para o combate aos sintomas da doença;

d) a autora, segundo os médicos que a acompanham, não vem respondendo satisfatoriamente ao tratamento existente no Brasil;

e) o medicamento importado "*eculizumabe*" (Soliris), sem registro na ANVISA (e, portanto, não fornecido pelo SUS), tem constatados efeitos superiores aos dos medicamentos fornecidos pelo SUS, sobretudo no que diz com a melhoria da qualidade de vida dos doentes; e

f) o medicamento importado "*eculizumabe*" (Soliris), conquanto ainda não liberado pela ANVISA, teve seu uso aprovado pela agência de segurança sanitária norte-americana em 2007 (http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/drugsatfda /index.cfm?fuseaction=Search.DrugDetails – extrato em inglês retro juntado pela Assessoria do Gabinete), não se tratando de droga experimental e inexistindo equivalente terapêutico.

Sendo certo que o fato de serem fornecidos, pelo SUS, medicamentos também indicados para o tratamento da doença, *não implica impedimento absoluto ao fornecimento de outros*, não previstos, que melhor atendam à situação específica de um dado doente, parece-me suficientemente demonstrada a necessidade do medicamento importado no caso de que se cuida.

Deveras, a prova pré-constituída trazida aos autos evidencia que, conquanto se destinem ao tratamento da "HPN", os medicamentos fornecidos pelo SUS não têm conseguido livrar os doentes do calvário das constantes transfusões de sangue, enquanto o "*eculizumabe*" (Soliris)

parece proporcionar sensível melhora dos sintomas em geral, permitindo um retorno à vida quase normal.

Cabe lembrar, neste ponto, que, ao assegurar o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 196), a Constituição Federal não almeja simplesmente que as pessoas *sobrevivam*. Pretende, mais, que vivam efetivamente, em plenitude e com dignidade.

Destarte, tratando-se de doença rara, e havendo laudo médico atestando a *essencialidade* do medicamento pretendido para o aumento da sobrevida e da qualidade de vida da autora, impõe-se o reconhecimento da *necessidade do fármaco* na espécie.

É certo que, tratando-se de circunstância essencial ao acolhimento definitivo do pedido da demandante, ao final, essa *necessidade do medicamento importado deverá ser cabalmente comprovada em instrução*. Cuidando-se, contudo, de decisão tomada em juízo de cognição sumária, diante de alegação de risco de dano irreparável, tenho que a prova pré-constituída apresentada pela autora com sua petição inicial é suficiente à demonstração da plausibilidade de suas alegações.

Postas estas considerações, e na linha da orientação jurisprudencial do C. Supremo Tribunal Federal, entendo existirem nos autos *início de prova suficiente* quanto ao *estado de saúde da autora da ação* e à *necessidade do medicamento pretendido*.

2. A possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA

Superada a primeira questão, impõe-se seja examinada a segunda indagação lançada acima, uma vez que – como já assinalado - a pretensão ao recebimento do fármaco "*eculizumabe*" (Soliris), diretamente pelo SUS, encontra proibição expressa na legislação brasileira (Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11, art. 19-T: "*São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS* [...] *a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa*").

A razão de tal proibição é evidente, uma vez que *a aprovação do medicamento pela ANVISA é uma garantia à saúde pública*. Deveras, "*o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema único de Saúde possa considerar sua incorporação*" (STF, STA 175).

Essa, a regra.

Contudo, *pode o Poder Judiciário*, no exercício de sua competência jurisdicional cautelar (constitucionalmente fixada: art. 5º inciso XXXV), *reconhecer exceções diante de casos concretos peculiares* – como o presente – em que, conquanto ainda não liberado pela ANVISA, o medicamento em causa já tenha tido aprovação por *órgãos de segurança sanitária internacionais reconhecidos* (como a FDA e a EMA).

Em realidade, nem mesmo a proibição de *importação* de medicamentos que não possuam registro na ANVISA é uma regra absoluta**.** Como lembrado pelo C. Supremo Tribunal Federal, "*Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de 'registro' medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde*" (STF, STA 175).

Nesse sentido, havendo *provas suficientes* (i) da *gravidade do estado de saúde da autora da ação*; (ii) da *necessidade do medicamento indicado*; ***e*** (iii) da *aprovação do fármaco por reconhecidos equivalentes internacionais da ANVISA* (como a FDA e a EMA), pode o Poder

Judiciário determinar, *em caráter absolutamente excepcional*, o fornecimento, pelo SUS, de medicamento importado sem registro na ANVISA.

É evidente que, via de regra, os medicamentos registrados na ANVISA e oferecidos pelo SUS devem ser privilegiados em detrimento de opção diversa escolhida pelo médico que acompanha o doente. Diz-se "via de regra", contudo, porque sempre poderá o paciente demonstrar em juízo a impropriedade da política de saúde existente ou a ineficácia do medicamento/tratamento fornecidos pelo SUS (precisamente a hipótese destes autos).

É o próprio C. Supremo Tribunal Federal quem faz a ressalva, referindo-se à constatação de que, em regra, deve ser privilegiado o medicamento/tratamento oferecido pelo SUS:

> Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial (STF, STA 175).

Não se trata, à toda evidência, de "descumprimento da lei" pelo Poder Judiciário ou mesmo de "declaração de inconstitucionalidade da norma" constante do art. 19-T da Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11. Cuida-se, tão somente, do regular exercício, pelo Judiciário, de sua competência cautelar (outorgada pela Constituição Federal com vistas em evitar danos irreparáveis a direito aparente), reconhecendo-se uma situação excepcional, não prevista (e sequer previsível) pelo legislador.

A lei permanece existente, válida e eficaz: não pode o SUS, *sponte propria*, fornecer medicamentos sem registro na ANVISA, devendo os interessados, necessariamente, demonstrar em Juízo a excepcionalidade de seu caso e a presença dos requisitos acima indicados (gravidade do caso, necessidade do medicamento sem registro e aprovação por organismos internacionais reconhecidos).

Sendo essa precisamente a hipótese dos autos, entendo que a falta de registro do medicamento "*eculizumabe*" (Soliris) na ANVISA não configura, por si só, impedimento à determinação judicial de seu fornecimento pelo SUS à autora.

3. Da possibilidade de custeio do caro medicamento importado com recursos da União não vinculados à Saúde

Visto o quanto exposto até aqui, chega-se à última indagação de cuja resposta depende o sucesso ou insucesso do pedido liminar deduzido na inicial: o custo do medicamento importado pretendido pode ser impeditivo da determinação judicial de seu fornecimento pelo SUS, tendo em vista a limitação de recursos do Ministério da Saúde e a possibilidade de prejudicar todos os demais usuários do sistema público de saúde, atendidos pelas políticas públicas existentes (custeadas pelos mesmos recursos finitos do orçamento destinado à Saúde)?

Trata-se, claramente, de questão ligada ao tema da "reserva do possível" e do "custo de implementação dos direitos fundamentais". Como ressaltado pelo C. Supremo Tribunal Federal,

> não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário à ações e prestações de saúde, só

> torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada (STF, STA 175).

Não há como se discordar da constatação: sendo finitos os recursos orçamentários vinculados à Saúde (seja na esfera federal, estadual ou municipal), não há como o Poder Público custear tratamentos caríssimos para um único paciente portador de rara doença genética, em prejuízo da imensa coletividade de usuários do sistema público de saúde.

Como reconhecido por nossa C. Suprema Corte, "*a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.*" (STF, STA 175).

Significa dizer que o Poder Judiciário, ao atender à demanda médica específica de um único cidadão - realizando a *justiça do caso concreto* - estaria, inadvertidamente, ignorando as conseqüências globais da destinação dos recursos públicos da Saúde, com invariável prejuízo para o todo.

É indisputável, assim, que o Poder Judiciário não pode, no julgamento de casos concretos, interferir em políticas públicas estabelecidas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, determinando, por exemplo, a alocação de recursos para compra de um caro medicamento fora da lista do SUS, em prejuízo de inúmeros outros atendimentos previstos pelo sistema público de saúde, que se verão necessariamente privados de sua cobertura orçamentária, *dentro do orçamento da Saúde*.

Nada obstante, se não cabe ao Judiciário interferir na alocação dos recursos *dentro do orçamento da Saúde* (até mesmo por falta de capacitação técnica dos Juízes para identificar prioridades médicas), pode o Poder Judiciário, perfeitamente, analisar *a constitucionalidade da distribuição de recursos no orçamento como um todo*.

Vale dizer, não pode o Poder Judiciário determinar a compra deste medicamento em vez daquele, ou a realização desta cirurgia em vez daquela. Tal equivaleria, como visto, a uma indevida (e irresponsável) interferência judicial na atividade do Poder Executivo.

Todavia, tendo sido *a Saúde e a Educação eleitas pela Constituição da República como prioridades da nação*, é de se perguntar *se* a alocação de recursos orçamentários para outras áreas não prioritárias (como a propaganda estatal, por exemplo), enquanto os orçamentos da Saúde e da Educação escasseiam, não configura comportamento *inconstitucional* do Poder Público. Entendo que *sim*.

Trata-se, em realidade, de singelo exercício de interpretação constitucional, à luz do princípio da razoabilidade: *é razoável que o Estado brasileiro se negue* a adquirir e fornecer a portadores de uma doença rara um caro medicamento importado, *sob a justificativa de carência de recursos, quando segue veiculando* regularmente nas TV's, na internet e na mídia impressa *anúncios publicitários* desvestidos de qualquer caráter educativo, informativo ou de orientação social (como autorizado pelo art. 37, §1º da Constituição Federal), *voltados à mera exaltação das iniciativas do Governo de turno?*

Não se trata de indagação pueril, de mero apelo popular e destituída de conteúdo jurídico. Muito ao contrário, trata-se de *indagação técnica*, formulada com os olhos postos na Constituição da República: é constitucional a alocação de recursos públicos em finalidades

manifestamente menos prioritárias (como a veiculação de mera propaganda estatal) quando escasseiam os recursos destinados a aéreas privilegiadas pelo constituinte (como Educação e Saúde)?

Entendo que não.

Tal comportamento estatal, absolutamente reprovável, evidencia uma *inversão inconstitucional de prioridades*. Mais do que isso, representa uma *subversão dos valores constitucionais*, que, mediante manipulação dos recursos financeiros do Estado brasileiro, revela o "*ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência*" (STF, ADPF 45).

Significa dizer que, enquanto houver necessidades não atendidas nos campos da Educação e da Saúde, sempre poderão os cidadãos prejudicados reivindicar a intervenção do Poder Judiciário para determinar a realocação de recursos públicos que venham sendo empregados em finalidades, ainda que igualmente públicas, claramente menos prioritárias (como, *e.g.*, a mencionada veiculação de propaganda estatal em TV's, jornais e revistas). Noutras palavras, enquanto se verificar tal situação, não há que se falar em "reserva do possível".

Cuida-se, simplesmente, de reconhecer a *má gestão da coisa pública*, independentemente de juízo quanto à boa ou má-fé do administrador público: esgotados os recursos da saúde quando ainda há necessidades a serem atendidas, e havendo recursos destinados a atividades de baixa prioridade (como a comunicação social, por exemplo), emerge com nitidez o *erro manifesto na prévia destinação dos recursos* no Orçamento da União. Erro que, como visto, carrega consigo a pecha da *inconstitucionalidade* e, por isso mesmo, pode ser remediado pelo Poder Judiciário, na análise de casos concretos instaurados por cidadãos prejudicados pela má gestão orçamentária.

Note-se que a intervenção do Judiciário nesses casos *não interfere nas prioridades já estabelecidas e na alocação de recursos já determinada pelo Ministério da Saúde*. Muito ao contrário, determina o *reabastecimento* dos cofres do sistema público de saúde, com recursos oriundos do Orçamento que, impropriamente, encontravam-se vinculados a atividades menos prioritárias.

Cumpre registrar, por fim, que uma rápida consulta à execução do Orçamento Federal (cfr. extratos retro juntados pela Assessoria do Gabinete, extraídos do "Portal da Transparência" da Presidência da República) evidencia a existência de milhões de reais alocados à sub-função "Comunicação Social", dentro da função "Administração".

Não há, pois, que se falar em ausência de recursos públicos para atendimento da pretensão da autora, tampouco em indevido redirecionamento de recursos já destinados ao atendimento de outras prestações de saúde.

4. Conclusão

As razões que se vem de referir evidenciam, claramente, a *presença do fumus boni juris e do periculum damnum irreparabile na espécie*.

No que diz respeito à possibilidade de ser o medicamento pleiteado adquirido e custeado diretamente pela União, o C. Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos sobre a matéria, tem acentuado que "*constitui obrigação solidária dos entes da federação o dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes (AI 732.582/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 641.916-AgR/*

PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.)" (STF, RE 716.777 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15/05/2013 – sem os destaques do original).

Rigorosamente cabível, pois, o direcionamento da ação exclusivamente em face da União.

Postas estas considerações, DEFIRO EM PARTE *o pedido liminar*, para determinar à União que *adquira, com recursos da União não vinculados à Saúde, e forneça à autora*, DAIANA SOUZA DOS SANTOS, *o medicamento eculizumabe (nome comercial "Soliris")*, na forma e nos quantitativos constantes da prescrição médica que acompanha a petição inicial, garantindo o seu fornecimento regular e contínuo até decisão final desta ação.

Deverá a União disponibilizar o medicamento à autora em posto de saúde credenciado no Município de seu domicílio, Ferraz de Vasconcelos/SP (ou o mais próximo), podendo a demandante retirá-lo pessoalmente ou por suas advogadas constituídas. Inacolhível, no ponto, a pretensão inicial de entrega do medicamento na residência da autora, sobretudo por questões de segurança atinentes a possível extravio do caro medicamento importado.

Fica a União expressamente proibida de utilizar verbas do orçamento da Saúde para a aquisição do medicamento, devendo o custo do cumprimento desta decisão judicial ser suportado por *verbas destinadas no Orçamento à veiculação da publicidade oficial*, passíveis as autoridades encarregadas de responsabilização civil e criminal em caso de comprovado descumprimento.

OFICIE-SE diretamente ao Ministério da Saúde/CONJUR/CGIES/CDJU para cumprimento desta decisão, devendo ser comprovada nos autos, no prazo de 5 (cinco) dias, a *adoção das providências de importação cabíveis*, informando-se o *prazo previsto para entrega do medicamento à autora* e o seu *custo*. Por dia de atraso no cumprimento desta determinação, fixo desde já multa diária de R$5.000,00, a ser suportada pessoalmente pelas autoridades encarregadas, independentemente da eventual responsabilização por ato de improbidade administrativa e por crime de desobediência.

DEFIRO os benefícios da assistência judiciária gratuita e da prioridade na tramitação para os portadores de doença grave.

CITE-SE a União.

Guarulhos, 25 de setembro de 2015

Juiz Federal Substituto PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

"HABEAS CORPUS"
0012720-28.2015.4.03.6119

Impetrante: VINICIUS ROSA DE AGUIAR
Paciente: FRANCISCA IZABEL RIBEIRO DA SILVA
Impetrado: MAJOR EUGÊNIO TAVARES CÂMARA, COMANDANTE DO ESQUADRÃO DE INTENDÊNCIA DA BASE AÉREA DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2016

Trata-se de *habeas corpus* objetivando, em sede de medida liminar, o impedimento de que a paciente seja detida antes do julgamento final do presente. Ao final, requer a concessão da ordem de *habeas corpus para impedir que a paciente seja detida por transgressão militar que não cometeu, bem como para declarar a nulidade do processo administrativo (ou da decisão) que acarretou sua punição, bem como o seu respectivo trancamento.*

A inicial veio com os documentos de fls. 14/36.

Às fls. 39/41 decisão deferindo o pedido de liminar.

Às fls. 93/101v informações da autoridade coatora, acompanhada dos documentos de fls. 102/126.

Às fls. 128/131 parecer do MPF pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, destaco que a legislação militar é por mim bastante conhecida, já que, antes de ser empossado como Juiz Federal, era militar. Entendo muito bem a importância do regulamento disciplinar e o papel da punição administrativa para a manutenção da Hierarquia e Disciplina em uma Organização Militar. Diferentemente de qualquer entidade civil, a natureza das atribuições das Forças Armadas exige um regramento distinto, o que *justifica uma série de direitos previdenciários não reconhecidos aos civis* e uma *interpretação da legislação castrense* sem as lentes civis. Aliás, apenas a título de ilustração, um civil que abandona o emprego, é demitido por justa causa; o militar, ao contrário, comete o crime de deserção. Portanto, aprecio o presente HC na confortável situação de quem já passou pela vida castrense e sabe da importância da preservação dos pilares da Hierarquia e Disciplina.

Conforme já mencionado na decisão de fls. 39/41, em sede *habeas corpus, não é possível analisar o mérito* da punição disciplinar aplicada pela autoridade coatora, *mas apenas a legalidade do procedimento adotado* para a imposição da punição, razão pela qual não deve incidir o artigo 142, §2º da Constituição Federal. Se os fatos apurados na punição disciplinar configuram ou não transgressão disciplinar, isto é análise de mérito e, consequentemente, inviável por meio do presente writ. Desta forma, como a *análise* a ser procedida por este juízo *será de natureza objetiva*, atrelada à legalidade do procedimento de punição, fica *afastada a alegação da autoridade coatora de inadequação da via eleita pelo impetrante.*

Convém lembrar também que a Lei nº 6.880, de 09/12/1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares e o Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Portanto, não há que se falar na aplicação da Lei nº 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos *servidores públicos civis* da União, das autarquias e das fundações

públicas federais.

No caso concreto, em 11/11/2015, a Sra. Elba Rosa Batista da Silva, 2º Ten. QFO, Adjunto do Chefe do Setor de Subsistência, elaborou a comunicação de ocorrência – Parte nº 8786/3EI – Protocolo COMAER nº 67263.014342/2015-81 - cuja cópia encontra-se às fls. 14/15. Naquela parte, basicamente, *dois fatos* originaram a abertura do Procedimento para Apuração de Transgressão Disciplinar – FATD nº 443/SIJ/2015: a) portar-se de maneira *desrespeitosa por ter saído e entrado da sala sem autorização* da Ten Elba; e b) portar-se de maneira *desrespeitosa ao ameaçar processar a Ten Elba*. Em consequência, em 16/11/2015, foi preenchido o Formulário para Apuração de Transgressão Disciplinar nº 443/SIJ/2015, no qual foi identificado o militar arrolado, ora paciente, a autoridade que apura a transgressão disciplinar, e as testemunhas. A paciente tomou ciência da imputação e da concessão do prazo de cinco úteis, a contar do primeiro dia útil subsequente daquela data, para apresentar, por escrito, as justificativas ou alegações de defesa no dia 19/11/2015 (fl. 16). A *paciente apresentou sua justificativa por escrito, de próprio punho* (fls. 17/18).

Ao final do procedimento, foi aplicada a punição de 2 dias de detenção, conforme fl 23, a qual transcrevo:

> Aos dez dias do mês de dezembro do ano de dois mil e quinze, o Maj Int Eugênio Tavares Câmara – Comandante do EI da BASP, faz saber à 1º Sgt SAD Francisca Izabel Ribeiro da Silva do efetivo do EI, que *a mesma foi punida com dois dias de detenção* pelo fato de que, no dia 11 de novembro de 2015, *ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, por ter entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial.* (...) Transgressão disciplinar assim definida no art 47 da Lei 6880, de 09/12/1980, conforme apurado por ocasião da FATD nº 401/SIJ/2015 e , de acordo o n 8, 66,68 do art 10, transgressão disciplinar "média" nos termos do art 11, com atenuante da letra "a" do nº 2 do art 13, tudo do RDAer.

Como se nota, a Nota de Punição Disciplinar Militar apenas pune com dois dias o fato de a impetrante portar-se de maneira desrespeitosa ao *sair e entrar na sala sem autorização* da Ten Elba. Contudo, verifica-se que a real intenção do Comandante era punir também por outro fato, conforme se infere da "Decisão da Autoridade Que Aplica a Punição Disciplinar", fl 22:

> O exposto no art. 3º do Decreto n 76.322 (de 22/09/1975) mostra a base da hierarquia e disciplina militar ("O militar deve consideração, respeito e acatamento aos seus superiores hierárquicos."). E, sem os princípios da hierarquia e disciplina, nenhuma força armada teria condições de operar.
> Percebe-se também, claramente e sem contestação, que *a Sgt Izabel entrou na sala da Ten Elba sem prestar a devida continência e ausentou-se da sala sem autorização da Ten Elba,* o que já é algo inaceitável e desrespeitoso.
> Ao mesmo tempo, não existe nos autos da FATD comprovação da testemunha de que a Sgt Izabel levantou a voz ou que apontou dedo para Ten Elba, e a contestação de qualquer ato no poder judiciário é um direito de qualquer militar.
> Porém, *o fato da Sgt Izabel ameaçar processar a Ten Elba*, fato que foi testemunhado pelo Soldado S Ferreira *já demonstra a postura agressiva e inadequada* da Sgt Izabel.
> A *conduta da Sgt Izabel deve ser evitada e reprimida* para que outros militares que convivem com ela não façam o mesmo.
> Dado o exposto e apurado no presente processo e à gravidade da transgressão, ratifico parcialmente a decisão proferida pelo Gestor de Subsistência da BASP, aplicando a punição de 02 de detenção (*sic*).

Como é a Nota de Punição Disciplinar Militar que delimita a sanção, os fundamentos jurídicos e a motivação fática, *houve interposição de Recurso de Reconsideração apenas argumentando e contraditando* o fato de "ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, por ter entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial" (fls24/31). Ao solucionar o Recurso, o Comandante acatou os argumentos da autora, tendo como justificada aquela conduta; contudo, a punição de dois dias de detenção foi mantida sob o argumento de que portou-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta. Dessa nova decisão, não houve mais recurso, já que inexiste previsão legal.

Nas informações do Comandante (autoridade coatora), foi mencionado que *houve erro de digitação na Nota de Punição Disciplinar Militar*. Em verdade, era para constar apenas "maneira desrespeitosa", já que a expressão "entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial" foi incluída equivocadamente. Dai, concluiu que *não houve nova punição, pois o fundamento centrado no desrespeito em relação à oficial foi mantido* (maneira desrespeitosa). A conduta desrespeitosa se referiu, em verdade, à forma pela qual a paciente declarou que iria exercer o direito potestativo de processar alguém (fl 54 e item 20 da fl 35). Como o transgressor se defende dos fatos e não da capitulação, o procedimento manteve-se regular, sendo, portanto, caso de improcedência do pedido no presente HC.

Abaixo, transcrevo a conclusão da decisão do recurso interposto pela paciente:

> (...)
> Assim, indefiro o pedido de anulação da punição outrora imputada, corrigindo porém o erro material de indicação do item de punição e excluindo o fato da militar ter se retirado sem autorização, mantendo-se, porém, a punição da IS QSS SAD IZABEL RIBEIRO DA SILVA, fixada em dois dias de detenção, a contar do dia 22/12/2015, por ter no dia onze de novembro de dois mil e quinze, portando-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, conforme apurado na FATD nº 443/SIJ/2015, infringindo os itens nº 8, 21 e 66 do Art. 10, transgressão militar média, nos termos do Art. 11, com atenuante da letra "a" do nº 2 do Art. 13, tudo do RDAer.

Pelo histórico relatado, verifica-se que *existiu violação à ampla de defesa e contraditório*. Isto porque a Nota de Punição Disciplinar Militar justifica a detenção de dois dias baseada no fato de "ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, *por ter entrado* na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial", dando a entender claramente que "a maneira desrespeitosa" se refere à circunstância de ter entrado/saído sem autorização. Ou seja, fora deste evento, a Nota mostra que o entendimento do Comandante foi de que inexistiu qualquer outra atitude desrespeitosa. Aliás, *o uso da expressão "por ter" revela exatamente esta dependência e relação de causa e efeito,* de maneira que poderia ser substituída por "em razão" ou "por causa: maneira desrespeitosa por ter (por causa, em razão...) entrado na sala..." . Entretanto, reconhecendo o equívoco, em nova decisão, o Comandante diz que a "maneira desrespeitosa" não se refere exatamente à saída/entrada sem autorização, mas à maneira pela qual a paciente disse que processaria a Ten Elba. Ora, *fica claro que a paciente não teve oportunidade de recorrer deste fato.* E nem poderia, pois a *Nota de Punição nada menciona* com relação a isso, já que, por sua descrição, houve desrespeito por ter entrado/saído sem autorização, mas *não por ter ameaçado processar.*

Situação diversa seria se, *ao invés de usar "por ter", tivesse sido usado "e"*. Aqui, sim, a paciente saberia que duas situações estavam sendo levadas em consideração e, consequentemente, deveria recorrer de tudo. Contudo, da maneira como foi escrita a Nota de Punição Disciplinar Militar, não seria razoável exigir tal compreensão por parte da paciente.

Por último, destaco que não estou me olvidando da regra de que o transgressor se defende dos fatos e não da capitulação jurídica. Ocorre que *a aplicação desta regra em nada interfere nas conclusões acima*. A violação à defesa ocorreu em sede de recurso, uma vez que o equívoco na hora da transcrição da Nota de Punição Disciplinar Militar fez com que a punição se baseasse na transgressão de apenas a uma situação (maneira desrespeitosa por ter entrado/saído sem autorização). Não poderia, portanto, manter a punição em sede recursal com base em fato que não foi objeto e fundamento da decisão recorrida (maneira desrespeitosa por ter ameaçado processar). *Veja que estou me referindo à decisão recorrida e não aos fatos apurados*. Os fatos apurados abarcaram ambas as situações e ela se defendeu de ambas; porém, a Nota de Punição foi aquém e abarcou apenas uma delas. Em consequência, é inegável que a paciente não teve oportunidade de se defender/recorrer deste novo fundamento em sede recursal, tendo, em consequência, seu *direito de recorrer violado*.

Portanto, deve ser concedida a ordem de *habeas corpus*, sem prejuízo de nova avaliação dos fatos por parte da autoridade coatora.

Diante do exposto, CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para declarar a nulidade da decisão que acarretou a punição da paciente em dois dias de detenção, no bojo da Nota de Punição Disciplinar Militar, de fl 23, e no Memorando nº 34/SIJ, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em custas e em honorários advocatícios.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos (SP), 21 de janeiro de 2016.

Juiz Federal Substituto ETIENE COELHO MARTINS

Súmulas

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
REVISTA

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* Conflito de Competência nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO dOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO [1]

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal "per capita" correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

1 **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
REVISTA

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos

JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1532