

REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XXXII - N. 148 - JANEIRO / MARÇO DE 2021 - ISSN 1982 - 1506

Principiologia ambiental contemporânea: da dignidade humana à sociedade de risco

José Eduardo Melhen

Leonardo Estevam de Assis Zanini



Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



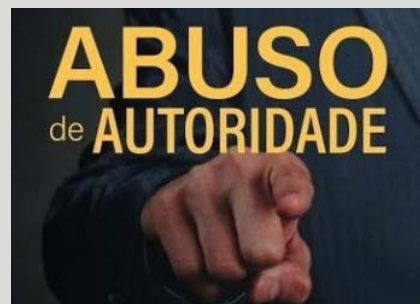
Diálogo acerca do auxílio por incapacidade temporária: o assunto mais demandado nos Juizados Especiais Federais nos anos-base 2015 a 2019

Erica de Sousa Costa



Contraditório e ampla defesa no âmbito do Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.627/PR

Luciana Sumire Nakamura
Elival da Silva Ramos



Lei de abuso de autoridade: elemento subjetivo especial do injusto e controvérsias interpretativas

Simone de Alcantara Savazzoni

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Baptista Pereira

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 XXXII	n. 148	p. 1-575	Jan./Mar.2021

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Baptista Pereira

ASSESSORA: Simone de Alcantara Savazzoni

EQUIPE:

Renata Bataglia Garcia / Silvio Pires de Queiroz

Capa: Paulo Polimeno

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⁾

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99 - Presidente⁽²⁾

CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002 - Vice-Presidente⁽³⁾

MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002 - 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

THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98

NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99

Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003

SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003

LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003

ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004

Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010

JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010

FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011

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

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO - 04/10/2013 ⁽⁵⁾

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

NELSON de Freitas PORFÍRIO Junior - 16/02/2016

VALDECI DOS SANTOS - 16/02/2016

CARLOS Eduardo DELGADO - 16/02/2016

INÊS VIRGÍNIA Prado Soares - 16/03/2018

José CARLOS FRANCISCO - 06/02/2020

João BATISTA GONÇALVES - 23/04/2020

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 01/03/2021.

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

⁽³⁾ Não integra as Turmas. Preside as Seções.

⁽⁴⁾ Não integra as Turmas.

⁽⁵⁾ Ouvidor-Geral da 3ª Região.

PRIMEIRA SEÇÃO

PRIMEIRA TURMA:

HÉLIO NOGUEIRA
WILSON ZAUHY
VALDECI DOS SANTOS - Presidente

SEGUNDA TURMA:

PEIXOTO JUNIOR
COTRIM GUIMARÃES - Presidente
CARLOS FRANCISCO

SEGUNDA SEÇÃO

TERCEIRA TURMA:

NERY JÚNIOR
CARLOS MUTA
NELTON DOS SANTOS
ANTONIO CEDENHO - Presidente

QUARTA TURMA:

ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
MÔNICA NOBRE
MARCELO SARAIVA - Presidente

SEXTA TURMA:

DIVA MALERBI
JOHONSOM DI SALVO - Presidente
TORU YAMAMOTO
SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA SEÇÃO

SÉTIMA TURMA:

PAULO DOMINGUES - Presidente
CARLOS DELGADO
INÊS VIRGÍNIA
FERNANDO MENDES - Juiz Federal

OITAVA TURMA:

NEWTON DE LUCCA
THEREZINHA CAZERTA
LUIZ STEFANINI
DAVID DANTAS - Presidente

NONA TURMA:

DALDICE SANTANA - Presidente
GILBERTO JORDAN
BATISTA GONÇALVES
LEILA PAIVA - Juíza Federal

DÉCIMA TURMA:

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
LUCIA URSAIA
NELSON PORFÍRIO

QUARTA SEÇÃO

QUINTA TURMA:

ANDRÉ NEKATSCHALOW
PAULO FONTES
MAURÍCIO KATO - Presidente

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA:

JOSÉ LUNARDELLI - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
NINO TOLDO

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)
ANTONIO CEDENHO (08/03/2012 a 14/03/2014)
LUCIA URSAIA (15/03/2014 a 02/03/2016)
NERY JÚNIOR (03/03/2016 a 14/03/2018)
ANDRÉ NEKATSCHALOW (15/03/2018 a 11/03/2020)

Sumário

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- Principiologia ambiental contemporânea: da dignidade humana à sociedade de risco*
José Eduardo Melhen
Leonardo Estevam de Assis Zanini 15
- Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa*
Carlos Eduardo Ferreira dos Santos 39
- Diálogo acerca do auxílio por incapacidade temporária: o assunto mais demandado nos Juizados Especiais Federais nos anos-base 2015 a 2019*
Erica de Sousa Costa 61
- Contraditório e ampla defesa no âmbito do Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.627/PR*
Luciana Sumire Nakamura
Elival da Silva Ramos 77
- Lei de abuso de autoridade: elemento subjetivo especial do injusto e controvérsias interpretativas*
Simone de Alcantara Savazzoni 99

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Acidente de Alcântara: desastre durante o lançamento do terceiro protótipo do VLS-1. Morte de funcionário público federal, em sinistro ocorrido quando a vítima estava em serviço. Responsabilidade civil objetiva da União Federal.*
ApCiv 0009528-19.2007.4.03.6103
Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 123
- INMETRO. Multa administrativa. Falta de indicação quantitativa no produto. Violação da resolução CONMETRO nº 11/1998. Crédito não tributário. Não sujeito ao juízo da recuperação judicial.*
ApCiv 0001447-11.2012.4.03.6102
Desembargador Federal Nery Júnior 134

Conselho Regional de Economia. Empresa administradora e gestora recursos financeiros. Atividade básica desenvolvida no âmbito do mercado financeiro e de capitais. Registro desnecessário.

ApCiv 0025995-20.2013.4.03.6182

Desembargadora Federal Marli Ferreira 138

Mandado de Segurança. Remessa Oficial. Servidor público federal. Reposição ao erário. Restituição dos valores: prescrição.

RemNecCiv 0001240-85.2016.4.03.6000

Desembargador Federal Hélio Nogueira 145

Mandado de Segurança. Financiamento público da educação. FIES. Lei nº 10.260/2001. Prorrogação da carência até o término da residência.

ApelRemNec 5000105-68.2017.4.03.6112

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....149

Ação Civil Pública. Repasse de verbas federais determinado por tutela provisória recursal. Necessidade de confirmação por provimento jurisdicional de mérito. REHUF. Suspensão repentina do programa. Inexistência de modificação fática ou jurídica.

AI 5012109-09.2018.4.03.0000

Desembargador Federal Marcelo Saraiva.....153

Programa mais médicos. Critério de desempate. Lei especial.

AI 5025887-12.2019.4.03.0000

Desembargador Federal Toru Yamamoto 161

Cancelamento de registro de diploma. Competência absoluta da justiça estadual.

AI 5025431-28.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Antonio Cedenho.....164

DIREITO CONSTITUCIONAL

Mandado de Segurança. Exame da OAB. Controle de legalidade e vinculação ao edital. Critérios de formulação e correção da prova. Reexame pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Ilegalidade ou erro grosseiro. Inexistência.

ApCiv 5014978-41.2019.4.03.6100

Desembargadora Federal Diva Malerbi 173

DIREITO PENAL

Apropriação indébita previdenciária. Prescrição. Sonegação de vários tributos como decorrência de uma única conduta. Crime único.

ApCrim 0003472-51.2013.4.03.6105

Desembargador Federal André Nekatschalow 183

Sonegação fiscal. Elemento subjetivo comprovado. Erro de tipo e erro de proibição não configurados. Dosimetria. Compensação integral entre agravante e atenuante. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

ApCrim 0003881-45.2014.4.03.6120

Desembargador Federal Nino Toldo 215

Crime de desenvolvimento clandestino de telecomunicações. Comprovação de interferência em atividades regulares de telecomunicação. Desnecessidade.

ApCrim 0007988-38.2014.4.03.6119

Desembargador Federal Fausto De Sanctis..... 232

Importação de agrotóxico. Tráfico internacional de munição de arma de fogo. Demonstrada finalidade comercial das munições. Reformado o regime de início de cumprimento de pena. Inabilitação para dirigir veículo mantida.

ApCrim 0000131-27.2018.4.03.6142

Desembargador Federal Paulo Fontes 257

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Implementação dos requisitos. DIB. Recursos Especiais nºs 1.727.063/SP, 1.727.064/SP e 1.727.069/SP. Representativo de controvérsia. Retratação. Reafirmação da DER.

ApCiv 0008235-66.2011.4.03.6105

Desembargador Federal Paulo Domingues 283

Aposentadoria por idade urbana. Recolhimento tardio. Hipótese diversa da prevista no artigo 27, II, da Lei nº 8.213/1991. Contribuinte individual. Carência. Decadência. Indenização.

ApCiv 0009305-73.2014.4.03.6183

Desembargadora Federal Inês Virgínia.....287

Aposentadoria especial. Comprovação de atividades especiais. Tempo de especialidade insuficiente à concessão do benefício.

ApCiv 0002432-05.2016.4.03.6113

Desembargador Federal Luiz Stefanini 294

Benefício de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência. Análise da miserabilidade em conjunto com demais fatores. Impedimento de longo prazo comprovado. Renda “per capita” familiar superior à metade do salário mínimo. Ausência de gastos superiores aos rendimentos. Filhos. Dever de auxílio é, em primeiro lugar, da família.

ApCiv 0032691-28.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Carlos Delgado 315

Auxílio-acidente. Ausência de redução da capacidade laboral. Requisitos não presentes. Benefício indevido. Desconto do período de prestação laborativa. Recurso Especial Repetitivo 1.786.590/SP e 1.788.700/SP. Termo inicial do benefício.

ApCiv 5000886-36.2017.4.03.6130

Desembargadora Federal Lucia Ursaia..... 326

Aposentadoria por idade. Adicional de 25%. Princípio da isonomia. Dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.

ApCiv 5002939-23.2017.4.03.9999

Desembargador Federal Baptista Pereira 332

Pensão por morte. Recebimento indevido de benefício assistencial. Omissão. Má-fé configurada. Desconto dos valores. Possibilidade.

ApCiv 5002471-25.2018.4.03.6119

Juíza Federal Convocada Leila Paiva..... 340

Aposentadoria por invalidez. Relação de trato sucessivo. Inocorrência de prescrição do fundo de direito. Súmula 85 do STJ. Requisitos legais preenchidos. Benefício devido.

ApCiv 5003110-91.2018.4.03.6103

Desembargador Federal Nelson Porfírio 346

Auxílio doença. Mandado de Segurança. Remessa Oficial. Cessação administrativa após falta justificada ao programa de reabilitação profissional.

RemNecCiv 5000617-73.2020.4.03.6103

Desembargador Federal Gilberto Jordan 352

Revisão. Cômputo dos novos salários-de-contribuição reconhecidos em sentença trabalhista de mérito. Possibilidade. Contribuições. Fiscalização a cargo do INSS. Princípio da automaticidade. Efeitos financeiros da DER.

ApCiv 5004896-54.2020.4.03.6119

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 358

Aposentadoria por idade rural. Regime de economia familiar demonstrado. Carência cumprida. Qualidade de segurado especial na data do implemento etário demonstrada.

ApCiv 5005896-89.2020.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Fernando Mendes 363

Auxílio-reclusão. Casamento. Dois anos. Não comprovação. Ônus da sucumbência.

ApCiv 5288265-59.2020.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 368

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juízo de Retratação. Correção monetária. Precatório complementar. Pagamento dos juros incidentes no período compreendido entre a data da conta homologada e a da expedição do precatório principal. Possibilidade. Aplicação do entendimento exarado pelo STF no julgamento do RE 579431-8/RS.

ApCiv 0001548-54.1999.4.03.6118

Desembargador Federal Batista Gonçalves 373

Honorários contratuais. Particularidades do caso concreto que impedem o destaque da verba honorária.

AI 0008721-57.2016.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 377

Execução Fiscal. Penhora. Bem objeto de contrato de alienação fiduciária. Possibilidade. Existência de restrição em outro processo. Preferência do crédito tributário.

AI 5010868-34.2017.4.03.0000

Desembargador Federal André Nabarrete..... 380

Embargos de Terceiro. Fraude à Execução Fiscal. Penhora de bem alienado a terceiro de boa-fé. Alienação por pessoa alheia à demanda executiva. Hipótese de venda sucessiva. Presunção de boa-fé que milita em favor do adquirente.

ApCiv 0000430-27.2018.4.03.6102

Desembargador Federal Souza Ribeiro 384

Execução Fiscal. Redirecionamento. Dissolução irregular. Grupo econômico. Sucessão empresarial. Responsabilidade tributária solidária. Ingresso da sócia após ocorrência dos fatos geradores.

AI 5005195-89.2019.4.03.0000

Desembargadora Federal Mônica Nobre 398

Cumprimento de sentença. Caderneta de poupança. Bloqueio de numerário para satisfação de execução. Impossibilidade. Impenhorabilidade.

AI 5022577-61.2020.4.03.0000

Desembargador Federal David Dantas 401

Conflito Negativo De Competência. Cobertura securitária. FCVS. Ramo 66, Lei nº 13.000/2014. Tema 1.011 do E. STF. CEF. Parte-ré. Possibilidade de processamento no JEF. CCCiv 5024343-52.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Francisco..... 404

Mandado de Segurança. Ato da presidência do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Consulta encaminhada ao CJF. Auxílio-moradia suspenso. Diretores de secretaria. Prazo decadencial. Disponibilização dos autos administrativos ao advogado. Ciência do teor do processo. Decadência do direito de impetração do “mandamus”. Feito extinto com julgamento de mérito.

MSCiv 5026482-74.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos..... 408

Pedido de suspensão dos efeitos de sentença proferida em Mandado de Segurança. Pleito de ser convocado e contratado para concurso público de técnico bancário. Alegação de aprovação, sendo preterido por convocação e contratação de candidatos com piores colocações por ato ilegal da CEF.

SLAT 5034136-15.2020.4.03.0000

Desembargador Federal Mairan Maia.....414

DIREITO PROCESSUAL PENAL

“Habeas Corpus”. Reexame Necessário. Óleo de “cannabis sativa”. Produção caseira e específica para tratamento terapêutico/medicinal individual.

RemNecCrim 5001401-26.2020.4.03.6111

Desembargador Federal Maurício Kato 421

“Habeas Corpus”. Execução penal. Remição. Conclusão do ensino médio. Modalidade ENCCEJA. Base de cálculo. Recomendação nº 44/2013 do CNJ. Resolução nº 3/2010 do CNE. Artigo 126, parágrafos 1º e 5º da LEP.

HCCrim 5021101-85.2020.4.03.0000

Desembargador Federal José Lunardelli 425

Ação Penal Originária. Instrução criminal. Requerimento formulado pela defesa. Produção de prova pericial. Indeferimento. Agravo regimental. Cabimento. Direito à produção probatória. Juízo de delibação. Necessidade de demonstração de relevância ao mérito do julgamento do processo-crime. Preclusão. Caso concreto. Ato instrutório que se mostra prescindível.

AgRg APOrd 5021828-44.2020.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 433

DIREITO TRIBUTÁRIO

Contribuição social. Autuação. Empresa terceirizada contratada. Ausência de elementos de pessoalidade e subordinação. Vínculo empregatício não configurado. Exação indevida.

ApCiv 0004163-43.2010.4.03.6114

Desembargador Federal Valdeci Dos Santos 457

Recurso Especial em Apelação Cível. Contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre a parcela terço constitucional de férias no julgamento. REsp nº 1.230.957/RS, vinculado ao tema nº 479 dos Recursos Repetitivos.

REsp ApCiv 0005761-95.2011.4.03.6114

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 461

Contribuições a terceiros. Artigo 149, § 2º, III, “a”. Rol não exauriente. Folha de salários. Validade. Princípio da referibilidade.

ApCiv 5000537-20.2017.4.03.6102

Desembargador Federal Carlos Muta 466

Laudêmio. Cessão ou registro. Prazo decadencial. Julgamento não unânime. Submissão ao artigo 942 do CPC/15.

ApCiv 5001343-89.2018.4.03.6144

Desembargador Federal Wilson Zauhy 473

Mandado de Segurança. Contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, auxílio-doença/acidente nos primeiros 15 dias de afastamento e terço constitucional de férias.

ApelRemNec 5004105-78.2018.4.03.6144

Desembargador Federal Peixoto Junior 489

Mandado de Segurança. PIS/COFINS creditamento. Não-cumulatividade. Aproveitamento de créditos oriundos de despesas financeiras com empréstimos e financiamentos. Proibição legal.

ApCiv 5020303-31.2018.4.03.6100

Juíza Federal Convocada Denise Avelar 507

SENTENÇAS

Ação Ordinária. EBCT. Pleito visando assegurar a entrega domiciliar de correspondências nos imóveis localizados no Residencial Campo do Melo, em Santana do Parnaíba/SP, condomínio residencial. Recusa pela EBCT de realização da entrega externa em domicílio nos imóveis, efetuando apenas uma entrega genérica na portaria do condomínio.

0011496-49.2014.4.03.6100

Juiz Federal Gabriel Hillen Albernaz Andrade 519

Ação popular. Alegação de ilegalidade da construção do píer e do deck em imóvel em São Sebastião. Pleito de nulidade de qualquer ato ou processo que tenha por objeto o licenciamento da construção ilícita, determinando-se a demolição e restauração do local.

0000029-94.2016.4.03.6135

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes 524

Pensão por morte. Pagamento integral a outro dependente desde 2003. Posterior habilitação de dependente incapaz. Artigos 74, II, e 76 da Lei nº 8.213/1991. Efeitos financeiros a partir do requerimento administrativo. Improcedência

0005440-71.2016.4.03.6183

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 534

Ação Penal. Denúncia pelo delito previsto no artigo 33, “caput”, c/c artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Cocaína. Rés presas e processadas na Holanda. “Bis in idem”.

0001620-37.2019.4.03.6119

Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel 539

Ação Civil Pública. Pleito de anulação da matrícula imobiliária, aberta em 10/10/1996, pelo serviço de registro de imóveis de Corumbá, referente ao imóvel rural denominado “Fazenda Paraíso”, localizado em parte da superfície da ilha “Ínsua”. Segurança nacional. Usufruto indígena. Vício absoluto na transmissão do imóvel. Agressão ao princípio federativo. Alienação por estado-membro de bem da União. À luz da constituição de 1946, as ilhas fluviais eram bens federais.

5000087-12.2019.4.03.6004

Juiz Federal Daniel Chiaretti 543

Ação de cobrança. CONAB. Pleito de condenação do réu ao pagamento de multa aplicada por infração cometida em leilão do Prêmio Equalizador Pago ao Produtor Rural (PEPRO). Participação em leilão PEPRO, comprometendo-se a vender e escoar 17.220 caixas de laranja produzidas no Sítio Nossa Senhora Aparecida. Todavia, fiscalização da Conab constatou que a mesma propriedade foi indicada em outras quatro operações do PEPRO por outros produtores, sendo que o volume arrematado superava em muito a capacidade produtiva do sítio.

5001430-83.2019.4.03.6120

Juiz Federal Márcio Cristiano Ebert 555

Ação de conhecimento. Pleito de saque integral de verbas depositadas junto ao FGTS. Caótico quadro econômico-financeiro gerado a partir da pandemia do COVID-19. Decretação do estado de calamidade pública. Direito dos trabalhadores. Sopesamento de princípios constitucionais e pela própria finalidade do FGTS.

5000485-29.2020.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 559

“Habeas Corpus” coletivo. Ato do diretor da penitenciária federal de Campo Grande/MS. Alegação de suspensão ou redução indevida do tempo de banho de sol dos internos da PFCG/MS, em patamar inferior a 2 horas.

5004025-90.2020.4.03.6000

Juíza Federal Marcela Ascer Rossi 563

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 569

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 573



Artigos Doutrinários

Principiologia ambiental contemporânea: da dignidade humana à sociedade de risco



José Eduardo Melhen

Mestre e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Procurador Municipal em Araraquara. Advogado. Professor Universitário.



Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Estágio pós-doutoral em Direito Civil pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Estágio pós-doutoral em Direito Penal pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Foi bolsista da *Max-Planck-Gesellschaft* e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da principiologia do direito ambiental e sua aplicação diante das peculiaridades da chamada sociedade de risco e de como o meio ambiente se relaciona com esse modelo de sociedade. Com o surgimento de novos riscos, o Direito deve criar instrumentos que amenizem os possíveis danos ambientais, em prol do desenvolvimento. Considerando as peculiaridades do bem jurídico ambiental dentro desse novo contexto, verifica-se que o princípio da prevenção e o princípio da precaução constituem importantes instrumentos para gerenciamento do risco, criando mecanismos de controle e discernindo as noções do que é permitido e do que é aceitável. Aliados aos princípios clássicos, dentre eles a dignidade da pessoa humana, analisa-se a importância da prevenção e da precaução em sua dimensão ética e jurídica com vistas à efetivação de um meio ambiente sustentável para as presentes e as futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental. Princípios ambientais. Sociedade de risco. Prevenção. Precaução.

ABSTRACT: This article aims to study the principle of Environmental Law and its application in view of the peculiarities of the so-called risk society and how the environment is related to this model of society. With the emergence of new risks, the Law must create instruments that mitigate possible environmental damage, which must be done in favor of development. Considering the peculiarities of the environmental legal good within this new context, it appears that the principle of prevention and the principle of precaution are important instruments for risk management, creating control mechanisms and discerning the notions of what is allowed and what is acceptable. Allied to the classic principles, among them the dignity of the human person, the importance of prevention and precaution in its ethical and legal dimension is analyzed with a view to the realization of a sustainable environment for present and future generations.

KEYWORDS: Environmental law. Environmental principles. Risk society. Prevention. Precaution.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Rumos ambientais traçados pela Constituição Federal de 1988. 3 Sociedade de risco. 4 Princípios ambientais em espécie. 4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 4.2 Princípio do desenvolvimento sustentável. 4.3 Princípio da reparação integral. 4.4 Princípio do poluidor-pagador e do usuário-pagador. 4.5 Princípio da cooperação. 4.6 Princípio da solidariedade. 4.7 Princípio da vedação ao retrocesso ambiental. 4.8 Princípio da equidade ou solidariedade intergeracional. 4.9 Princípio da interpretação mais favorável. 4.10 Princípio da função socioambiental da propriedade. 4.11 Princípio da participação ou princípio democrático. 4.11.1 Princípio da informação ambiental. 4.11.2 Princípio da educação ambiental. 4.12 Princípio da prevenção. 4.13 Princípio da precaução. 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente texto tem por objetivo analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em relação aos princípios do Direito Ambiental. Apresenta uma conjunção entre os princípios tradicionais e outros princípios mais recentes, considerando as mudanças ocorridas na sociedade nas últimas décadas, onde se identificou a criação de um novo modelo que acaba por produzir riscos.

Na atualidade, o Direito, sem desconhecer que a sociedade é, também, o lugar da competição, opera com a ideia de cooperação,

de solidariedade. Nessa perspectiva, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado redefine papéis e funções no ordenamento jurídico.

O Direito Ambiental contemporâneo não permanece indiferente aos danos futuros e potenciais advindos da sociedade de risco. E, nesse sentido, busca modos de evitar que eles aconteçam ou, quando menos, procura minorar seus efeitos. As complexidades que permeiam os danos ambientais sugerem ou autorizam que seja implementada uma estrutura não somente repressiva (tradicional), mas fundamentalmente preventiva (prospectiva).

Cada vez mais o Direito procura e se aproxima de técnicas preventivas e precaucionais, mesmo porque não seria prudente e nem razoável a manutenção da utilização dos instrumentos da racionalidade jurídica tradicional, de índole liberal-individualista, para lidar com as novas demandas oriundas da sociedade de risco.

Assim sendo, faz-se mister uma releitura da sistemática dos princípios do Direito Ambiental, a qual passa a assumir, progressivamente, uma dimensão preventiva para, traçando um diálogo com a teoria do risco, evitar ou minimizar o dano.

2 Rumos ambientais traçados pela Constituição Federal de 1988

O sistema constitucional brasileiro, em matéria ambiental, é um dos mais avançados do mundo. A tutela do meio ambiente está entre as principais preocupações da Constituição Federal de 1988, afastando-se do caráter de faculdade estatal para assumir o tom de forte dever. É a própria Constituição Federal que, de modo explícito, veicula o dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme consta do seu artigo 225.



Fonte: www.embrapa.br

O primeiro passo, no Brasil, que iniciou a caminhada em direção a uma efetiva proteção ambiental ocorreu em 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Contudo, somente com a Constituição Federal de 1988 é que houve uma incisiva e clara priorização do meio ambiente dentre as opções valorativas básicas da ordem jurídica brasileira (art. 225, § 3º, da CF).

A Constituição de 1988 cuida da questão ambiental numa perspectiva ampla e moderna. Além de um capítulo próprio para o tema, a questão ambiental permeia todo o seu texto, dialogando com os princípios fundamentais da ordem constitucional¹. Cabe lembrar, por exemplo, que a atividade econômica está subordinada à “defesa do meio ambiente” (art. 170, VI, da CF).

Nesse contexto, é nítida a preocupação, no Direito Ambiental, com a efetiva implementação de suas normas, não bastando que os direitos sejam assegurados apenas de modo retórico ou formal. Ainda, a efetividade do Direito Ambiental é preventiva, na medida em que se buscam instrumentos e técnicas que se antecipem à degradação, impedindo que ela ocorra.

Os princípios da prevenção e da precaução desempenham relevantes funções nessa batalha. De fato, os danos ambientais não precisam se apresentar como atuais ou concretos. Desde que razoáveis e sérios à luz do caso concreto, os danos potenciais são hábeis a deflagrar as respostas normativas de proteção. A presença do risco, portanto, legitima que seja dada largada para os mecanismos de proteção ambiental. A partir do momento em que a fundamentação para a responsabilidade civil é buscada na Constituição Federal, alargam-se ainda mais as suas funções, voltando-se o instituto, teleologicamente, à consecução dos valores protegidos em nível constitucional,

¹ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 46.

tais como o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana.

Considerando que nas últimas décadas as transformações sociais, econômicas e tecnológicas têm ocorrido de maneira extremamente rápida e intensa, o Direito tenta acompanhar essas transformações sempre alguns passos atrás, para continuar a missão que lhe foi confiada pela sociedade, qual seja a de organizá-la de forma segura e justa². Tais transformações vêm influenciando sobremaneira a tutela do meio ambiente, especialmente em tempos de uma sociedade de risco, conforme expressão utilizada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck³.

A chamada sociedade de risco, fenômeno social recente, nasceu após a Segunda Guerra Mundial com o desenvolvimento amplo e acelerado das pesquisas tecnológicas e científicas, criou também a era do medo e da incerteza, na qual a única certeza é o presente⁴.

A responsabilidade ambiental fundada no risco tem fundamento econômico e moral, dentro de uma ética social que se resume na solidariedade como forma de reparação integral dos danos causados.

Vem à tona, assim, a necessidade de analisar e discutir os fatores de gestão de riscos ambientais, na medida em que fica a cargo do ordenamento jurídico a criação de mecanismos que amenizem os possíveis danos aos quais se sujeita a sociedade.

Feitas tais considerações, cumpre analisar o conceito de sociedade de risco e seu desdobramento no que diz respeito à tutela protetiva do meio ambiente.

3 Sociedade de risco

O conceito de sociedade de risco, cunhado em meados de 1980 pelo sociólogo alemão Beck⁵, explica que a ciência e a tecnologia modernas criaram uma sociedade de risco na qual o sucesso na produção de riqueza foi ultrapassado pela produção do risco⁶.

As principais transformações da sociedade industrial e da sociedade de classes foram substituídas pela busca da segurança em uma sociedade catastrófica, a qual o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade. A atual modernidade é descrita por Beck como reflexiva⁷, na qual a promessa iluminista de racionalidade científica se divorcia de uma racionalidade social destrutiva e adstrita em função do perigo do qual nenhum esforço comum permite escapar. O risco é uma característica definidora de nossa era. Tudo se processa reflexivamente em uma civilização que ameaça a si própria. Paradoxalmente, o sujeito da destruição criativa é a modernização, por via de ameaças globais e de alcance indefinido.

2 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 15.

3 BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

4 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 15.

5 BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

6 Beck define o risco como: “[...] um modo sistemático de lidar com ameaças e inseguranças induzidas e introduzidas pela própria modernização. Os riscos, em oposição aos perigos mais antigos, são consequências que se relacionam à força ameaçadora da modernização e à globalização da dúvida”. BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992, p. 21, tradução livre.

7 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25-43.

Não obstante a saúde, a riqueza e a longevidade que existem na atualidade, tem-se cada vez mais medo. Este é um dos grandes paradoxos do nosso tempo. Vive-se em uma “cultura do medo” e nunca se clamou tanto por segurança, mesmo que os medos sejam maiores do que justificam as estatísticas de probabilidade⁸. Não se pode olvidar que, como adverte Adams:

[...] uma destruição global como consequência do comportamento humano não é um ideia nova, haja vista o dilúvio, na época de Noé, atribuído à perversidade humana⁹.

Em uma época na qual as escolhas feitas aqui e agora poderão repercutir ali e no futuro, desenha-se o cenário propício à emergência da sociedade de risco. Nessa linha de raciocínio, e fazendo alusão à Teoria do Caos, Adams afirma que:

Diariamente, bilhões de decisões são tomadas. Na maioria dos casos, as consequências parecem ser apenas locais, mas talvez não sejam. Os teóricos apresentam uma nova forma de inseto chamada “borboleta de Pequim” – o bater de suas asas em Pequim provoca uma consequência de eventos que, após duas semanas, culmina com um furacão em Nova York. A sensibilidade extrema a diferenças sutis – dizem os teóricos do caos – torna o comportamento dos sistemas naturais complexos inerentemente imprevisível. A previsão é ainda mais difícil quando as pessoas são introduzidas nesses sistemas – porque elas regem às previsões, alterando assim o resultado previsto. Raramente as decisões sobre o risco são tomadas com informações que podem ser reduzidas a probabilidades

quantificáveis, porém, de alguma forma, as decisões são tomadas¹⁰.

Na sociedade de risco é necessária, segundo adverte Beck, a capacidade de antecipar perigos e de suportá-los¹¹. Entram em cena as seguintes questões: como lidar com os destinos ameaçadores atribuídos e com os temores e incertezas que os acompanham? Como superar o medo, se não se pode superar as causas do medo?

Ora, quando se olha para o futuro, vê-se um buraco negro de incerteza, no qual tantas coisas podem terrivelmente dar errado¹².

As considerações acerca da sociedade de risco não significam a existência de perigos maiores na atualidade do que no passado. O que há, em verdade, é uma diferente percepção do risco e uma relação distinta com a ideia de perigo. Como adverte Bottini, percebe-se, nos tempos atuais, um novo papel do risco e do perigo, no sentido de constituir um norte em relação ao qual se orientam os principais instrumentos de interação social¹³.

Assim, somente um conhecimento absoluto seria capaz de mitigar os efeitos da angústia diante do perigo, pois o ser humano já teria a plena noção de que determinado comportamento levaria a um resultado específico.

O perigo é um fato concreto, ao passo que o risco é uma situação que o antecede. O perigo é destino; o risco é estratégia para lidar com o perigo. Nesse sentido:

Risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios

8 BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 10-12.

9 ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2010, p. 236.

10 *Ibidem*, p. 36.

11 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 93.

12 GARDNER, Daniel. *Risco: a ciência e a política do medo*. Tradução de Léa Viveiros de Castro e Eduardo Süsskind. Rio de Janeiro: Odisséia, 2009, p. 327.

13 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser amplamente utilizada em sociedades orientadas para o futuro – que vêem o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado. O conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado¹⁴.

O risco, então, não implica necessariamente no fato de que novas técnicas se apresentem, de imediato, como lesivas ou prejudiciais. Isso implicaria não em uma sociedade de risco, mas em uma verdadeira sociedade de perigo. As dificuldades de antever resultados levam à ideia constante de risco, no sentido de gerenciar, de potencializar a probabilidade do perigo, mas nunca de se ter um perigo de maneira constante.

Por conseguinte, o risco é uma expectativa de perigo e não um estado (real) de perigo, ínsito à vida em sociedade e necessário ao seu desenvolvimento.

4 Princípios ambientais em espécie

Analisado o conceito de sociedade de risco e seu desdobramento no que diz respeito à tutela protetiva do meio ambiente, serão agora abordados os princípios identificados pela doutrina como mais relevantes à sistemática do Direito Ambiental, com ênfase, em especial, aos princípios pós-modernos da prevenção e da precaução.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (art. 1º, III, da CF), é o princípio reitor de qualquer área na experiência jurídica contemporânea. Assim, no direito público e no direito privado, nas relações

simétricas e nas relações assimétricas, com ou sem a participação estatal, é certo que a dignidade humana se projeta com singular força normativa por toda a ordem jurídica. Trata-se de norma aberta que impõe não apenas omissões (dever de não agir contra a dignidade), mas também ações, prestações (dever de agir, positivamente, para realizá-la)¹⁵.

Não se pode pensar, nesse sentido, em dignidade humana sem meio ambiente, notadamente porque tal princípio apresenta relevantes e centrais funções a serem desempenhadas na responsabilidade civil ambiental. Portanto, deve haver o compromisso do Estado Democrático de Direito em prover mecanismos que tutelem quer a ameaça a um ilícito, quer a concretização do dano.

4.2 Princípio do desenvolvimento sustentável

A ideia de desenvolvimento está ligada à cultura do capitalismo e influi na vida dos seres humanos seja no aspecto social, econômico, filosófico ou moral.

É impossível falar em desenvolvimento como crescimento econômico e tecnológico sem se pensar na utilização e na transformação dos elementos que compõem o meio ambiente. Ora, se o desenvolvimento significa expansão econômica, isso pressupõe a produção de bens que têm como matéria-prima os recursos naturais. Nesse sentido, não se pode olvidar que os bens a serem explorados ou transformados são escassos e, ainda, que eles são responsáveis pela manutenção da vida, com qualidade, em todas as suas formas.

Em 1972, foi redigido e divulgado o primeiro relatório do chamado “Clube de Roma”, um grupo formado em 1968 por pessoas de diversos segmentos sociais (políticos, físicos, industriais e cientistas) que se reuniram em

14 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 33.

15 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 869.

uma pequena vila italiana para debater sobre o desenvolvimento sustentável do planeta. O relatório *Meadows*, patrocinado pelo “Clube de Roma” e elaborado por acadêmicos do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), que resultou na obra “Os limites do crescimento”, apontava um limite temporal para que se esgotassem os recursos naturais, caso fossem mantidas as tendências de crescimento até adotadas¹⁶.

Tal texto serviu de base para a Conferência de Estocolmo de 1972 (ONU, 1972), a qual alertou, da mesma forma, que o crescimento econômico não poderia ocorrer sem limites, mas, ao contrário, deveria ser equacionado com a preservação dos recursos naturais.

Em outras palavras, é necessário que haja um planejamento no processo de desenvolvimento levando em consideração a preservação do meio ambiente para as presentes e as futuras gerações¹⁷. E, nesse sentido, adverte Almeida que:

A Constituição de 1988 reflete o pensamento de que o desenvolvimento do país também depende da preservação do meio ambiente, bem como prevê instrumentos para compatibilizar o desenvolvimento com o direito ambiental, tal como o zoneamento ambiental e o estudo de impacto ambiental (art. 225, *caput*, III e IV, da CF/88)¹⁸.

Na esfera infraconstitucional tem-se a previsão desse princípio na Lei nº 12.187/2009

(Política Nacional de Mudança do Clima) e na Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Portanto, não se pode admitir que o desenvolvimento ocorra a todo custo, razão pela qual deve haver a imposição de limites à atuação do homem, levando em consideração a capacidade de suporte do meio ambiente e a melhor tecnologia disponível para tanto, a fim de manter a perenidade dos recursos naturais.

4.3 Princípio da reparação integral

O princípio da reparação integral (ou da ampla responsabilidade) objetiva repor o ofendido ao estado anterior à ocorrência do dano injusto, assumindo a tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha. Tal princípio encontra-se expresso no artigo 944 do Código Civil, o qual estabelece que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Busca, portanto: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação do enriquecimento injustificado do lesado; e c) avaliação concreta dos prejuízos sofridos.

Há, entretanto, algumas exceções previstas no Código Civil, como, por exemplo, as regras de caráter equitativo que mitigarão a indenização quando o dano for causado por incapazes (art. 928) ou quando o caso concreto demonstrar desproporção entre a extensão do dano e o grau de culpa do agente (art. 944, parágrafo único).

Não se trata de princípio exclusivo da responsabilidade civil ambiental, embora desempenhe relevantes funções nessa seara. Tal princípio não admite que a reparação civil seja parcial ou incompleta. Dentro da tendência ambiental, deve-se reparar integralmente o dano, devendo o poluidor recompor o meio ambiente, conforme previsto no artigo 225, § 2º, da Constituição Federal; no Princípio 13 da Declaração do Rio (ONU, 1992) e nos

16 LEMOS, Haroldo M. O homem e o meio ambiente. *Fórum Universidade e o Desenvolvimento Sustentável*, Anais: 3-12. Rio de Janeiro: Fundação MUDES, Universidade Federal Fluminense, 1991, p. 4.

17 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 259.

18 ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental*: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

artigos 3º, I; 4º, VII; 14, § 1º; § 3º, da Lei nº 6.938/1981¹⁹⁻²⁰.

Por fim, vale ressaltar que tal responsabilidade não se limita à reparação do dano ambiental, dado que pode ser cumulada com a responsabilidade administrativa e penal (art. 225, § 3º, da CF).

4.4 Princípio do poluidor-pagador e do usuário-pagador

O princípio do poluidor-pagador consiste na imposição, ao poluidor, do dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação ou omissão²¹. Trata-se do dever de internalizar as externalidades ambientais negativas. Isto é, devem os poluidores incorporar aos seus processos produtivos os custos relativos à prevenção, ao acompanhamento, ao controle e à reparação de impactos ambientais²².

Tal princípio tem nítido viés preventivo, pois induz o poluidor a implementar medidas que busquem evitar o dano, sem excluir a sua reparação se ocorrido. Esse princípio atua de maneira residual, pois busca, inicialmente, por meio da precaução e da prevenção, evitar os danos ambientais. Em outras palavras, com a internalização dos custos externos relativos à degradação ambiental, otimizam-se a prevenção e a precaução, evitando-se danos potenciais ao meio ambiente.

Inspirado em tal princípio, foi criado o princípio do usuário-pagador, o qual, nos termos do artigo 4º, VII, da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/1981, objetiva a imposição, “ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”; bem como a “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar danos causados”. Com isso, procura-se evitar o enriquecimento indevido do usuário, pois a comunidade que não usa o recurso ou o usa em menor escala fica em situação inferior (exemplo: a água utilizada pelas indústrias).

Nessa mesma linha de raciocínio, tem-se o princípio do protetor-receptor, adotado no artigo 6º, II, da Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), por meio do qual é concedido estímulo econômico àquele que protege o meio ambiente.

4.5 Princípio da cooperação

Estabelece o Princípio 7 da Declaração do Rio (ONU, 1992):

Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam.

No plano internacional, a cooperação entre os Estados soberanos é decorrência lógica da necessidade de proteção integrada ao meio ambiente, pois os danos ambientais não têm fronteiras. Milaré cita, como exemplo, a chuva ácida no Canadá, causada pela poluição emitida pelas indústrias do Norte

19 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 830.

20 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquemático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 287-288.

21 BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 226 e ss.

22 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 877.

dos Estados Unidos²³. Ademais, não se pode olvidar que o artigo 4º, IX, da Constituição Federal estabelece que o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Internamente, os entes federativos (União, Estados e Municípios) possuem competência comum para a proteção do meio ambiente (art. 23, VI, da CF). O princípio também é perceptível no dever comum do Poder Público e da coletividade de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CF).

4.6 Princípio da solidariedade

A Constituição Federal consagrou um Estado Democrático de Direito funcionalizado à efetivação de direitos fundamentais. Entre os objetivos fundamentais da República, priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Em seguida, concretizou a convocação à fraternidade como meta de erradicação da pobreza e marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). A solidariedade busca articular uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum²⁴.

O princípio da solidariedade colima a passagem de um estado de responsabilidade para outro de corresponsabilidade, no qual todos atuem conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável. Por força de tal princípio, a responsabilidade civil é deslocada da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido, buscando, ao invés de um culpado pela prática do ilícito, um responsável pela reparação de danos injustos pela

mera potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar²⁵.

Ao lado da dignidade humana, a solidariedade social (art. 3º, III) não constitui princípio de aplicação exclusiva no Direito Ambiental, mas projeta suas luzes sobre todo o sistema jurídico instaurado pela Constituição Federal.

O termo solidariedade, nesse sentido, importa em um vetor normativo que supera o individualismo, fazendo cada membro da sociedade responsável pela existência dos demais²⁶. Opõe-se vigorosamente ao individualismo que permeou as práticas jurídicas nos séculos passados.

Assim sendo, a solidariedade social implica na responsabilidade, não apenas do Poder Público, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individualmente, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos²⁷.

4.7 Princípio da vedação ao retrocesso ambiental

Não se admite que a sociedade retroceda, isto é, que volte atrás em relação às conquistas normativas já realizadas no que concerne ao meio ambiente. Para verificar se houve, ou não, violação a tal princípio, é fundamental a demonstração da ocorrência de lesão ao núcleo essencial do direito em questão.

23 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 278-279.

24 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

25 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 76.

26 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 168-169.

27 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 81-85.

Um exemplo claro disso foi o questionamento efetuado pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal (STF), de vários dispositivos do chamado novo Código Florestal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902 e 4903.

Destarte, a cláusula de vedação ao retrocesso ambiental tem por objetivo preservar o bloco normativo já consolidado no ordenamento jurídico, sobretudo naquilo em que se pretende assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou garantindo o controle de atos que venham a provocar a sua supressão ou restrição²⁸.

4.8 Princípio da equidade ou solidariedade intergeracional

A equidade ou solidariedade intergeracional significa, em essência, o dever de cada geração de conservar e manter a diversidade de recursos naturais e culturais, propiciando às gerações futuras idênticas possibilidades de escolhas, inclusive com qualidade semelhante de fruição em relação a tais bens²⁹. Tal princípio determina, portanto, uma responsabilidade de preservação do meio ambiente em condições adequadas para as futuras gerações, apresentando-se como uma ética de alteridade³⁰.

4.9 Princípio da interpretação mais favorável

Trata-se de princípio de interpretação que impõe ao administrador público o dever de optar pela alternativa menos gravosa ao meio ambiente (*in dubio pro natura*). Isso porque o interesse na proteção do meio am-

biente, por ser de natureza pública, deve prevalecer sobre os direitos individuais privados. Dessa maneira, sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade³¹.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.198.727, reconheceu que 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 razão de ser da norma. Entendeu-se que a hermenêutica jurídico-constitucional rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

4.10 Princípio da função socioambiental da propriedade

A função socioambiental da propriedade em matéria ambiental é chamada para iluminar as soluções às quais o intérprete chegará. Por força de tal princípio, a propriedade deve se afastar de sua abrangência clássica como direito absoluto, devendo ser utilizada em consonância com os interesses da sociedade³². Se, antes do advento da Constituição Federal, a propriedade era vista como algo intocável, que atribuía ao seu titular poderes para fazer o que quisesse com o bem; hoje, o exercício desse direito está atrelado aos interesses de toda a sociedade³³.

Dentro dessa nova realidade, a propriedade deve se comprometer não mais apenas com os interesses particulares e econômicos de seu titular, mas, também, com a manu-

28 THOMÉ, Romeu. *O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 89-90.

29 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 881.

30 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 78-79.

31 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 160.

32 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 75.

33 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 113.

tenção do equilíbrio ecológico. Em outras palavras, o exercício desse direito não pode prejudicar a função ecológica dos bens ambientais.

Ademais, vale notar que a função social não impõe apenas abstenções, mas também, de igual modo, ações. Dependendo do conteúdo funcional do direito ou interesse em questão pode ser necessário agir para chegar à função social.

4.11 Princípio da participação ou princípio democrático

Existe, hodiernamente, uma progressiva busca por canais que otimizem e qualifiquem a participação popular, relegitimando as decisões públicas vinculantes. A preservação do meio ambiente é dever não só do Poder Público, mas, também, da sociedade civil (art. 225 da CF).

A ideia de participação representa um dos valores fundamentais do Direito Ambiental, constituindo um mecanismo eficiente e promissor na luta por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que, mesmo em longo prazo, ataca a base de todos os problemas ambientais: a consciência ambiental³⁴.

A participação decorre da sociologia política e reflete, assim, a ideia de atuação da sociedade civil, constituindo uma democracia socioambiental, atribuindo aos cidadãos, mesmo a título individual, o exercício da tutela ambiental³⁵.

Ao mesmo tempo em que a sociedade cumpre os comandos impostos pelo legislador, atribui-se a ela formas de pressionar decisões políticas do Estado. Deve-se fazer com que o Poder Público assuma uma postura

ética, social e comprometida com os valores e as funções que deve respeitar e realizar, culminando num comprometimento com a preservação do meio ambiente.

Tal princípio busca, portanto, a efetivação de uma política ambiental progressivamente participativa e democrática³⁶.

A Constituição Federal elenca vários dispositivos que traduzem o princípio da participação, possibilitando, como se disse, a atuação ativa da sociedade, paralelamente ao Estado, para definir os rumos a serem seguidos na política ambiental (art. 1º; art. 3º, I; e art. 225 da CF).

No âmbito internacional, o Princípio 10 da Declaração do Rio (ONU, 1992) estabelece que:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

Nessa linha, a ideia da participação pode ser vista sob dois aspectos: a) negativo, ao impor a adoção de comportamentos individuais de não se praticar atos lesivos ao meio ambiente; b) positivo, por assegurar o exer-

34 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquizoide*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

35 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

36 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

cício de comportamentos de ordem coletiva tendentes à proteção ambiental. Em suma, além do fazer (individual), é assegurado à coletividade exigir que todos façam (coletivo).

São muitos os meios e modos, na seara ambiental, em que isto pode ocorrer, valendo mencionar os seguintes exemplos: a) Ação Popular: legitimando qualquer cidadão para anular atos lesivos ao meio ambiente; b) Ação Civil Pública: promovida por associações civis ou pelo Ministério Público (de ofício ou mediante representação a ele encaminhada por qualquer cidadão); c) participação popular nas ONGs: destacando-se seu papel de fiscal ambiental, bem como o apoio e execução de medidas ligadas à execução de projetos de caráter protetivo e o fomento de uma consciência ecológica à sociedade; d) provocação da Administração Pública (direito de petição): para que exerça o poder de polícia; e) audiências públicas: em processos de licenciamento ambiental para a formação do Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA); f) conselhos estaduais: cuja participação da sociedade contribui para o aprimoramento das normas e para a fiscalização dos órgãos públicos.

Por derradeiro, é possível identificar a informação e a educação ambiental como decorrências lógicas do princípio da participação.

4.11.1 Princípio da informação ambiental

O direito à informação é indispensável para o exercício do direito à participação, pois assegura que a população tenha fundamentos para defender o meio ambiente e participar das decisões políticas³⁷.

Considerando que o meio ambiente equilibrado constitui um direito difuso, a informação relativa a esse direito ultrapassa

a esfera individual de quem a obteve e deve, assim, ser disponibilizada a todos. Em outras palavras, a informação e o direito à obtenção de dados possuem a mesma natureza do bem às quais se referem.

Na Constituição Federal, há diversas passagens relativas ao direito à informação que podem (e devem) ser aplicadas a questões ambientais (art. 5º, XIV, XXXIII, XXXIV, LXXII; art. 220, §§ 1º e 2º; e art. 221, I, II, III e IV).



Fonte: www.greenpeace.org

No âmbito infraconstitucional, há instrumentos que asseguram, da mesma forma, o pleno exercício desse direito. São exemplos: a) Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), cuja finalidade é tornar acessível a todos as informações contidas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) (Resolução CONAMA nº 1/1986); b) Selo Ruído, previsto na Resolução CONAMA nº 20/1994, que instituiu o Programa Nacional de Controle de Poluição Sonora; c) Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, o qual deve ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) (art. 9º, X, da Lei nº 6.938/1981); d) Obrigatoriedade de publicação do pedido de licenciamento ambiental, conforme previsão do artigo 10, § 1º, da Lei nº 6.938/1981; e)

³⁷ ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental*: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015, p. 62.

Lei nº 10.650/2003, a qual estabelece que os órgãos e entidades públicas ambientais são obrigados a permitir o acesso de qualquer pessoa a documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental, bem como fornecer quaisquer informações relativas ao meio ambiente que estejam sob sua guarda; f) Lei nº 11.428/2006, que inseriu como princípio a transparência das informações ambientais; g) Avisos publicitários, quando o produto pode causar males à saúde do consumidor (*e.g.* cigarro).

4.11.2 Princípio da educação ambiental

O direito à informação não é, de maneira isolada, suficiente ao exercício da democracia ambiental, uma vez que a sociedade deve ser capaz de interpretar os dados que lhes são fornecidos. Incumbe, dessa forma, ao Poder Público a promoção da educação ambiental para que a sociedade tenha consciência ecológica³⁸.

A Constituição Federal prevê expressamente a educação ambiental em seu artigo 225, § 1º, VI, ao determinar que incumbe ao Poder Público a promoção da “educação ambiental em todos os seus níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. E a leitura desse dispositivo constitucional nos permite verificar duas coisas distintas: a) conscientização pública para a preservação do meio ambiente; b) educação ambiental.

O artigo 1º da Lei nº 9.795/1999 define o papel instrumental da educação ambiental, dispondo:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Da leitura do dispositivo pode-se concluir que a educação ambiental é meio, enquanto a consciência ambiental é fim, na medida em que esta não fica restrita a ser obtida somente por aquele mecanismo³⁹.

É evidente que os resultados da educação ambiental serão obtidos a longo prazo, mas tal demora será compensada pela solidez e disseminação de tais resultados para as futuras gerações.

Outrossim, a importância da educação ambiental foi destacada no Princípio 19 da Declaração de Estocolmo de 1972 (ONU, 1972):

É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos.

Resta nítido, portanto, que a educação ambiental constitui um dos instrumentos essenciais à implementação do princípio da participação, visto que a sociedade somente poderá atuar efetivamente nas questões ambientais se possuir informações sobre tal assunto e, também, se tiver a capacidade de refletir a respeito, de modo a fazer um juízo

38 *Ibidem*, p. 62.

39 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquizofrenizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 315.

de valor para tomada de atitude em prol do meio ambiente.

4.12 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção foi positivado no âmbito internacional pela Convenção sobre Direito do Mar de 1982⁴⁰.

No Brasil, a prevenção encontra-se expressa no artigo 225 da Constituição Federal, que estabelece à coletividade e ao Poder Público o dever de proteger e preservar o equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações.

O princípio da prevenção está sempre ligado à ideia de cuidado, de cautela, de uma conduta a ser tomada para evitar a ocorrência de um dano⁴¹. Esse princípio será aplicado nos casos em que há comprovação do risco da atividade de forma clara na ciência⁴². O risco de dano, do ponto de vista da prevenção, se embasa necessariamente em uma certeza científica. Trata-se do perigo, que é o risco constatado, conhecido e provado.

Como esclarece Luchesi, o princípio da prevenção:

[...] é aquele que se destina a combater danos certos e conhecidos, previamente diagnosticados por critérios científicos. Como se vê, o princípio da prevenção surgiu para impedir danos e agressões ambientais na presença de riscos certos e previamente identificados, com práticas de prevenção que buscam eliminar ou reduzir danos, preconizando a adoção de medidas antecipatórias⁴³.

Vislumbram-se três elementos de fundo no princípio da prevenção: a) altíssima e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo; c) o ônus estatal de produzir a prova da excludente reserva do possível ou outra excludente de causalidade, no caso da configuração do evento danoso⁴⁴.

São exemplos de prevenção: a) o limite de velocidade nas estradas; b) as campanhas de combate às DST e AIDS incentivando o uso de preservativos; c) a limitação do número de pessoas que podem estar presentes em determinado recinto (um teatro, por exemplo); d) os exames médicos que antecedem uma intervenção cirúrgica; e) o Estudo de Impacto Ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF); f) a Lei nº 12.546/2011, que proíbe o ato de fumar em locais de uso coletivo, públicos ou privados; g) a obrigação de uso de equipamentos ou tecnologias em atividade industrial que gere gases que contribuam para o efeito estufa, visando à eliminação ou diminuição do lançamento de tais gases que na atmosfera; h) o artigo 160 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943), que estabelece o dever de inspeção prévia e aprovação das instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho como condições para início das atividades de um estabelecimento; i) o artigo 163 da CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943), que dispõe sobre a constituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), dentre outros.

Percebe-se, assim, que a prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. Evitar e/ou mitigar danos está entre uma das questões centrais e um dos maiores desafios para a responsabilidade civil do século XXI. Busca tal princípio, ao invés de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador), pela via da indeniza-

40 ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental*: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66.

41 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquemático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331.

42 ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental*: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.

43 LUCHESE, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*. São Paulo: SRS, 2011, p. 51.

44 WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução*: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

ção, conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever de evitar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou para reduzir a sua magnitude. Caso o dano já tenha sido produzido, deve-se evitar seu agravamento⁴⁵.

A eliminação prévia dos riscos de danos encontra o seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamentos prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares. Setores econômicos inteiros passam, assim, a sofrer uma regulamentação intensa para a administração satisfatória dos riscos de acidentes. Adicionalmente, impõe-se a fiscalização eficiente por parte do Poder Público no que tange ao cumprimento destas normas, sobretudo pelos agentes econômicos que ostentem maior potencial lesivo, sem a qual todo esforço regulamentar se torna inútil⁴⁶.

Tanto o princípio da prevenção quanto o princípio da precaução buscam prevenir, levando em conta o fato de que os danos ambientais costumam ser graves e irreversíveis: uma floresta desmatada leva anos para ser reflorestada e a configuração original jamais é recuperada. Daí o reconhecimento da importância do princípio da prevenção, pois é preciso priorizar medidas que evitem a ocorrência de danos⁴⁷. Nesse contexto, a tutela do bem difuso ambiental se dá de forma preferencialmente preventiva, pois a coação posterior revela-se ineficaz.

Enquanto o princípio da prevenção lida com riscos constatados, conhecidos e

provados, o princípio da precaução opera diante de perigos desconhecidos, embora prováveis. A precaução se volta, portanto, para o perigo abstrato. O princípio da prevenção instrumentaliza-se através de medidas acautelatórias que objetivam impedir a degradação ambiental. O melhor exemplo de prevenção talvez seja o Estudo de Impacto Ambiental, previsto no artigo 225, §1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Embora haja tendência minoritária apontando suposta equivalência terminológica⁴⁸, Betiol adverte que a diferença entre o princípio da prevenção e o da precaução reside no momento em que um e outro podem ser aplicados:

A precaução antecederia a prevenção por buscar evitar o risco de dano ambiental, entendido esse risco como a probabilidade de ocorrência de um evento definido, em vez de tão somente evitar o dano. Apesar de parecer um jogo de palavras, a precaução seria a aplicação da prevenção do dano ambiental no tempo certo⁴⁹.

Em outras palavras, a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis. Só se fala em princípio da prevenção quando há certeza sobre a relação de causa e efeito danoso. Já o princípio da precaução será aplicado antes dessa certeza, buscando-se, com tal aplicação, não correr riscos, atuando antes mesmo de se saber se há algum risco na atividade em estudo.

Por conseguinte, a finalidade da prevenção é evitar a ocorrência de eventos previsíveis e constitui uma conduta racional ante um mal que a ciência pode objetivar e mensurar,

45 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87.

46 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 229.

47 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

48 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 166.

49 BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52.

que se move dentro das certezas da ciência.

4.13 Princípio da precaução

Não obstante a importância de todos os princípios do Direito Ambiental, é preciso destacar que o princípio da precaução constitui o principal norteador das políticas ambientais, uma vez que se reporta à função primordial de evitar os riscos e a ocorrência de danos ao meio ambiente. Prevenir a degradação ambiental passou a ser preocupação constante de todos aqueles que buscam melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações⁵⁰.

O princípio da precaução corresponde à essência do Direito Ambiental, pois esse princípio, conforme pondera Derani:

[...] indica uma atuação racional para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais numa espécie de *Daseinvorsorge* ou *Zukunftvorsorge* (cuidado, precaução com a existência ou com o futuro), que vai além de simples medidas para afastar o perigo. Na verdade é uma precaução contra o risco, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. O emprego desse princípio está anterior à manifestação do perigo⁵¹.

Sua premissa reside na “necessidade de estabelecer certeza e evitar danos graves”⁵² partindo da observação do caso concreto, pois, como adverte Bestani, não há uma coerência entre casos⁵³: cada caso será, de algum

modo, diferente dos outros, contendo fatos, incertezas, circunstâncias próprias e pessoas a quem compete decidir.

Na linha das opções valorativas da Constituição Federal, a proteção ao meio ambiente deve prevalecer sobre os riscos, adotando-se uma postura prudente de precaução. Isso se reflete, de modo firme e decisivo, ainda que não haja certeza científica acerca das linhas causais entre os riscos e os danos, potenciais ou efetivos.

Assim sendo, o mero risco de dano autoriza que sejam adotadas medidas prévias necessárias para evitar que o dano ocorra. Convém frisar, porém, que a aplicação desse princípio não significa, em todos os casos, a paralisação da atividade potencialmente degradadora. Pode-se aplicar o princípio da precaução não para impedir, mas para controlar, com rigor e cautela, a atividade⁵⁴.

A precaução deve ser vista como um princípio que antecede o princípio da prevenção, na medida em que sua preocupação não é evitar o dano ambiental (prevenção), mas, antes disso, evitar qualquer risco de dano ao meio ambiente, na medida em que o caráter essencial e de difícil renovação dos recursos ambientais determina que o cuidado seja redobrado⁵⁵.

Em caso de absoluta incerteza científica acerca da potencialidade de um dano ambiental decorrente de determinado comportamento, deverá entrar em cena o princípio da precaução para que se evite risco futuro.

Verifica-se, então, que a precaução tem uma finalidade mais nobre do que a prevenção, na medida em que a primeira diz respeito a medidas de correção ou eliminação de danos previsíveis e a segunda tem a tarefa de evitar um risco, até então, imprevisto.

50 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquizematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

51 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149-150.

52 SANDS, Philippe. Obra. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 40.

53 BESTANI, Adriana. *Principio de precaución*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 22.

54 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

55 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquizematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 332.

Não se trata, como bem adverte Wedy⁵⁶, de uma mera recomendação programática de conduta (*soft law*), mas de um princípio imperativo e cogente que constitui um instrumento para gestão de riscos adotado entre nações no plano internacional.

São exemplos de precaução:

a) a Lei nº 11.105/2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção e a manipulação de organismos geneticamente modificados, considerando que a ciência não consegue prever inequivocamente os seus efeitos, representando forte probabilidade de prejuízos aos seus consumidores e ao meio ambiente⁵⁷;

b) a concessão de licença ou registro mediante monitoramento da atividade durante certo período;

c) a suspensão da xenotransplantação pela Recomendação R (97) 15, de 30 de junho de 1997, do Conselho da Europa. É certo que diante da situação vivida por muitas pessoas, que agonizam à espera de um órgão transplantável, pensou-se na utilização de órgãos de animais, especialmente dos primatas superiores. Mas isso poderia causar a extinção de espécies animais. Então, outra hipótese foi levantada, a criação de animais geneticamente modificados (transgênicos), especialmente porcos, contendo órgãos com características humanas, com a finalidade única de utilizá-los para transplantes. Entretanto, um obstáculo surgiu para impedir o início dos ensaios clínicos em seres humanos: o risco de transmissão de enfermidades possivelmente pre-

sentes no organismo doador, pois os cientistas detectaram um tipo de retrovírus no sangue suíno. Os efetivos riscos de transmissão de doenças são desconhecidos, mas potencialmente consideráveis e não foi possível até o momento estabelecer sua magnitude, nem seu efeito quantitativo. Além disso, poderiam ser transmitidos outros vírus ou doenças ainda não identificadas;

d) a proibição do comércio de alimentos atingidos por radiação nuclear no caso



Fonte: www.iusnatura.com.br

de Chernobyl, ocorrido em 1986. O Poder Judiciário, à época, impediu a comercialização de carne bovina proveniente daquela região porque não havia como se saber com absoluta certeza se a carne importada pelo Brasil causaria danos à saúde da população. Talvez até não causasse, pois não se sabia ao certo se a radiação havia atingido, e em que extensão, o rebanho abatido. Todavia, por cautela, se preferiu não expor a população ao risco de ocorrência de danos à saúde em face de possível contaminação da carne bovina proveniente da extinta URSS;

e) nos casos de “vaca louca” e gripe aviária, a determinação de isolamento dos locais onde ocorreram os casos da doença e abate dos animais, mas não apenas os doentes;

f) a proibição do uso da pílula anticâncer (fosfoetanolamina), tendo o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo Regimental 2194962-67.2015.8.26.0000/50080 decidido, por maioria de votos, que é irresponsável liberar

56 WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 36.

57 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados. In: LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (Orgs.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 307.

substância química que promete cura de uma doença sem o mínimo rigor científico e ainda com duvidosa eficácia;

g) a regulamentação específica sobre a liberação e o descarte, no meio ambiente, de organismo geneticamente modificado;

h) a proibição do uso de determinados fertilizantes ou defensivos agrícolas.

Talvez seja possível identificar o embrião do princípio da precaução na máxima *primum non nocere*, atribuída a Hipócrates (princípio da não-maleficência), que impõe ao profissional da medicina a obrigação de não causar dano e aplicar a melhor técnica aos pacientes⁵⁸⁻⁵⁹. Também se vislumbra, por sua vez, a precaução como uma ideia de Justiça, retirada de textos clássicos do Direito Romano, especialmente na chamada trilogia do jurista Ulpiano: “Os princípios do direito são: viver honestamente, a ninguém prejudicar, dar a cada um o que é seu”.

Não obstante essas possíveis e remotas referências, a gênese do princípio da prevenção data do final da década de 1960, com a Lei de Proteção Ambiental Sueca de 1969 (*Miljöskyddslag*), bem como com a Lei Federal Alemã de Proteção Contra Emissões, de 1974 (*Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG*), a qual prevê o *Vorsorgeprinzip*⁶⁰.

Em termos doutrinários, o filósofo alemão Hans Jonas já advertia, em 1979, sobre os riscos de catástrofes mundiais decorrentes do uso de novas tecnologias (a exemplo da clonagem e da energia nuclear), clamando para

a tomada de medidas precaucionais ligadas a uma ética do futuro⁶¹.

No âmbito internacional, como observa Custodio⁶², as primeiras aparições do princípio remontam à década de 1980, com a Carta Mundial da Natureza (1982), o Protocolo de Montreal (1987), a Convenção de Viena (1987) e a Declaração de Londres (1987).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução é expressamente enunciado em três momentos: a) na Declaração do Rio de 1992; b) na Convenção sobre Diversidade Biológica; c) na Convenção-Quadro das Nações Unidas de Mudanças Climáticas.

Betiol aponta, nesse sentido, que o Decreto que promulgou a Convenção-Quadro das Nações Unidas de Mudanças Climáticas (Decreto nº 2.652/1998) e a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) são instrumentos hábeis a demonstrar, em termos de normas positivadas, a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução⁶³.

No Decreto nº 2.652/1998, o princípio da precaução é tratado nos seguintes termos:

Art. 3º. [...] 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar

58 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16.

59 ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, Coimbra, n. 22, 2008, p. 21.

60 CUSTODIO, Vinícius Monte. A energia nuclear e o princípio da precaução. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, Coimbra, n. 32, 2014, p. 106.

61 JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC, 2006.

62 CUSTODIO, Vinícius Monte. A energia nuclear e o princípio da precaução. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, Coimbra, n. 32, 2014, p. 106.

63 BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53-54.

a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível.

Já na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), o legislador, no artigo 1º, trata expressamente do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Nesse caso, a busca pela aplicação do princípio da precaução, em vez do princípio da prevenção, tem estreita ligação com a matéria ali regulada, porque não se pode negar a existência de riscos para os seres humanos, os animais e as plantas, ao ser realizada uma manipulação genética.

Um dos instrumentos mais representativos, no âmbito internacional, a consagrar o princípio da precaução, foi a Declaração do Rio de Janeiro, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em 1992, a qual estabelece em seu Princípio 15:

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não

deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

O que se extrai dessa Declaração, e das demais que se seguiram a ela e que foram ratificadas pelo governo brasileiro, é que, apesar das convenções diferirem quanto à redação do princípio da precaução, as finalidades são semelhantes: impedir que a incerteza científica milite contra o meio ambiente⁶⁴.

Ademais, o princípio da precaução também foi incorporado pela denominada Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), quando, em seu artigo 54, § 3º, sanciona o poluidor que tiver deixado de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, com pena de reclusão de um a cinco anos.

5 Considerações finais

O meio ambiente, não faz muito tempo, era um tema de menor importância na literatura jurídica. Essa indiferença foi desaparecendo paulatinamente na medida em que se percebeu todos os aspectos negativos decorrentes da degradação ambiental. Sabe-se, hoje, que o futuro do ser humano exige que se tenha uma postura respeitosa, precavida e prudente em relação ao meio ambiente, considerando este um valor em si mesmo.

Nesse contexto, a principiologia ambiental deve iluminar o horizonte das regras de Direito Ambiental e apontar o rumo que o intérprete poderá trilhar. Isso porque os princípios possuem grande força na investigação das fontes primárias de criação dos modelos jurídicos, permitindo ao aplicador do Direito o exato alcance do caso concreto, bem como da consciência jurídica vigente em determinada cultura. Não são, portanto, mera advertência

64 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333.

ou recomendação (*soft law*).

Paralelamente à aplicação preventiva do Direito Ambiental, tem-se a noção de sociedade de risco, onde a ciência e a tecnologia modernas criaram um modelo no qual o sucesso na produção de riqueza foi ultrapassado pela produção do risco. A atual modernidade, nesse contexto, é reflexiva, na medida em que se percebe a existência de uma civilização que ameaça a si própria, pois, ao produzir riscos, inevitavelmente também suportará suas consequências, num verdadeiro efeito bumerangue. Criou-se, então, nesse tipo de sociedade, um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo em que o risco constitui elemento estrutural do modelo capitalista, tem-se a ideia de eliminar esse risco. Assim sendo, cumpre ao Direito, portanto, o papel de criar mecanismos de controle, discernindo as noções do que é permitido e do que é aceitável.

Com efeito, a tutela do meio ambiente reconhece hoje que seu objeto não é mais individualizado e cercado de absoluta certeza, mas abrange os perigos que, embora prováveis, não são certos. Na seara ambiental, isso se põe de modo particularmente forte, na medida em que muitas e variadas são as particularidades que o dano ambiental agrega. Exigir a culpa como fundamento genérico de responsabilização seria, atualmente, equivocado, pois não atenderia às exigências sociais. Cresce, assim, a percepção de que mais importante do que imputar reparações é preservar o bem jurídico que, violado, quase sempre não aceita adequada recomposição.

Por conseguinte, no Direito Ambiental moderno, cujas demandas dependem de respostas mais eficazes, ao lado dos princípios clássicos, assumem importância fundamental os princípios da precaução e da prevenção.

Referências

ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2010.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental*: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente* (CEDOUA), Coimbra, n. 22, 2008, p. 9-57.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental*. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: BRASIL. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, DF, 2011. p. 55-72. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>. Acesso em: 10 out. 2020.

BESTANI, Adriana. *Principio de precaución*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986*. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Brasília, DF, 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998*. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999*. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011*. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras

(Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva, altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.198.727/MG*. 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08 de maio de 2013d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1167304&num_registro=20100113499&data=20130509&formato=PDF. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4901*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355097>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4902*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355128>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4903*. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355144>. Acesso em: 10 out. 2020.

CUSTODIO, Vinícius Monte. A energia nuclear e o princípio da precaução. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA)*, Coimbra, n. 32, 2014, p. 97-110. Disponível em: https://www.academia.edu/19602725/A_energia_nuclear_e_o_princ%C3%ADpio_da_precau%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 10 jun. 2016.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GARDNER, Daniel. *Risco: a ciência e a política do medo*. Tradução de Léa Viveiros de Castro e Eduardo Süsskind. Rio de Janeiro: Odisséia, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC, 2006.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-12.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEMONS, Haroldo M. O homem e o meio ambiente. *Fórum Universidade e o Desenvolvimento Sustentável*, Anais: 3-12. Rio de Janeiro: Fundação MUDS, Universidade Federal Fluminense, 1991.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUCESI, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*. São Paulo: SRS, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-206.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)*, adotada de 3 a 14 de junho de 1992. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANDS, Philippe. Obra. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-46.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SETZER, Joana. *Panorama do princípio da precaução: o direito do ambiente face aos novos riscos e incertezas*. 2007. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

THOMÉ, Romeu. *O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: Juspodivm, 2014.

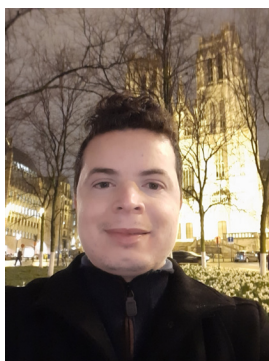
WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados. In: LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (Orgs.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 299-321.

Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa¹

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



Advogado e consultor jurídico. Membro consultor da Comissão Especial de Direito Penal Econômico, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Integra o grupo de investigação “Estado, Instituciones y Desarrollo”, da “Asociación Latinoamericana de Ciencia Política” e o comitê de pesquisa “Systemes judiciaires comparés” da “Association Internationale de Science Politique”. Mestrando em Política Criminal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Kursou o Programa Avançado em *Compliance* pelo “Institute for Advanced Management – CEU IAM” (Espanha). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

RESUMO: O estudo versa sobre as modificações advindas do acréscimo do § 9º ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013. Em razão da nova redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, vedam-se a progressão de regime, o livramento condicional e outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo. A problemática consiste em identificar se a proibição de progressão de regime se assemelha a alguma modalidade de sistema penitenciário, se as referidas mudanças são constitucionais e se respeitam os direitos humanos. A metodologia utilizada baseia-se na análise de normas, nacionais e internacionais, bem como na pesquisa de doutrina e jurisprudência. Ao final desse estudo, verifica-se que a nova lei se aproxima do sistema penitenciário pensilvânico ou celular; atende ao princípio da individualização da pena, sendo constitucional e compatível com o princípio da convencionalidade de normas internacionais, mormente com as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas penitenciários. Vedação de progressão de regime. Organização criminosa. Constitucionalidade. Convencionalidade.

¹ Artigo anteriormente publicado na *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, v. 111, n. 2, p. 268-288, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/586/110>. Acesso em: 18 jan. 2021.

ABSTRACT: The study deals with the modifications resulting from the addition of § 9º to art. 2º of law nº 12.850/2013. Due to the new wording provided by law nº 13.964/2019, the progression of the regime, conditional release and other prison benefits to those convicted of belonging to a criminal organization or crimes committed through a criminal organization that still maintain an associative bond are prohibited. The problem is to identify whether the prohibition on regime progression is similar to any type of prison system; whether these changes are constitutional and whether human rights are respected. The methodology used is based on the analysis of national and international standards, as well as on doctrine and jurisprudence research. In the end, it appears that the new law is approaching the pensilvanic system or cellular penitentiary system; complies with the principle of individualization of punishment, being constitutional and compatible with the principle of conventionality in international standards, in particular with the United Nations Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

KEYWORDS: Penitentiary systems. Prohibition of regime progression. Criminal organization. Constitutionality. Conventionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Modelos de sistema penitenciário. 2.1 Sistema pensilvânico ou celular. 2.2 Sistema auburniano. 2.3 Sistema progressivo. 2.4 Regimes de cumprimento da pena (fechado, aberto, semiaberto). 3 Mudanças advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013. 3.1 Requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime. 3.2 Requisitos para obtenção de saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas (outros benefícios penais). 3.3 Conceito de organização criminosa. 4 Constitucionalidade da vedação de progressão face ao princípio da individualização da pena. 5 Convencionalidade da lei face às normas de direitos humanos. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Trata-se de estudo que analisa a vedação de progressão de regime aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem praticado crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo, prevista na Lei nº 13.964/2019, bem como aprecia a constitucionalidade em face do princípio da individualização da pena e da convencionalidade de tal legislação à luz do direito internacional.

A temática é sobremodo relevante em razão de nova legislação ter modificado a legislação penal, especificamente no que se refere à execução da pena.

Afigura-se pertinente o estudo, porquanto a Lei nº 13.964/2019 foi publicada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor trinta dias depois, ensejando mudança profunda na seara penal.

Desse modo, objetiva-se identificar os modelos de sistemas penitenciários (pensilvânico ou celular, auburniano e o progressivo);

as características e requisitos da progressão de pena; os regimes de cumprimento da pena (fechado, semiaberto e aberto); o conceito de organização criminosa; os requisitos para saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas. Outrossim, tem por escopo analisar as teorias a respeito desse assunto; examinar a modificação ocorrida pela nova lei com base no princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal de 1988 (CF/88); bem como verificar a compatibilidade com normas de direitos humanos.

A metodologia a ser utilizada consiste na análise de legislação, doutrina nacional e estrangeira e jurisprudência pátria. Em razão do controle de convencionalidade, também serão utilizadas normas internacionais sobre direitos humanos.

A problemática consiste em identificar qual sistema penitenciário de cumprimento de pena (pensilvânico ou celular, auburniano e progressivo) se assemelha à proibição de progressão de regime disposto na Lei nº 13.964/2019; distinguir os regimes de execução da pena (fechado, semiaberto ou aberto); identificar mudanças advindas em razão do § 9º, acrescido ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, em decorrência da Lei nº 13.964/2019. Por fim, resta identificar se essas mudanças são constitucionais e convencionais, ou seja, compatíveis com as normas de direitos humanos.

A proposição exposta é de que a vedação de progressão de regime, de livramento condicional ou de outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa é um modelo de sistema penitenciário adotado – o pensilvânico ou o celular –, em razão da maior periculosidade do agente, da capacidade de comandar os outros presos e de cometer novos delitos. Nesse sentido, nega-se a ampliação da liberdade decorrente da mudança de regime – progressão da pena –, bem como

proíbe-se a saída antecipada do estabelecimento prisional, devendo ser cumprida a pena em sua inteireza, conforme fora condenado, sem benefícios como o livramento condicional ou outros benefícios penais.

A modificação legislativa atende ao princípio da individualização da pena, esculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, compatibiliza-se, ainda, com normas internacionais de direitos humanos, a exemplo das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”, assim como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Em face da compatibilidade com normas de direitos humanos, a referida alteração legislativa atende ao requisito da convencionalidade de normas.

2 Modelos de sistema penitenciário

Antes de adentrar especificamente em sistema penitenciário, afigura-se útil tecer alguns comentários sobre a prisão como elemento sancionador. Historicamente, a pena de prisão, como decorrência de sanção criminal, é fenômeno moderno. Conforme lição de Von Liszt, as chamadas casas de correção foram aparecendo, sucessivamente, no fim do século XVI e começo do século XVII:

[...] Londres em 1550, Amsterdam em 1595 e 1596, Lubech e Bremen em 1613, Hamburgo em 1619, etc., destinadas aos vagabundos e ociosos, aos mendigos, às mulheres libertinas, aos criados incorrigíveis e aos meninos viciados, tinham a princípio o caráter de estabelecimentos de educação forçada. Mas já no decurso do século XVII começou-se a encerrar nelas, para segurança da sociedade, criminosos condenados, com o que aqueles estabelecimentos foram desviados do seu primitivo destino. No século XVIII as casas de correção hospedavam indivíduos das classes mais diversas,

aglomerados em espaços insuficientes, sem a necessária inspeção e sem correspondente ocupação².

As precursoras das prisões modernas foram a de Franci, aberta em Florença em 1677, que utilizava a figura da prisão celular, bem como a casa de correção erigida em Roma, no ano de 1704, por Clemente XI, destinada aos moços pervertidos, sendo executado trabalho comum de forma silenciosa durante o dia e o recolhimento à prisão no período noturno. Mas a predominância de pena restritiva da liberdade humana e a imposição de prisão propriamente dita só tiveram seu começo com a casa de correção de Gand, em 1772, na qual os apenados trabalhavam em comum durante o dia e ficavam em suas celas no período noturno. Por volta de 1773, John Howard realizou estudos na Inglaterra e no continente da Europa, tendo publicado, em 1777, a obra “The state of prisons in England and Wales”³.

Disso resulta que, desde o início do estabelecimento da pena privativa de liberdade como sanção derivada de ilícito penal, buscou-se estudar e comparar os tipos de prisão e suas características. Considerando a necessidade de regular a forma de cumprimento da pena, bem como disciplinar o sistema prisional, impõe-se um conjunto de regras regedoras do funcionamento dos presídios, e a disciplina carcerária, daí surge a ideia de “sistema penitenciário”.

Nessa perspectiva, quando se fala em “sistema penitenciário”, faz-se referência às diretrizes e aos elementos essenciais da execução das penas privativas de liberdade. Por seu turno, o regime penitenciário é composto de conjunto de normas que regula a vida dos reclusos no estabelecimento prisional. As normas atinentes ao regime penitenciário

impostas aos presos serão influenciadas pelo sistema penitenciário adotado⁴.

Por sua vez, direito penitenciário refere-se ao conjunto de normas disciplinadoras da execução da pena, da modalidade da reação punitiva, ou seja, alude aos sujeitos da execução, aos organismos competentes, ao rito administrativo e à tutela dos direitos dos condenados⁵.

Assim, a execução da pena ocorrerá em conformidade com o sistema penitenciário adotado. Corroborando Muñoz Conde, asseverando que sistema penitenciário consiste num conjunto de normas que regula o funcionamento interno das prisões, orientadas consoante a finalidade perquirida com a privação da liberdade⁶.

Em outras palavras, o modelo de prisão adotado por determinado ordenamento jurídico se baseará de acordo com o escopo a ser atingido com a restrição à liberdade da pessoa humana.

A doutrina aponta três modelos de sistemas penitenciários, quais sejam: o *pensilvânico*, o *auburniano* e o *progressivo*.

2.1 Sistema pensilvânico ou celular

Esse sistema penitenciário decorreu das insatisfações demonstradas pelas colônias dos Estados Unidos, uma das quais era sobre o envio de criminosos ingleses à América (1775). Além disso, a sociedade de prisões da Filadélfia obteve vitória ao limitar a pena de morte, bem como conseguiu que fosse utilizado na penitenciária de Walnutstreet (Filadélfia, 1790) o regime de prisão celular durante o

2 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 416 e 417.

3 *Ibidem*, p. 417.

4 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Re-presión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 266.

5 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 51.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 555.

dia e a noite⁷. Para implementação do sistema pensilvânico ou celular, Bitencourt explicita:

[...] Ordenou-se, por meio de uma lei, a construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de *Walnut Street* (construída em 1776), com o fim de aplicar o *solitary confinement* aos condenados. Não se aplicou, contudo, o sistema celular completo; impôs-se o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos; os outros foram mantidos em celas comuns; a estes, por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia. Aplicou-se a rigorosa lei do silêncio⁸.

Os antecedentes históricos mais importantes sobre o sistema penitenciário pensilvânico ou celular ocorreram nos Estados Unidos da América, também em razão das ideias de Howard, ao indicar a disciplina como fator para reforma moral do apenado.

Tal modelo surgiu no final do século XVIII, caracterizando-se pelo isolamento absoluto dos reclusos entre si e com o mundo exterior. O escopo era promover o arrependimento moral do apenado por meio da meditação, do silêncio e do isolamento, como forma de evitar a propagação de ideias ilícitas entre os presos⁹. Assim,

[...] Benjamin Franklin difundiu as ideias de Howard, especialmente no que se refere ao isolamento do preso, que será uma das características fundamentais do sistema celular pensilvânico¹⁰.

Entre os benefícios do isolamento absoluto, destacam-se a facilitação de vigilância sobre os presos; a inibição de corrupção e associações delitivas no interior do cárcere; o favorecimento do aprendizado de trabalho na própria cela e a reflexão sobre o mal causado, estimulando a mudança de pensamentos e de atitudes ¹¹.

2.2 Sistema auburniano

Em seguida, surgiu o sistema auburniano, que deriva do nome da cidade de Auburn, em Nova York.

[...] Se o Estado da Pensilvânia adquiriu celebridade por seu sistema penitenciário baseado no isolamento celular diurno e noturno, o estado de Nova York logo ganhou fama com a implantação de um novo regime carcerário, o chamado sistema de Auburn¹².

Isso porque, em 1823, foi substituído o *solitary-system* pelo *silente-system*. Em outras palavras, deixou-se o sistema de isolamento total do indivíduo para o sistema coletivo de trabalho, porém, de forma silenciosa. No sistema auburniano, o trabalho e o silêncio eram obrigatórios; no caso de indisciplina, os presos sofriam severas sanções¹³.

Com a implantação desse sistema penitenciário, implantou-se o trabalho em comum, realizado em oficinas, sendo que os reclusos executavam trabalhos próprios da indústria¹⁴.

7 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 418.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91-92.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 555.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*.

Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

11 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 570.

12 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 311-312.

13 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 418.

14 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 570.

Os defensores desse sistema apontavam as seguintes vantagens:

[...] 1. Economia de construção [os presos ficavam em isolamento somente no período noturno, tendo vida comum durante o dia, sob a regra do silêncio. Desse modo, não era necessário construir inúmeras celas individuais, diminuindo os custos de construção]; 2. Redução de gastos mediante o trabalho coletivo; 3. Evitar os maus efeitos do isolamento completo; 4. Evitar a contaminação moral por meio da regra do silêncio. Esse sistema, talvez por adaptar-se melhor ao sentido prático dos americanos, pois permitia combinar uma dura disciplina com um trabalho produtivo, foi adotado na maioria das prisões dos Estados Unidos¹⁵.

Posto isso, o modelo auburniano consiste no trabalho coletivo realizado pelos apenados, de modo a ter uma atividade a ser feita durante o dia e com a finalidade também de torná-los mais produtivos. Ademais, caracteriza-se ainda pelo silêncio e isolamento noturno¹⁶.

2.3 Sistema progressivo

Esse sistema é conhecido como irlandês, por ter sido aplicado na Irlanda de forma legal por obra de Sir Walter Crofton, a despeito de ter sido iniciado pelo capitão Maconochie, que o implantara na ilha de Norfolk. Encaminhavam para esta ilha os piores delinquentes da Inglaterra, sendo comuns revoltas em razão do rigor aplicado. Diante disso, Maconochie projetou um sistema mais benéfico, no qual o recluso que tivesse bom desempenho tanto

na disciplina quanto no trabalho receberia o benefício de ser liberado da prisão antes do tempo previsto na condenação. O bom comportamento era recompensando e, após certo tempo, era concedida a liberdade condicional¹⁷.

De fato, a maioria dos estabelecimentos penitenciários da atualidade utilizam o sistema progressivo, tendo o grande diferencial de preparar, por etapas, o apenado para a vida em liberdade, de modo a saber conviver com outras pessoas no ambiente social. Caracteriza-se, essencialmente, por períodos distintos durante o cumprimento da pena, graduando-se a rigidez com a progressiva liberdade, progredindo ou regredindo, a depender da boa ou má conduta do preso¹⁸.

Nesse sistema existem quatro períodos¹⁹. No primeiro período, é utilizado o sistema filadélfico (celular), sendo o apenado mantido recluso durante o dia e a noite. No segundo momento, é aplicado o sistema auburniano, com trabalho coletivo de forma silenciosa no período diurno e reclusão celular no período noturno. Os presos que mais se destacam na atividade laborativa são premiados e, ao passar de uma classe para outra, recebem maior remuneração e outras vantagens. A terceira etapa consiste na preparação do condenado para a vida em liberdade, ocasião em que o apenado trabalha ao ar livre, especialmente em colônia agrícola. Por fim, no quarto período, o preso recebe o benefício do livramento condicional se tiver desempenhado um bom trabalho e ostentar um bom comportamento.

15 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Repressão del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 312-313.

16 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

17 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 571.

18 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

19 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 572.

O modelo de sistema penitenciário espanhol assemelha-se ao brasileiro, na medida em que há graus de liberdade, tendo, por início, a fase de isolamento, depois, o favorecimento de contatos com o mundo exterior, para, em seguida, ter a pré-liberdade e o livramento condicional²⁰.

Nessa modalidade, a liberdade é concedida aos poucos, progressivamente. Caracteriza-se por liberação gradual do apenado comparativamente ao rigor carcerário, adaptando-o para a vida em sociedade, após o cumprimento da pena.

2.4 Regimes de cumprimento da pena (fechado, semiaberto, aberto)

Do cometimento de ilícito penal decorre a respectiva sanção. Considerando a necessidade de adaptar as diversas formas de delinquência, distinguir a pena dos crimes graves e leves, bem como existir lei prévia autorizando aplicação diferenciada de punição, adota-se a pluralidade de penas²¹.

Em razão da pluralidade de penas, existem três tipos de regime de cumprimento de pena, de modo a adaptar de acordo com a reprovabilidade da conduta. A execução da condenação pode ocorrer no regime fechado, semiaberto e aberto.

No regime fechado, a execução da pena será feita em estabelecimento de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, a pena será cumprida em colônia agrícola, industrial ou outra similar. Por fim, no regime aberto, a pena será cumprida em casa de albergado ou outra semelhante, conforme artigo 33, § 1º, “a”, “b” e “c” do Código Penal. O sistema progressivo é o adotado de modo geral, conforme o § 2º do artigo 33 do Cód-

go Penal Brasileiro. Igualmente, o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) estabelece:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...] (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Sem dúvida, o sistema progressivo é o que melhor atende à função ressocializadora da pena, pois tem o condão de estimular pedagogicamente o preso a ter um bom comportamento e a trabalhar, de modo que, quando obtiver a liberdade, poderá ter uma vida normal, como a de qualquer outro cidadão.



Fonte: www.verfilmeshd.gratis

3 Mudanças advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013

O artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime) acrescentou dois parágrafos à Lei nº 12.850/2013, que trata sobre organização criminosa. O objeto do presente estudo se concentrará na inclusão do § 9º ao artigo 2º

20 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

21 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 545.

da Lei nº 12.850/2013, que trata da vedação de progressão de regime aos integrantes que tenham pertencido a uma organização criminosa ou que tenham cometido crimes por meio de organização criminosa.

Em decorrência do § 9º adicionado à Lei nº 12.850/2013, a partir de agora, o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por ter cometido crime por meio da referida organização, com a qual ainda mantinha vínculo associativo, não terá direito à progressão no regime, ao livramento condicional ou a outros benefícios prisionais se ficar caracterizada a manutenção do vínculo associativo.

Nesse caso, distinguem-se os critérios para a progressão da pena ou para a obtenção de outros benefícios entre os presos que tenham se afastado de atividades de associação criminosa. De fato, não se mostra crível a concessão de privilégios diminutivos da pena de prisão quando o condenado ainda continua atuando em prol da organização criminosa, causando graves danos à sociedade. Segue a nova redação do dispositivo:

Art. 2º. [...]

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

O maior rigor imposto decorre do não atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão do regime, porquanto demonstra que o preso não mudou seu comportamento reprovável ao manter vínculo com associação criminosa. Assim, não se verifica a emenda ou a reforma moral, não fazendo jus à saída antecipada do estabelecimento prisional. Consequentemente, deve cumprir todo o período da pena à que fora condenado

na sentença judicial. Ademais, protege-se a sociedade de sofrer novas lesões a bens jurídicos, não devendo ser liberado antes do prazo determinado na decisão do juiz criminal²².

Impende salientar recentes tendências de reformas de sistemas penais que pretendem instrumentalizar o sistema penitenciário em um sistema penal de “asseguramento e neutralização” do autor de graves delitos²³.

Tal perspectiva pode ser dialogada com a teoria preventiva especial da pena, tendo por escopo promover a desistência do autor da prática de futuros crimes²⁴. Vale dizer, objetiva impedir a ocorrência de novos delitos por meio de certa influência sobre o apenado, devendo adaptar-se à personalidade do preso. Para isso, é necessário “intimidar o delinquente ocasional, reeducar o criminoso corrigível e inocuizar o delinquente incorrigível”²⁵.

Desse modo, é necessário maior rigor na punição de crimes decorrentes da *macrocriminalidade*, compreendida esta como o delito de graves consequências, cometido contra a coletividade de pessoas, ocasionando desorganização na estrutura social. Exemplificadamente, crime de organização criminosa, crimes de colarinho branco, lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas, tráfico de armas, crimes contra a incolumidade pública, etc.

Com efeito, as medidas mais rigorosas impostas aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo são necessárias, uma vez que

22 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 62.

23 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 186.

24 ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 85.

25 WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 239.

representam alto risco à sociedade, possuem poder de mando na macrocriminalidade e podem determinar ordens de dentro da prisão para atingir a coletividade.

De fato, o rigor no cumprimento da pena aplicado aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo se assemelha ao sistema penitenciário pensilvânico ou celular, haja vista o isolamento dos presos, entre si e com o mundo exterior, obstando a perpetração de novos delitos de notória gravidade. Ademais, mesmo na obra denominada “Falência da Pena de Prisão”, Cezar Roberto Bitencourt admite, atualmente, a utilização do regime penitenciário pensilvânico ou celular em situações específicas:

[...] Em circunstâncias especiais, admite-se um regime que resulta parecido com o filadélfico. Essas circunstâncias podem ser: a) a separação dos internos em celas individuais durante a noite é a melhor resposta aos problemas que se originam ao encarcerar-se um grupo de pessoas”; c) [...] “*o regime celular também se aplica aos delinquentes perigosos (psicopatas de periculosidade extrema e presos com alto grau de nocividade)*”²⁶.

Portanto, a previsão contida no artigo 2º, § 9º, da Lei nº 12.850/2013, oriunda da Lei nº 13.964/2019, com incidência específica sobre os condenados que ainda mantenham vinculação com organização criminosa, mesmo durante o cumprimento da pena, atende aos preceitos da criminologia, perpassando sobre as conexões e as estruturas subjacentes ao fenômeno delitivo, bem como às nefastas consequências na perspectiva social, de modo a significar um melhoramento do direito penal²⁷.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97, destaquei.

27 KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed.

3.1 Requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime

A progressão no regime é prevista como regra no modelo de sistema penitenciário progressivo. Exposto isso, a progressão consiste na obtenção gradual da liberdade pelo apenado, passando do regime mais rigoroso para o mais brando, adaptando-o para a vida em liberdade após a saída do sistema prisional.

A progressão no regime de pena exige um mínimo de tempo de cumprimento de restrição à liberdade, sendo esse critério chamado de requisito objetivo. Antes da nova legislação (Lei nº 13.964/2019), o tempo mínimo de cumprimento da pena para a progressão de regime era de 1/6 para os delitos em geral (artigo 112 da Lei nº 7.210/1984). Agora, com a recentíssima reforma penal e processual penal, houve ampliação do prazo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, conforme a gravidade da conduta.

No caso do presente estudo, que versa sobre os líderes de organização criminosa, a novel legislação estabelece o requisito de ter cumprido 50% da pena, ou seja, metade do período da condenação para que se obtenha a mudança para o regime mais brando – progressão de regime. O novo texto legal possui a seguinte redação:

Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

[...]

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização

Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p. 31.

criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;

Por sua vez, o requisito subjetivo consiste no bom comportamento do apenado no estabelecimento prisional, baseando-se no mérito. A boa conduta do apenado durante o cumprimento da pena lhe permitirá obter o benefício de transferência para o regime disciplinar mais brando, isto é, com mais liberdade. Considerando que o preso cumpra condenação no estabelecimento prisional, caberá ao respectivo diretor ou ao responsável avaliar objetivamente se o apenado possui boa conduta carcerária, conforme estabelece o § 1º do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984.

Ademais, baseada na nova legislação, somente será cabível a progressão de regime nas hipóteses não vedadas por lei, ou seja, para conceder o benefício aos presos, necessário perscrutar a admissibilidade legal da progressão de regime, que é medida promotora de maior liberdade durante o cumprimento da pena. Em outras palavras, a satisfação de requisitos objetivos e subjetivos não autoriza, por si só, a progressão no regime. A parte final da nova redação do § 1º e § 2º do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 possui os seguintes termos:

Art. 112. [...]

§ 1º. Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, *respeitadas as normas que vedam a progressão*. (destaquei)

Com efeito, considerando a parte final do dispositivo supramencionado, juntamente com o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, não terá direito à progressão de regime o condenado por integrar organização criminosa ou por ter praticado crime por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenha vínculo associativo. O novo dispositivo legal contém a seguinte redação:

Art. 2º [...]

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Disso resulta que o integrante de organização criminosa que não tenha mais vínculo com organização ilícita terá de cumprir metade da pena para progredir de regime. Noutro giro, se o líder ou integrante de organização criminosa ainda mantiver o referido vínculo associativo criminoso, não terá direito à progressão de regime, porquanto não mudara o comportamento, não fazendo jus, portanto, à liberação antecipada.

3.2 Requisitos para obtenção de saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas (outros benefícios penais)

Para os crimes em geral, quando não há óbice legislativo, têm direito à saída temporária os condenados que cumprem pena no regime semiaberto para visitar à família, frequentar curso e outras atividades que promovam o convívio social.

Como requisito para obtenção do benefício de *saída temporária* durante a execução da pena, em geral o apenado deve ter bom comportamento, cumprir um sexto da pena, se primário, ou um quarto, se reincidente, além da compatibilidade do benefício à sanção aplicada (arts. 122 e 123 da Lei nº 7.210/1984). O período máximo de concessão desse benefício é de 35 dias por ano (art. 124 da Lei nº 7.210/1984), devendo ainda ser concedida mediante autorização motivada do juiz. Com a alteração decorrente da Lei nº 13.964/2019, não será concedido o benefício ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte (art. 122, § 2º, Lei nº 7.210/1984).

Posto isso, o juiz pode conceder *livramento condicional* aos condenados em geral à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos se atendidos os pressupostos, dentre os quais: cumprimento de mais de um terço da pena, se o condenado for primário; mais da metade, se reincidente; e mais de dois terços da pena, se for condenado por crime hediondo; além de bom comportamento carcerário, nos termos do artigo 83 do Código Penal. Entrementes, com a alteração decorrente da Lei nº 13.964/2019, não terá direito ao benefício o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por ter praticado crime por meio de organização criminosa (art. 2º, § 9º, Lei nº 12.850/2013).

Registre-se que, durante o tempo de liberdade concedido pelo livramento condicional, se o preso não cometer fato que enseje a revogação do benefício, terá a punibilidade extinta (artigo 90 do Código Penal). Disso resulta que a parte final ou significativa da sentença condenatória não será cumprida com privação de liberdade, sendo considerada cumprida a pena pelo condenado – agora em liberdade –, bastando trabalhar, ir periodicamente ao juízo, não mudar de território sem comunicação, recolher-se em casa em certos horários e não frequentar determinados lugares (art. 132 da Lei nº 7.210/1984). Por isso é um benefício generoso e muito útil aos que realmente modificaram no aspecto moral, ressocializando-se.

Outrossim, a *anistia*, a *graça* e o *indulto* são espécies de “clemência soberana”, sendo originalmente concedidos para diminuir o rigor desproporcional da pena que seria aplicada. A anistia é modalidade de extinção da punibilidade, excluindo os efeitos penais, sendo o delito esquecido juridicamente, tendo por objeto fatos (acontecimentos) reputados como crimes políticos, militares ou eleitorais, não alcançando crimes comuns. Pode ser concedida total ou parcialmente. Cabe ao Congresso Nacional conceder anistia (art. 48, VIII, da CF/88). A graça é concedida pelo Presidente da República aos condenados por

crimes comuns, sendo concedida a indivíduo determinado. O indulto é causa que extingue a punibilidade em razão da natureza do crime e da quantidade da pena aplicada, podendo, ainda, a lei estabelecer outros critérios. Também pode ser parcial ou total, concedido individualmente ou coletivamente. Cabe ao Presidente da República conceder indulto (art. 84, XII, da CF/88). A comutação da pena consiste em modificar a pena aplicada, diminuindo a quantidade da pena ou modificando-a nos termos do decreto concessivo, podendo o condenado recusar à comutação (art. 739 do CPP). Cabe ao Presidente da República comutar penas (art. 84, XII, da CF/88)²⁸.

Assim, a saída temporária, o livramento condicional, a anistia, a graça, o indulto e a comutação de penas são vedados aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham o vínculo associativo. Desse modo, não poderão ser concedidos tais benefícios ou outros de natureza penal aos condenados nessas circunstâncias, nos termos do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, acrescido pelo artigo 14 da Lei nº 13.964/2019.

Com efeito, a lei inovou substancialmente, recrudescendo em relação à criminalidade organizada que se opunha à reforma moral. Demonstra que a condenação penal não foi suficiente para promover a desvinculação do vínculo associativo, tampouco para promover a ressocialização. Portanto, não devem ser concedidos benefícios que ampliem a liberdade – como a mudança de regime de cumprimento de pena –, ou que antecipem a liberação – a exemplo da liberdade condicional –; ou até mesmo que extingam a punibilidade – anistia, graça, indulto –; ou que a reduzam, a exemplo da comutação. Ao contrário, deve-se estimular pedagogicamente a progressão de regime ao condenado que

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 722-723.

tenha modificado seu comportamento, que tenha evoluído moralmente e que tenha ressocializado. Agora, cabe identificar o conceito de “organização criminosa”, à qual faz menção a nova lei.

3.3 Conceito de organização criminosa

Na concepção do direito internacional, o artigo 2, alínea “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁹ define “organização criminosa” como sendo um “grupo criminoso organizado”, isto é:

[...] Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O Presidente da República editou o Decreto nº 5.015, em 12 de março de 2004, e o Congresso Nacional o ratificou por meio do Decreto Legislativo nº 231, em 29 de maio de 2003.

Em que pese a conceituação de organização criminosa feita por norma de Direito Internacional, não é instrumento jurídico adequado para tipificar delito, pois violaria o princípio da legalidade, uma vez que somente a lei em sentido estrito pode criar conduta criminosa e estabelecer a respectiva sanção (art. 5º, XXXIX, da CF/88). A doutrina compartilha do mesmo entendimento:

Convenios internacionales. El tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley

interna lo ha convertido en legislación del Estado³⁰.

Também, nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou ser imprescindível a existência de lei nacional, conforme trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio:

Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente. Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa.

(STF, Primeira Turma, HC 96.007/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/06/2012, DJe 07/02/2013)

Assim, ante a impossibilidade de tratado internacional tipificar delitos – inclusive conceituar “organização criminosa”. No âmbito nacional, foi promulgada a Lei nº 12.850/2013, que definiu legalmente o conceito de “organização criminosa”, tratou sobre a investigação criminal, meios de obtenção da prova e tipificou as infrações penais correlatas. Para a legislação brasileira, nos termos do § 1º do artigo 1º da referida norma, considera-se organização criminosa:

[...] A associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas,

29 BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

30 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 94.

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.

Afora a disposição normativa, Luiz Regis Prado elenca as principais características da “criminalidade organizada”, quais sejam: “a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) alto poder de intimidação; d) estrutura piramidal”³¹.

Ademais, ao fazer o cotejo analítico entre o conceito internacional e o nacional sobre organização criminosa, verificam-se diferenças, tendo a lei brasileira as seguintes características: a) maior número de agentes; b) estruturação ordenada, ao exigir divisão de tarefas; c) admissão de qualquer vantagem, não só de natureza econômica, mas material. Assim, a despeito de algumas distinções na conceituação do instituto, o Brasil deu cumprimento ao disposto na Convenção, sendo a conduta tipificada e punida internamente³².



Crédito: Pedro Vilela

4 Constitucionalidade da vedação de progressão de regime face ao princípio da individualização da pena

No que concerne ao exame de constitucionalidade, com o acréscimo do § 9º ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, promovido pelo artigo 14 da Lei nº 13.964/2019, modificou-se a concessão de progressão de regime, de livramento condicional e de outros benefícios penais ao condenado por integrar organização criminosa com a qual ainda mantenha vínculo associativo. De tal modificação, poder-se-ia questionar eventual afronta ao princípio da individualização da pena, constante no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Para responder a tal indagação, registre-se inicialmente que o princípio constitucional da individualização da pena foi estampado na Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 29. Sobre esse novel cânone, dissertava o constitucionalista Carlos Maximiliano, nos comentários à Constituição de 1946:

[...] A pena visa o futuro; não colima simplesmente punir; procura um resultado útil à sociedade, não piorar o homem, mas contribuir para a sua regeneração. Deixa de ser um castigo, para se transformar em instrumento de reintegração social. Por isto, a pena se não aplica cegamente a qualquer culpado; têm-se em apreço as condições pessoais do indiciado; é individualizada. A sua adaptação ao homem é, em verdade, o que se chama individualização da pena³³.

De acordo com o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, desse princípio exsurge a necessidade de a pena guardar correspondência entre a responsabilidade e a punição.

31 REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 552.

32 BALTAZAR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1267.

33 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, v. III, p. 160.

[...] Assim reclama que a pena seja ajustada, graduada, segundo essa responsabilidade. Tal graduação é exatamente a individualização da pena³⁴.

Conforme lição de Mir Puig, a determinação da pena significa a fixação da sanção penal correspondente ao delito, afetando a natureza da reprimenda, a quantidade a ser cumprida e, dependendo da pena aplicada, a substituição ou até a suspensão da execução. A individualização da pena decorre de determinação legal, determinação judicial e determinação administrativa. Além disso, ocorre no âmbito penitenciário, sendo controlada judicialmente³⁵.

Por conseguinte, o primeiro momento da individualização da pena ocorre na seara legislativa, por meio das leis. Nesse caso, a norma legal proveniente do Estado estabelece formalmente o tipo de pena, a sua duração, bem como a quantidade máxima e mínima da medida punitiva. Registre-se que:

[...] a determinação legal da pena não se esgota no estabelecimento de um marco punitivo que seja o mesmo para todos os supostos subsumíveis no preceito penal³⁶.

Ao contrário, o legislador tem previsto frequentemente “grupos valorativos especiais” em razão de “casos especialmente graves” ou “menos graves”³⁷.

Além disso, após a condenação e no decorrer da pena, o apenado será avaliado quanto ao seu comportamento carcerário. Na lição de Cuello Calón:

[...] O estudo do apenado durante a fase de execução penal aspira: a) a determinar seu grau atual de adaptação social ou sua inadaptação; b) a conhecer se possui ou não condições de readaptabilidade. Em atenção a estas finalidades deverá ser traçado o tratamento que se considere mais apropriado³⁸.

No mesmo sentido, Günter Kaiser preleciona que a resposta “criminal correlaciona-se ao contexto do controle delitivo.

[...] Como é sabido, a sociedade com seu instrumento jurídico penal não somente dispõe de uma sanção criminal. Em vez disso, tem uma série de meios de reação frente à pessoa de conduta desviada que delinque³⁹.

Assim, a problemática consiste em identificar “qual sanção se aplica e pode aplicar-se, contra qual delinquente e com que efeito”⁴⁰.

Consectariamente, da individualização da pena prevista legislativamente pode resultar desde a “abolição da pena de prisão de curta duração e substitutivas” até mesmo o “agravamento da pena para os reincidentes e delinquentes habituais”⁴¹.

Desse modo, ao legislador cabe estabelecer normativamente a valoração objetiva do injusto, isto é, dispor desde medidas abolicionistas, em face de delitos de menor relevância social; e até mesmo de agravamento sancionatório, em razão da natureza do crime e da

34 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 59.

35 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 720-722.

36 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 786.

37 *Ibidem*.

38 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 35-46.

39 KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p. 166-167.

40 *Ibidem*.

41 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 181 e 191.

oposição do apenado em se ressocializar, de modo a atender o princípio da proporcionalidade na individualização da pena.

Outrossim, a temática concernente à progressão de regime, ao livramento condicional e a outros benefícios penais – a exemplo de anistia, graça, indulto e comutação – faz parte do modelo de regime de cumprimento da pena, que pode ser fechado, semiaberto ou aberto, em razão da pluralidade de delitos, conforme exposto anteriormente.

Assim, progressão de regime não se confunde com a imposição exclusiva de regime fechado, que é apenas uma das formas de cumprimento da sanção, ao lado do regime semiaberto ou aberto, *v.g.* Disso resulta que, se a condenação penal for de três anos em regime semiaberto, o condenado terá de cumprir os três referidos anos no regime semiaberto, sem possibilidade de avançar para o regime aberto.

Impende registrar que a nova legislação tão somente proíbe a progressão de regime, em nenhum momento determina o regime exclusivamente fechado. Isso porque a imposição de regime unicamente fechado foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por entender violado o princípio da individualidade da pena. A ementa do julgado possui os seguintes termos:

Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(STF, Tribunal Pleno, HC 82.959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006)

Ora, conforme trecho da transcrição acima, é inconstitucional a imposição exclu-

siva de regime fechado como forma de cumprimento de pena. Entrementes, o que o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 proíbe é a progressão de regime, ou seja, veda a mudança do regime fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto.

Por conseguinte, o condenado poderá cumprir toda a sua pena no regime semiaberto, por exemplo, se nesse regime tiver sido condenado pelo juiz sentenciante. Assim, a vedação de progressão de regime disposta na nova legislação não se confunde com a imposição de regime exclusivamente fechado, sendo distintos os institutos.

Posto isso, urge mencionar que essa nova medida legislativa corresponde justamente à previsão constitucional contida no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao legislador definir critérios e diferenciações, de modo a distinguir a sanção penal aos crimes que requeiram maior rigor repressivo. A norma da Constituição Federal de 1988 possui os seguintes termos:

[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]

Consectariamente, a atividade a ser desenvolvida pelo legislador, na individualização da pena, permite que seja estabelecido o marco penal genérico para cada delito⁴². Ademais,

[...] no plano legislativo, dirige-se ao legislador no momento da fixação dos limites mínimos e máximos, do regime de cumprimento e dos benefícios concedíveis ao infrator⁴³.

Isto é, a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa

42 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 532.

43 NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 448.

constitui validamente supressão de benefício ao apenado – em razão da liberdade de conformação do legislador –, devendo a pena ser cumprida no regime a que fora condenado, seja o fechado, seja o semiaberto, seja o aberto.

Verifica-se que não há uma única forma de execução da pena, porquanto esta poderá ser cumprida no regime fechado, semiaberto ou aberto, de acordo com a sentença criminal, nos termos do *caput* do artigo 33 do Código Penal:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Dessa forma, o novel dispositivo é constitucional. Com efeito, a manutenção do vínculo associativo, por parte do condenado por esse mesmo delito, demonstra que a persecução penal e que o édito condenatório não foram suficientes para a desvinculação com a organização criminosa, nem para a ressocialização, permanecendo os mesmos efeitos deletérios de tal associação ilícita, gerando risco de novos crimes à população.

Daí a necessidade de não ampliar a liberdade com a mudança de regime – progressão –, tampouco abreviar o tempo de cumprimento da pena – livramento condicional, graça, anistia, indulto, comutação –, mas exigi-la de modo integral. Por isso, devem ser obstados: progressão de regime, livramento condicional e outros benefícios penais.

Ao realizar tal distinção, finda por estimular pedagogicamente os condenados que não possuem nenhum vínculo associativo ou que se ressocializaram, devendo receber os benefícios da execução penal. Assim, o disposto no § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 é constitucional.

5 Convencionalidade da lei face às normas de direitos humanos

É cediço que normas nacionais e internacionais repercutem de algum modo sobre os direitos humanos. Tal fenômeno implica pluralidade normativa, podendo cada uma atingir os direitos humanos sob diferentes perspectivas e graus de intensidade. A fim de identificar se a aplicação da norma é compatível com os direitos humanos, afigura-se útil perscrutar acerca do controle de convencionalidade. Esse instrumento de controle de leis significa a análise de “compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”⁴⁴. Igualmente, pode ser compreendido como:

[...] As normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade⁴⁵.

Assim, o controle de convencionalidade⁴⁶ consiste na verificação de compatibilidade das normas de direito interno – normas nacionais –, com as normas internacionais de direitos humanos.

Desse modo, é relevante identificar se a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com

44 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 114.

45 *Ibidem*, p. 114-115.

46 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

a qual ainda mantenham vínculo associativo, conforme o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, viola norma internacional de direitos humanos.

Cabe aos aplicadores do Direito realizar o controle de convencionalidade, mormente o juiz, que tem o dever de aplicar as normas vigentes no ordenamento jurídico:

[...] Também não há dúvida quanto a poder (dever) o juiz do foro controlar a convencionalidade das leis estrangeiras tendo como paradigmas as normas internacionais em vigor no seu Estado, sobretudo as de direitos humanos, que têm primazia hierárquica sobre todas as normas menos benéficas do Direito interno⁴⁷.

Considerando a especificidade da matéria, para a realização do controle de convencionalidade, faz-se necessário consultar norma internacional específica sobre o tratamento de presos, bem como sobre norma internacional que disponha acerca da caracterização de tortura. Além disso, deve-se atentar que, na interpretação dos direitos humanos, os conceitos e termos constantes dos tratados internacionais possuem sentido próprio, em razão do princípio da “interpretação autônoma”:

[...] Como consequência do princípio da efetividade, consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência internacional, o princípio da “interpretação autônoma”. De acordo com tal princípio, os conceitos e termos inseridos nos tratados de direitos humanos podem possuir sentidos próprios, distintos dos sentidos a eles atribuídos pelo direito interno, para dotar de maior efetividade os textos internacionais de direitos humanos⁴⁸.

Por conseguinte, como forma de verificar a compatibilidade do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, impõe-se confrontá-lo com o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pois assegura que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes” (Decreto nº 592/1992).

Posto isso, os vocábulos “tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante”, previstos do artigo 7º do Pacto de Direitos Civis, possuem sentido próprio, ou seja, conteúdo específico na seara internacional. Assim, para a interpretação do preceito no âmbito do direito internacional, afigura-se útil apreciar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos⁴⁹, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”.

Essas regras consistem num conjunto de práticas elementares, que devem ser adotadas no tratamento de pessoas privadas de liberdade, isto é, representam o consenso geral da atualidade sobre princípios básicos a serem utilizados nos estabelecimentos prisionais, com o escopo de promover a dignidade humana.

Desse modo, ao consultar as diretrizes constantes das Regras de Nelson Mandela, a regra 3 reconhece que a detenção priva a liberdade com o mundo exterior, e, na parte final, admite “agravar o sofrimento inerente” em “casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina”. Segue o texto da norma internacional:

Regra 3 - A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa

humanos na ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

- 49 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

47 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 208.

48 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos*

do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina.

O vocábulo “detenção” deriva do latim *detentio*, de *detinere* (deter, reter), significando deter ou reter algo ou alguém. Nesse sentido, a detenção priva o ser humano da liberdade⁵⁰. Portanto, a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo configura detenção e medida que exclui o apenado do contato com o mundo exterior. De fato, a medida ocasiona sofrimento ao preso, mas se trata de sofrimento inerente à condição de privação da liberdade durante o período de cumprimento da pena, tendo por escopo prevenir novos e graves delitos perpetrados de dentro do cárcere, bem como manter a disciplina carcerária. Assim, a proibição de concessão de benefícios é consentânea com os direitos humanos, conforme regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos.

Neste momento, cabe apreciar a modificação legislativa constante do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 sob a perspectiva da proibição da pena de tortura. Comumente, o vocábulo *tortura* é:

[...] tido na mesma significação de tormento. É o sofrimento, ou a dor provocada por maus-tratos físicos ou morais. Torturar a vítima é produzir-lhe um sofrimento desnecessário. É tornar mais angustioso o sofrimento⁵¹.

Percebe-se que a tortura constitui ato deliberadamente praticado com a intenção perversa de causar sofrimento ilegítimo, imerecido, desarrazoável. Em outras palavras, a tortura significa impor um mal físico ou psíquico com o escopo de lesionar intimamente o ser humano, em desconformidade com o ordenamento jurídico e aos preceitos elementares da Justiça.

Outrossim, afora a definição genérica, é salutar o exame da palavra “tortura” na especificidade dos direitos humanos. Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define o conceito de “tortura” na perspectiva do Direito Internacional, bem como elenca preceitos básicos para tratamento digno a pessoas privadas de liberdade ou submetidas a controle estatal.

A parte final do item 1, do artigo 1º, da Parte 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁵², promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece que não se considera tortura “as dores ou sofrimentos” derivados de “sanções legítimas”, que “sejam inerentes a tais sanções” ou que “delas decorram”. Segue o texto:

ARTIGO 1º - 1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas;

50 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 454.

51 *Ibidem*, p. 1411.

52 BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/doo40.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. *Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.* (Destaquei)

Com efeito, a vedação de progressão de regime e de outros benefícios penais aos integrantes de organização criminosa – com a qual ainda mantenham vínculo associativo – configura sanção legítima, decorrente da privação de liberdade imposta mediante prévia decisão jurisdicional. Haja vista a oposição do apenado em se ressocializar, não faz jus à concessão de vantagens no decorrer da execução penal. Registre-se que a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa tão somente nega a concessão de vantagem penal (benefício meritório), consistente em obter parte da liberdade antecipadamente, isto é, antes do cumprimento da pena a que fora condenado. Assim, não caracteriza “tortura”, na concepção do direito internacional dos direitos humanos, porquanto a medida decorre de sanção legítima imposta pelo Estado, em razão do mau comportamento do próprio apenado, estando baseada na lei e harmonizada com a parte final do artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Portanto, com base em normas internacionais de direitos humanos – regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, bem como o artigo 1º, item 1, da Convenção sobre Tortura –, afigura-se compatível com os direitos humanos a disposição contida no § 9º do artigo 2 da Lei nº 12.850/2013, que veda a progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo.



Fonte: www.velhogeneral.com.br

6 Conclusão

O presente estudo analisou as modificações advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, haja vista o artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), bem como apreendeu os modelos de sistemas penitenciários e os tipos de regime de cumprimento da pena.

A modificação trazida pelo § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 veda a progressão de regime de pena, a obtenção de livramento condicional ou outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo.

A problemática consistiu na verificação de qual sistema penitenciário se assemelha à vedação de progressão de regime aos condenados especificados no dispositivo, se tais mudanças são constitucionais e consentâneas com os direitos humanos.

Explicitou-se ao longo do estudo que a norma disposta no § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, que veda a progressão de regime, possui semelhanças com o sistema pensilvânico ou celular.

Ademais, essas mudanças impositivas de maior rigor ocorrem em face do risco de cometimento de novos delitos, considerando

a insuficiência da condenação para promover evolução moral e a ressocialização.

Nesse espectro, não devem ser concedidos benefícios aos integrantes de organização criminosa, já condenados, que ainda mantenham vínculo com organização criminosa. Assim, não fazem jus à progressão de regime, à liberdade condicional, à anistia, à graça, ao indulto, à comutação de penas ou a outros benefícios de natureza penal.

De fato, conforme visto, o sistema progressivo – no qual é cumprida a pena –, é apenas um modelo de sistema penitenciário, existindo também o sistema pensilvânico ou celular e o auburniano.

Ademais, cabe ao legislador realizar tal escolha, até porque a Constituição Federal de 1988 atribui ao poder legiferante estabelecer preceitos sobre a individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF/88). Disso resulta que a nova lei atende ao princípio da individualização da pena, sendo constitucional.

Por fim, essas modificações compatibilizam-se com normas internacionais de direitos humanos, atendendo ao princípio da convencionalidade, consoante disposto na regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), bem como no artigo 1º, item 1, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Referências

BALTAZAR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Decreto no 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 5.015/2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 7.210/1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 12.850/2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 13.964/2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 82.959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJe 01/09/2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 96.007/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/06/2012, DJe 07/02/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur223873/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950.

KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. III.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

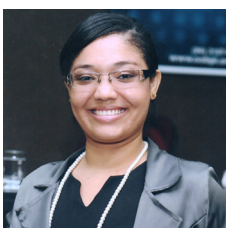
SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

Diálogo acerca do auxílio por incapacidade temporária: o assunto mais demandado nos Juizados Especiais Federais nos anos-base de 2015 a 2019



Erica de Sousa Costa

Advogada. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo visa investigar o auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário por ser o assunto mais recorrente no espaço amostral dos Juizados Especiais Federais desde o relatório de 2016 (ano-base 2015) até o relatório de 2020 (ano-base 2019), conforme indicadores estatísticos, elaborados e publicados, de forma subsequente, pelo Conselho Nacional de Justiça, no relatório analítico “Justiça em Números”. Nesse desiderato, desenreda-se a apreciação do aludido benefício em espécie mediante o estudo de caso de uma causa judicial que concerne a tal matéria, a qual foi protocolada, pela plataforma digital Processo Judicial Eletrônico, em uma Vara Federal do Maranhão.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Federais. Demanda mais recorrente. Auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário.

ABSTRACT: This article aims to investigate the temporary disability aid/social security sickness benefit as it is the most recurrent subject in the space of the Federal Special Courts from the year 2016 (base year 2015) to the year 2020 (base year 2019), according to statistical indicators, subsequently prepared and published by the National Council of Justice, in the analytical report “Justice in Numbers”. In this regard, the aforementioned benefit in kind is unveiled through the case study of a legal action that refers to this matter, which was filed, by the electronic platform Electronic Judicial Process, in a Federal Court in Maranhão.

KEYWORDS: Federal Special Courts. Most recurring demand. Temporary disability aid/social security sickness benefit.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Fundamentação teórica. 3 Procedimentos metodológicos. 4 Resultados e discussões acerca do estudo de caso. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Sabido que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disponibiliza, de forma anual, no seu portal eletrônico, o relatório analítico “Justiça em Números”¹, sob a qualidade de pesquisa judiciária. Entende-se que os resultados apresentados em tal documento, por referida instituição pública, em sua base de dados de acesso público, revelam o desempenho do Poder Judiciário do Brasil.

Assim, nota-se que o resultado exposto, a partir do relatório de 2016, que equivale ao ano-base 2015, até o relatório de 2020, que corresponde ao ano-base 2019, indicou que o assunto mais demandado nos Juizados Especiais Federais (JEFS) é o auxílio-doença previdenciário, que tem a atual denominação de auxílio por incapacidade temporária por conta da Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103/2019).

A partir deste indicador estatístico aferido pelo CNJ, no espaço amostral dos JEFs, despontou a questão-problema da pesquisa, qual seja: o estudo de caso é apropriado para averiguar o fundamento de causa previdenciária relativa ao pedido de auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, a fim de evitar o ajuizamento de ações inconsistentes?

Dessa forma, buscou-se um caso prático ilustrativo da temática objeto de investigação, a fim de explorar o auxílio por incapacidade

temporária/auxílio-doença previdenciário mediante a aplicação, análise e avaliação feita em uma ação judicial protocolada, pela plataforma digital Processo Judicial Eletrônico (PJe), em uma Vara Federal do Maranhão.

Nesse intento, almejou-se, a princípio, observar as concepções teóricas condizentes ao estudo proposto, com enfoque no benefício em espécie focalizado; bem como especificar os aspectos que distinguem tal benefício; e apurar o caso posto em juízo, a constatar – ou não – os elementos caracterizadores do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, objetivando responder à pergunta de partida que suscitou a pesquisa.

Salienta-se que, consoante o relatório analítico “Justiça em Números”, edições de 2016 a 2020, cunhado pelo CNJ, o auxílio-doença previdenciário (ressalte-se a atual nomenclatura dele é auxílio por incapacidade temporária) é o assunto mais recorrente nos JEFs desde o ano-base 2015 até o ano-base 2019. Por isso, fica clara a importância do exame que diagnostica o tema mencionado.

De igual modo, os estudos delineados nesse escrito guardam pertinência temporal pelo fato da garantia dos direitos fundamentais constituir um dos componentes incluídos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário relacionado ao sexênio que abrange os anos de 2021 ao de 2026. A esse respeito, vale pontuar que a previdência social é categorizada como direito social no artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988, o qual se encontra inserido no respectivo Título II que, por sua vez, dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, a matéria que abarca a previdência social no ordenamento jurídico brasileiro é de caráter fundamental.

1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Convém esclarecer que a pesquisa se volta para esmiuçar a efetividade do estudo de caso como possibilidade metodológica que ajuda a aferir melhor a verdade acerca do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, a fomentar a especialização quanto ao benefício em espécie demarcado, por ser de expressivo impacto no campo dos JEFS no cenário hodierno. Nesse sentido, a proposta pretende colaborar com a apresentação de uma ideia que sugestiona, sob a perspectiva da prevenção de litígios, o ajuizamento de ação com consistência.

Pondera-se que o caso escolhido é significativo e relevante, já que desvenda a análise da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) como fator para conferir a incompatibilidade direta ao desempenho de funções pelo indivíduo/sujeito, objeto da pesquisa, em face da patologia específica demonstrada em juízo. É dizer, o caso deslinda que a exata moléstia do indivíduo objeto da pesquisa gera impedimento imediato para o exercício das experiências profissionais assinaladas na carteira profissional.

Nessa lógica, o caso balizado é evidenciado já que engloba preceitos trabalhistas e previdenciários, a desvelar a precisão desse diálogo intercambiável de envergadura transversal.

Em síntese, este artigo dissertará sobre o embasamento teórico espraído no trabalho; elucidará o percurso metodológico obedecido para alcançar os objetivos da pesquisa; fará a exposição dos resultados obtidos por meio da análise do estudo de caso permeada pelas discussões e, ao final, simplificará as conclusões verificadas após o destrinchar do estudo de caso.

Portanto, tem-se que se trata de um estudo de caso, realizado mediante pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, que recorreu ao procedimento da pesquisa bibliográfica e, de forma categórica, ao procedimento documental.

2 Fundamentação teórica

A pesquisa em tela explana acerca do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário. Esse enfoque decorre do fato de tal benefício constituir o assunto mais demandado nos JEFS na contemporaneidade, de acordo com os resultados divulgados pelo CNJ, desde a edição de 2016 até 2020, no relatório “Justiça em Números”².

Sob esse eixo investigativo, desencadeou-se estudo de caso atinente ao benefício em foco, a partir da apreciação de uma causa judicial, que foi protocolada, pelo PJe, em uma Vara Federal do Maranhão. Entende-se que a aplicação de problema real pode auxiliar a análise e avaliação do benefício previdenciário em pauta, a refletir na criação de um caminho metodológico que mostre como evitar o protocolo de ações inconsistentes nos JEFS.

Além disso, o estudo é significativo e relevante tendo em vista que demonstra a importância de explorar as informações contidas na CTPS do sujeito, objeto da pesquisa, para formular posicionamento acerca do direito questionado em juízo. Essa colocação é coerente, uma vez que a causa perquirida mostra que há impedimento lógico entre as atividades profissionais registradas na CTPS e a doença específica atestada em juízo. É oportuno salientar que o caso desvencilhado é evidenciado por unir premissas de natureza trabalhista com ensinamentos do ramo previdenciário.

Nessa linha de raciocínio, reafirma-se que, em consonância com as pesquisas judiciais veiculadas pelo CNJ, tomando como referência o espaço amostral dos JEFS, denota-se que o assunto mais recorrente desde 2015 até 2019 é o auxílio-doença previdenciário. A esse respeito, segue a Figura 1 com o respectivo mapeamento:

² *Ibidem.*

Figura 1 – Demandas mais recorrentes pelo segmento assunto mais demandado nos Juizados Especiais – Justiça Federal (relatórios 2016 a 2020)³

Assunto mais demandado		
Direito Previdenciário Benefícios em espécie Auxílio-doença previdenciário		
Justiça em Números 2020	Ano-base 2019	474.051 (4,33%)
Justiça em Números 2019	Ano-base 2018	520.669 (6,89%)
Justiça em Números 2018	Ano-base 2017	394.972 (4,85%)
Justiça em Números 2017	Ano-base 2016	394.972 (4,85%)
Justiça em Números 2016	Ano-base 2015	304.172 (21,39%)

Nesse contexto, insta asseverar que, por conta da prescrição constitucional contida no artigo 6º, a previdência social constitui um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse quadro, por denotar pertinência temporal, urge ratificar que a garantia dos direitos fundamentais constitui um dos elementos da Estratégia Nacional do Poder Judiciário prevista para o sexênio 2021 a 2026. Acerca desse ponto, confira-se a Figura 2 a seguir:

3 Dados colhidos nos relatórios do CNJ. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Figura 2 - Estratégia Nacional do Poder Judiciário: 2021-2026⁴



Nesse padrão, aduz-se as concepções do Direito Constitucional correlatas ao cerne do trabalho. Por isso, cabe realçar que a Constituição Federal brasileira de 1988 ao dispor, no seu Título II, acerca dos direitos e garantias fundamentais, definiu no artigo 6º, contido no título indicado, que a previdência social é um direito social.

Desta feita, reluz, de igual modo, o disposto no artigo 194 da Magna Carta, o qual explicita que:

Art. 194. A *seguridade social* compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à *previdência* e à assistência social⁵.

Vale transcrever o disposto no artigo 201 da Carta Republicana de 1988, uma vez que por motivo da Reforma da Previdência evidenciada pela Emenda Constitucional nº 103/2019 adota, na atualidade, a expressão incapacidade temporária, no seguinte teor:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contribu-

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Macrodesafios 2021-2026*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/macrodesafios-2021-2026/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

5 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2020. Destaques meus.

tivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de *incapacidade temporária* ou permanente para o trabalho e idade avançada⁶;

Ademais, MORAES⁷ ensina que, de acordo com a determinação constitucional, a seguridade social engloba: saúde, previdência social e assistência social. Neste pensar, traz-se ao debate o entendimento de MENDES *et al*:

Nos termos do art. 6 da Constituição de 1988, integrado no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – são apontados/reconhecidos como direitos sociais oponíveis ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, na forma estabelecida pela Constituição⁸.

Reitera-se que a previdência social é um direito social, assegurado pela Constituição Federal brasileira de 1988, a saber:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁹.

Dessa maneira, vale anotar que MESSA acentua que direitos sociais:

São os que visam melhorar a vida da pessoa na sociedade. São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente. Visam realizar a equalização de situações sociais desiguais. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição¹⁰.

Aliás, LENZA¹¹ sublinha que os direitos sociais listados no artigo 6º configuram o embasamento da ordem social. Seguindo essa linha de pensamento, MENDES *et al*¹² consideram que os direitos sociais tratados na Constituição Federal são direcionados aos trabalhadores. Por isso, definem que o fundamento da ordem social é o primado do trabalho. Igualmente, MORAES leciona que:

[...] a base constitucional da Ordem Social é o *primado do trabalho*, e o objetivo o bem-estar e a justiça sociais¹³.

Nesse refletir, urge ventilar acerca do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, articulando os seus institutos teóricos. A partir desta ponderação, é conveniente enfatizar o teor do artigo 59 da Lei nº 8.213/1991, uma vez que disciplina acerca dos Planos e Benefícios da Previdência Social, nestes termos:

6 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Emenda Constitucional nº 103*, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 605.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 762, destaques meus.

9 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2020. Destaques meus.

10 MESSA, Ana Flávia. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 405.

11 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 2013.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 762.

13 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 605, destaques meus.

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao *segurado* que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de *carência* exigido nesta Lei, ficar *incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual* por mais de 15 (quinze) dias consecutivos¹⁴.

Desta forma, para que se possa perceber o benefício em estudo é necessário preencher alguns requisitos, quais sejam: qualidade de segurado, carência (quando for o caso), e incapacidade para o trabalho ou atividades habituais por período de tempo acima de quinze dias.

Nesse compasso, BULOS¹⁵ explica que, se porventura sobrevier doença ao segurado, é a previdência social que deve suprir as circunstâncias desfavoráveis na vida do trabalhador e da sua família.

Diante disso, se faz necessário descortinar sobre teorizações do Direito Previdenciário, a reforçar, de modo positivo, esse referencial teórico.

Sob este ângulo, pode-se imprimir o posicionamento defendido por CASTRO e LAZZARI, que formularam a seguinte concepção:

O auxílio-doença é um benefício concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente, ou por prescrição médica (por exemplo, no caso de gravidez de risco) acima do período previsto em lei como sendo de responsabilidade do empregador e, nos demais casos, a partir do início da incapacidade temporária¹⁶.

Em tal viés, KERTZMAN¹⁷ disserta que o auxílio-doença diz respeito ao benefício concedido ao segurado que se tornar incapaz para o exercício do serviço ou atividade habitual.

Já GLASENAPP afirma que:

O auxílio-doença é um benefício da Previdência Social destinado a amparar o trabalhador que fica incapacitado para o trabalho por mais de 15 dias consecutivos, por doença ou acidente. Para ter direito ao benefício, a carência é de 12 meses de contribuição. Em caso de acidente (no trabalho ou fora do trabalho) ou de doença profissional, isso não é exigido¹⁸.



Fonte: www.cartaodosus.info

Nessa vertente, à luz do entendimento de SANTORO¹⁹, o auxílio-doença deverá ser percebido pelo segurado empregado a partir do décimo sexto dia de afastamento da ocupação, e, quanto aos outros segurados, contabiliza-se a partir da data de início da incapacidade para o trabalho e durante o tempo que o segurado continuar incapacitado.

14 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2020. Destaques meus.

15 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1576.

16 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 659.

17 KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 413.

18 GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Direito previdenciário*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015, p. 78.

19 SANTORO, José Jayme de Souza. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 61.

Em sendo assim, restam interligados os fundamentos teóricos de procedência constitucional e previdenciária que alicerçam a linha de estudos desenredada nesse artigo.

3 Procedimentos metodológicos

A pesquisa se concentra na investigação do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, que se configura a demanda mais recorrente intentada nos JEFS na atual conjuntura, consoante indicador estatístico apurado pelo CNJ e noticiado desde 2016 até 2020 no relatório analítico “Justiça em Números”²⁰.

Para esse estudo, ponderou-se que a aplicação de um caso concreto proporcionaria melhor análise e avaliação do benefício previdenciário em espécie enfocado, a repercutir, sob a ótica da prevenção de litígios, na criação de uma possibilidade metodológica indicativa de como diminuir a postulação de ações sem fundamento nos JEFS.

Evidentemente, o estudo de caso é peça central na presente pesquisa, já que a sua significância e relevância podem ser observadas por conta de ponto ligado à exploração da CTPS como meio para checar a impossibilidade racional do exercício de funções inscritas em tal documento quando a doença específica implica impedimento direto ao desempenho das atividades profissionais registradas.

Além do mais, o estudo de caso em pauta foi evidenciado por fazer uma conexão entre pressupostos de origem trabalhista com os institutos do Direito Previdenciário, a reverberar uma nuance intelectual na construção desse conhecimento. Nesta medida, ao discorrer acerca do estudo de caso, é consentâneo se apoiar no entendimento

esposado por YIN, por se tratar de estudioso especializado no tocante ao estudo de caso, que concebe que:

[...] o estudo de caso permite uma investigação para se preservar as características holísticas e significativas dos eventos da vida real²¹

Sob o ponto de vista de GIL²², o estudo de caso proporciona o esclarecimento da problemática que suscitou a pesquisa.

Na dicção de PRODANOV e FREITAS²³, o estudo de caso tende em estimular a compreensão de um aspecto em níveis de profundidade.

Em tal raciocínio, FACHIN²⁴ postula que quando se aplica o estudo de caso valoriza-se o entendimento global do tema perquirido.

É ainda uma pesquisa exploratória e, por isso, é conveniente expor a visão de LAKATOS e MARCONI, uma vez que declararam que as pesquisas exploratórias:

São investigações de pesquisa empírica cujo objetivo é a formulação de questões ou de um problema, com tripla finalidade: desenvolver hipóteses, *aumentar a familiaridade do pesquisador com um ambiente, fato ou fenômeno*, para a realização de uma pesquisa futura mais precisa, ou modificar e clarificar conceitos²⁵.

20 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

21 YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 21.

22 GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009.

23 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. Novo Hamburgo: Feevale, 2013, p. 60.

24 FACHIN, Odília. *Fundamentos de metodologia*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

25 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 171, destaques meus.



Fonte: www.contabeis.com.br

Também assim, utilizou-se a abordagem qualitativa para alcançar os objetivos da pesquisa, já que busca compreender o sentido dos conceitos investigados e não emprega métodos quantitativos para averiguar se o estudo de caso é uma estratégia apropriada para contribuir com a redução do protocolo de ações previdenciárias inconsistentes nos JEFS. Nesse tecer de ideias, vale assentar a percepção de CHIZZOTTI, eis que, ao ensinar sobre as pesquisas qualitativas, registra que elas têm o intuito de promover o esclarecimento de uma dada circunstância.

Congregou-se o procedimento bibliográfico, com embasamento em fontes escritas para sustentar a linha de investigação da pesquisa. A propósito, é notável que a pesquisa perpassa o procedimento documental para conseguir concretizar os objetivos definidos, já que os estudos despontam do exame do documento “Justiça em Números”, que é concebido com o teor de relatório analítico, o qual foi relacionado, de forma subsequente, desde 2016 até 2020 pelo CNJ, no seu portal eletrônico, contemplando o ano-base de 2015 até o ano-base de 2019²⁶.

26 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Ademais, para fazer o exame diagnóstico do estudo de caso, apreciou-se os seguintes documentos do sujeito, objeto da pesquisa: CTPS, Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), exames e laudos médicos, bem como Registro Geral (RG). Por consequência, fica claro o porquê da pesquisa ser reputada documental.

Nesta linha de argumentação, REIS alega que:

[...] a pesquisa documental busca obter materiais/documentos que não receberam tratamento analítico, tais como: cartas, ofícios, peças jurídicas, *relatórios*, certidões, fotografias, filmes, poemas, jornais etc²⁷.

De mais a mais, GIL expressa que:

[...] a pesquisa documental vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa²⁸.

Em suma, a pesquisa toma como referência, para fazer a delimitação do estudo, os dados de acesso público disponibilizados no portal eletrônico do CNJ por meio do relatório analítico “Justiça em Números”, o qual, por sua vez, elucida que o benefício em espécie investigado se caracteriza como o assunto mais demandado nos JEFS desde o relatório de 2016 até 2020.

Enfim, os procedimentos metodológicos adotados são propícios para cumprir os objetivos escritos no segmento introdutório da pesquisa.

27 REIS, Cinthia Regina Nunes. *Metodologia da pesquisa em educação* [livro eletrônico]. São Luís: UEMAnet, 2018, p. 22, destaques meus.

28 GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45.



Crédito: Jefferson Rudy - Agência Senado

4 Resultados e discussões acerca do estudo de caso

Os resultados apresentados referem-se à análise e discussões acerca do estudo de caso que atine ao auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário.

Ao balizar a pesquisa, vislumbrou-se que, hodiernamente, o auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário é o assunto mais recorrente nos JEFS. Vale lembrar que essa constatação foi divulgada pelo CNJ, desde 2016 até 2020, ao disponibilizar em seu portal eletrônico, na qualidade de pesquisa judiciária, o relatório analítico “Justiça em Números”, abordando, de modo sequencial, os anos-base de 2015 a 2019²⁹.

Esse estudo é significativo e relevante, pois ilustra a importância da exploração da CTPS quanto à aferição da incompatibilidade direta entre a doença específica atestada em juízo e os ofícios registrados no aludido documento.

O estudo de caso em tela trata de uma causa ajuizada, pelo PJe, em uma Vara Federal do Maranhão, uma vez que se entendeu que a análise de um caso prático propiciaria avaliar de forma contundente o benefício previdenciário objeto da investigação. Note-se que se teve por escopo conceber, com o olhar da prevenção de litígios, uma sugestão metodológica para amenizar a propositura de ações inconsistentes nos JEFS.

Nessa esteira, aduz-se o Quadro a seguir contendo o relato dos fatos narrados na ação judicial, devidamente resumidos por esta autora:

29 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: [https://](https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/)

www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 20 dez. 2020.

Quadro – Caso objeto da análise

A parte requerente, 56 anos, teve indeferido o seu pedido de benefício de auxílio-doença previdenciário em 23/10/2018 no âmbito administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Por meio do protocolo eletrônico de ação em uma Vara Federal do Maranhão, a parte autora alegou que a negativa do pedido de concessão de benefício foi equivocada, e requereu o restabelecimento ou a conversão de tal benefício em aposentadoria por invalidez.

Consta nos autos a CTPS da parte autora, a qual indica o registro das seguintes experiências profissionais: doméstica, zeladora, auxiliar de produção e cozinheira.

A parte autora demonstrou que se encontrava em grave estado de saúde, possuindo documentos médicos que identificam sua incapacidade para o labor, tais como: 1) laudo médico, emitido em 28/02/2018, assinado por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS), o qual diagnostica que a patologia que acomete a autora a incapacita para exercer as atividades laborais por tempo indeterminado; 2) laudo médico, emitido em 04/10/2018, por médico especialista, ortopedista e traumatologista, vinculado ao SUS, que fundamenta sua análise no CID10: G56.0 (síndrome do túnel do carpo); 3) laudo médico, datado de 03/07/2019, emitido por médico vinculado ao SUS, o qual embasa seu parecer no CID10: G56 (mononeuropatias dos membros superiores), prescrevendo a necessidade de afastamento dos serviços por tempo indeterminado. Além disso, apresentou exames (principalmente eletroneuromiografia de membros superiores), os quais confirmam o quadro clínico da requerente, corroborando as conclusões médicas.

Dessa forma, a parte autora comprovou encontrar-se incapacitada para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, cumprindo as exigências contidas no artigo 59 da Lei nº 8.213/1991.

No que tange à qualidade de segurada da parte autora, se anexou à exordial o seu CNIS, constando as suas contribuições, não restando dúvida quanto à sua qualidade de segurada.

Ante o exposto, requereu a concessão de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez, a partir da data do indeferimento (23/10/2018), uma vez que demonstrados possuir todos os requisitos legais para a concessão do benefício requerido.

É salutar traduzir que BULOS³⁰ propõe que o Estado deve atuar no sentido de efetivar os direitos sociais. Nessa linha de explicação, defende que ante o advento de doença, a previdência social deve socorrer o trabalhador e sua família.

Consolidando tais lições, LENZA³¹ comunga do entendimento de que os direi-

tos sociais consubstanciam a ordem social. Corroborando esse saber, MENDES *et al*³² concordam que os trabalhadores são os reais detentores dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988.

Confirmando essas preleções, MORAES³³ compartilha do posicionamento de que a se-

30 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1576.

31 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 2013.

32 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 762.

33 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 605.

gurança social, sob o prisma constitucional, aglutina estes elementos: saúde, previdência social e assistência social.

Ao explorar o caso simplificado no Quadro, averiguou-se que os aspectos ligados à qualidade de segurado e à carência puderam ser constatados pela análise do CNIS.

Quanto ao aspecto da incapacidade para o trabalho, em análise geral, tem-se que: o exame eletroneuromiografia de membros superiores comprova que o indivíduo, objeto da pesquisa, tem síndrome do túnel do carpo grave à esquerda e síndrome do túnel do carpo leve a moderada à direita. Denota-se, ainda, que existem laudos médicos confirmando a doença.

Em análise específica, verificou-se que o laudo do exame eletroneuromiografia de membros superiores, indica na impressão eletrodiagnóstica que o sujeito, objeto da pesquisa, tem neuropatia focal mista, crônica, do nervo mediano esquerdo no punho (síndrome do túnel do carpo grave à esquerda). E, também, neuropatia focal mista, crônica, do nervo mediano direito no punho (síndrome do túnel do carpo leve a moderada à direita).

Deduziu-se que os documentos médicos supracitados comprovam o quesito da incapacidade laboral.

Vale ponderar que KERTZMAN³⁴ apregoa que o segurado incapacitado para a realização de seu labor ou atividade habitual terá direito ao recebimento de auxílio-doença.

Avançando na análise e discussão dos resultados, depreendeu-se que as ocupações do indivíduo, objeto da pesquisa, ao longo da sua vida profissional, encontram-se registradas na CTPS que, em resumo, foram: doméstica, zeladora, auxiliar de produção e cozinheira.

Com base nestas anotações, associadas à comprovação da doença, teve-se a seguinte interpretação: a patologia provada gera empecilho exato para o exercício das atividades laborais que o sujeito, objeto da pesquisa, desenvolvia. É dizer, o problema de saúde demonstrado acarreta impedimento direto para as experiências profissionais que o indivíduo objeto da pesquisa ocupava, pois se tratam de atividades manuais e que, por isso, se desenvolvem com o uso das mãos.

Nesse pensar, CASTRO e LAZZARI³⁵ proclamam que, quando o segurado não pode realizar as respectivas funções, seja por doença ou por acidente ou, ainda, por prescrição médica, fará *jus* ao auxílio-doença.

Outrossim, SANTORO³⁶ pontua que o segurado empregado usufruirá o auxílio-doença a contar do décimo sexto dia de afastamento da função; quanto aos demais segurados, o decurso será contado a partir da incapacidade.

Então, GLASENAPP³⁷ argumenta que o auxílio-doença é um benefício da Previdência Social voltado para acudir o trabalhador pela ocorrência de incapacidade laborativa por tempo superior a quinze dias seguidos, em decorrência de doença ou acidente. Demais disso, assinala que a norma para conseguir tal benefício é que seja observada a carência de doze meses de contribuição, e explicita ressalva ao expor que, na possibilidade de advir acidente ou doença profissional, referida premissa é prescindível.

Denota-se que o sujeito, objeto da pesquisa, preenche os requisitos determinados pela legislação pátria para que seja concedido

34 KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 413.

35 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 659.

36 SANTORO, José Jayme de Souza. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 61.

37 GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Direito previdenciário*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015, p. 78.

o benefício de auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário.

Na dimensão investigada, esses foram os resultados obtidos mediante a aplicação, análise e avaliação do estudo de caso perquirido. Arremate-se que o estudo de caso explorado tem sua significância e relevância desvendadas por apresentar a CTPS como documento interessante para a formulação de um entendimento mais completo acerca da causa apreciada em juízo.

É importante observar que o estudo de caso em pauta evidenciou-se nessa pesquisa por retratar uma interface que matiza concepções trabalhista e previdenciária.

Nessa linha de ideias, realizou-se a análise seguida das discussões, a explicitar a coadunação dos resultados com o referencial teórico.

Por fim, logrou-se a resolução à pergunta de partida que impulsionou a pesquisa, já que o estudo de caso se mostra, nesse viés, como uma proposição metodológica apropriada, por permitir apurar melhor a realidade, a exemplificar, sob a visão preventiva de litígios, um caminho conducente ao protocolo de ação judicial com fundamento.

5 Conclusão

O presente estudo de caso discorreu acerca do auxílio por incapacidade temporária/auxílio-doença previdenciário, temática que configura a demanda mais recorrente nos JEFS, conforme informações divulgadas pelo CNJ, no seu portal eletrônico, desde 2016 (ano-base 2015) até 2020 (ano-base 2019), no relatório analítico “Justiça em Números”³⁸.

Inferiu-se que é consentânea a abordagem desse estudo de caso, que versa acerca do assunto mais recorrente nos JEFS hoje, por aguçar uma reflexão especializada da matéria.

Descortinou-se que o estudo de caso foi delineado sob o contexto de uma lide protocolada, pelo PJe, em uma Vara Federal do Maranhão. Nesse, denotou-se a coexistência dos quesitos relativos ao benefício previdenciário em espécie pesquisado, quais sejam: qualidade de segurado, carência e incapacidade temporária para o trabalho.

À vista do exposto, percebeu-se a relevância e a significância do estudo de caso desvencilhado. Tem-se que a investigação identificou a CTPS como um documento importante para testificar o impedimento exato ao exercício de funções laborais do indivíduo objeto da pesquisa, uma vez que os respectivos registros de experiências profissionais desvelam a impossibilidade direta ao desempenho de tais empregos em razão da patologia específica demonstrada em juízo.

Ponderou-se que o estudo de caso eleito foi evidenciado por incluir aspectos trabalhistas e previdenciários, a espelhar a conciliação desses conceitos.

Ao aplicar o estudo de caso, depreendeu-se que, por envolver tema com vasta repercussão no panorama nacional e também sob o enfoque temporal, ele é uma considerável estratégia metodológica para maximizar o entendimento da matéria discutida, que tem expressivo impacto no vetor social e de gestão interna dos JEFS.

Deduziu-se, a partir da análise feita, que o estudo de caso é uma proposta metodológica apropriada por possibilitar aferir melhor a verdade, a sinalizar, com ênfase na prevenção de litígios, uma forma de incutir o protocolo de questão judicial com fundamento.

Logo, ao avaliar o estudo de caso constatou-se que o exame diagnóstico, apresentado no segmento dos resultados e discussões, demonstra a coerência e consistência da solução metodológica sugerida.

38 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016-2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Nesse diapasão, ficou clara a originalidade da pesquisa pela iniciativa de fazer o balizamento de um caso concreto atinente a uma ação judicial protocolada, pelo PJe, em

uma Vara Federal do Maranhão, e empregar a estratégia do estudo de caso para desenvolver a linha de estudos, revelando natureza acadêmica de relevante perspectiva.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judiciário aprova 12 metas nacionais para 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-aprova-12-metas-nacionais-para-2020/>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números* (edições 2016 a 2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Macrodesafios 2021-2026*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/macrodesafios-2021-2026/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CHIZZOTTI, Antonio. *Pesquisa em ciências humanas e sociais*. São Paulo: Cortez, 2009.

FACHIN, Odilia. *Fundamentos de metodologia*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. *Direito previdenciário*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESSA, Ana Flávia. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, Cinthia Regina Nunes. *Metodologia da pesquisa em educação* [livro eletrônico]. São Luís: UEMAnet, 2018.

SANTORO, José Jayme de Souza. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Contraditório e ampla defesa no âmbito do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 157.627/PR



Luciana Sumire Nakamura

Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes. Ex-estagiária do Tribunal Regional Federal 3ª Região. Ex-estagiária na Justiça Especial Federal de Mogi das Cruzes. Atualmente, estagiária da Procuradoria Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo.



Elival da Silva Ramos

Mestre, Doutor e Livre-Docente pela USP. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Área de Direito Constitucional. Procurador do Estado aposentado. Ex-Procurador Geral do Estado de SP e Procurador Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP.

RESUMO: O AgR HC 157.627/PR resolveu uma importante celeuma processual no instituto da colaboração premiada. Em sede de alegações finais, o Supremo Tribunal Federal anulou a sentença de condenação do ex-presidente da Petrobras Aldemir Bendine pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. No respectivo julgamento, a Segunda Turma decidiu, por maioria, que os memoriais devem ser apresentados em prazos subsequentes, manifestando-se, primeiramente, os réus colaboradores e, ao final, os réus não colaboradores, sob o fundamento nos princípios da ampla defesa, contraditório e o devido processo legal. Em consequência da mudança de interpretação da lei, este artigo abordará os pressupostos indicativos concernentes à necessidade de elaboração de uma tese jurídica para ampliar este benefício a todos aqueles que se encontram na mesma situação, com a devida modulação dos efeitos da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Ampla defesa. Contraditório. Devido processo legal. Alegações finais.

ABSTRACT: AgR HC 157.627/PR resolved an important procedural stir at The Institute of the Awarded Collaboration in the context of final allegations, the STF annulled the condemnation sentence of former president Petrobras Aldemir Bendine for the crimes of passive corruption and money laundering. Because this must take place in subsequent deadlines, first manifesting the collaborating defendants and lastly the non collaborating defendants based on the principles of broad defense, contradictory and due legal process. As a consequence of the change in the interpretation of the law, it was concluded that it is a measure that's necessary to elaborate a legal thesis to extend this benefit to all those who are in the same situation, beyond modulation of this effect.

KEYWORDS: Awarded collaboration. Broad defense. Contradictory. Due legal process. Final claims.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Delação x colaboração premiada. 3 Do meio de prova. 4 Da falta de regulamentação. 5 Do constrangimento ilegal. 6 Da necessidade de formação de uma tese jurídica. 7 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O conceito de colaboração premiada difundiu-se profundamente no Brasil nos últimos tempos, graças à denominada “Operação Lava Jato”. De acordo com BOLDRINI¹, o Instituto Ipsos constatou, em pesquisa divulgada em dezembro de 2016, que a operação foi defendida por cerca de 96% dos brasileiros, os quais afirmaram que se deve “investigar até o fim, custe o que custar” todos os crimes, demonstrando o amplo apoio popular.

Segundo o Ministério Público Federal (MPF)², o início da “Operação Lava Jato”

ocorreu em 2009, com a investigação de crimes de lavagem de recursos relacionados ao ex-Deputado Federal José Janene, em Londrina, no Paraná. Além do ex-Deputado, estavam envolvidos nos crimes os doleiros Carlos Habib Chater e Alberto Youssef. Este último havia sido investigado e processado por crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro no caso Banestado. Posteriormente, a investigação teve outros desdobramentos, ao se deparar com diversos esquemas de corrupção, inclusive no âmbito da empresa estatal Petrobras os quais, desde 2014, tiveram ampla divulgação nos meios de comunicação, inclusive no que tange aos respectivos acordos de colaboração premiada.

Para PEREIRA³, a colaboração premia-

1 BOLDRINI, Angela. Para 96%, Lava Jato deve continuar “custe o que custar”, mostra pesquisa. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 dez. 2016. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837831-para-96-lava-jato-deve-continuar-custe-o-que-custar-mostra-pesquisa.shtml. Acesso em: 16 nov. 2019.

2 BRASIL. MPF. *Origem da Operação Lava Jato*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba)

[jato/entenda-o-caso/curitiba](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba). Acesso em: 07 abr. 2020.

3 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada, legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

da, entendida como recurso à cooperação de coautor após a prática do crime, e inserida no processo penal como elemento de meio de prova, tem origem nos ordenamentos jurídicos de modelo anglo-americano. Nesses países, a colaboração do réu com a administração da justiça é comum no sistema penal, constituindo uma instituição típica do sistema da *common law*, em troca de concessão de benefícios ao colaborador.

Ao ser implantada no Brasil, em sede de julgamento em Tribunais Superiores, iniciou-se a seguinte controvérsia: afinal, as alegações da defesa e acusação poderiam ser simultâneas ou em prazos subsequentes, manifestando-se primeiramente os réus colaboradores e só ao final os réus não colaboradores?

A lacuna legal deixou o procedimento sob a discricionariedade interpretativa dos magistrados que, em sua maioria, firmaram seu entendimento por jurisprudência, no qual determinavam a abertura de prazo simultâneo para ambas as defesas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do AgR HC 157.627/PR⁴, vem solver essa antiga celeuma processual e constitucional, estando respaldada nos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Segundo PRADO⁵, o surgimento dessa decisão contrária do STF, seguindo a tendência anulatória, ainda que concernente ao caso concreto suscitado, deverá ser objeto de *modulação de seus efeitos* para os processos vindouros, com tendência à retroatividade, especialmente nos casos da “Operação Lava Jato”, podendo ocasionar o aumento conside-

rável da impunidade de muitos réus, em face da incidência de prescrição. A sua aplicação ainda gera discussões, pois o entendimento firmado vai de encontro a diversos argumentos fundados.

Entretanto, o fato de a lei ordinária ser omissa não impede que o procedimento seja corrigido com base no cumprimento de princípios constitucionais, o que deve ser analisado em face da repentina percepção de uma inconstitucionalidade que macula os processos, a qual passa a ser objeto desse estudo.

No julgado recente do AgR HC 157.627/PR⁶, a maioria dos ministros da Segunda Turma do STF votou pela anulação da sentença de condenação do ex-presidente da Petrobras Aldemir Bendine pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sob a argumentação de que a sentença foi proferida após a concessão de prazo comum a réus colaboradores e delatados. O acórdão firmado teve como fundamento o reconhecimento do constrangimento ilegal e de ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa, que devem permear todo o processo penal. Chegou-se ao entendimento de que a apresentação das alegações finais dos corréus no processo deve ocorrer em prazos sucessivos, manifestando-se, primeiramente, os réus colaboradores e, ao final, os réus não colaboradores.

Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes⁷, em seu voto vencedor, afirmou que o acusado delator adere à acusação, incriminando os demais membros da organização, em prol do recebimento das sanções premiais pactuadas. Justamente por isso, dever-se-ia assegurar o efetivo contraditório ao delatado por meio de sua manifestação em momento posterior à manifestação do réu colaborador.

4 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

5 PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado – lei 12840-2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, dez. 2013, p. 248-249.

6 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

7 *Ibidem*, p. 59.



Fonte: www.stf.jus.br

O ministro Ricardo Lewandowski⁸ divergiu do relator, e também entendeu configurado o constrangimento ilegal. De acordo com sua percepção a colaboração premiada é meio de obtenção de prova. Assim, a fixação de prazo simultâneo gera prejuízo à defesa, especialmente porque, no caso, a sentença condenatória foi desfavorável ao acusado, constatando-se a ausência do contraditório e da ampla defesa, que devem permear todo o processo penal.

A ministra Cármen Lúcia⁹, que acompanhou a corrente vencedora, acrescentou que delatores e delatados não estão na mesma condição processual. Assim, não devem receber o mesmo tratamento. Ademais, salientou

que não existe norma específica tratando do fato, portanto, não há nenhum impedimento ao juiz para conceder prazos sucessivos, atendendo ao pedido da defesa.

2 Delação x colaboração premiada

A doutrina de LAUAND¹⁰ classifica a colaboração processual como gênero, sendo que, em sentido estrito a colaboração premiada deve ser entendida como qualquer forma de cooperação que resulte em benefício de natureza processual. Em espécie demais formas de cooperação do imputado são as seguintes: confissão, chamamento de corréu e delação premiada, sendo tal denominação fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

LEITE¹¹ cita, como exemplo de colaboração premiada, que não é delação premiada, a título ilustrativo, a situação em que o acusado confessa a prática do crime, relata informações essenciais para as autoridades recuperarem o produto do crime, porém não delata nenhum comparsa que auxiliou na execução do ato.

Por outro lado, acrescenta¹² que o legislador brasileiro conferiu à delação premiada um espectro maior e superior em face da colaboração premiada, porque além de colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, deverá fornecer a identificação dos demais coautores e partícipes do crime.

Afirma NUCCI¹³ que a delação é um

10 LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 49.

11 LEITE, Gisele. *Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://www.editorarumolegal.com.br/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro-gisele-leite>. Acesso em: 02 abr. 2020.

12 *Ibidem*.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito processual penal - esquemas & sistemas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense,

8 *Ibidem*, p. 46.

9 *Ibidem*, p. 69.

particular modo de autoincriminação, visto que, o réu admite a prática do delito, mas também o imputa a terceiro, membros da equipe, quadrilha ou bando, normalmente comparsa na prática de fato típico. Atualmente, existem vários formatos de delação premiada.

Segundo PENTEADO¹⁴, trata-se de um instituto legalizado de combate à criminalidade organizada, utilizado como meio de prova, porém devem ser observadas as garantias constitucionais do indivíduo na busca da colaboração do sujeito ativo de um delito (autor, coautor ou partícipe) para auxiliar a desvendar o crime ou atenuar as suas consequências. Em troca, o colaborador poderá ser judicialmente beneficiado com o sobrestamento do inquérito policial, a extinção da punibilidade (perdão judicial) ou a redução da pena aplicável.

Desse modo, de acordo com BERTONI¹⁵ conferem-se

[...] determinados benefícios a quem tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Conforme preceitua PENTEADO¹⁶, a “acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal

ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos da infração penal”, rende a ela prêmio, por exemplo: redução de pena, perdão judicial ou cumprimento de pena em regime penitenciário mais brando.

Ademais, para ESSADO¹⁷, afigura-se imprescindível, para se falar tecnicamente em delação premiada, a necessidade de o imputado ter, de qualquer forma, conexão com o que se delata, sob pena de ser considerado apenas e tão somente uma testemunha.

Noutro aspecto, FRANCO¹⁸ sustenta que a delação premiada é um negócio jurídico e que depende de homologação judicial, mesmo que a norma não deixe claro. Pois, caso contrário, infringiria o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Feita essa ressalva, também é inquestionável, que, concluída mediante acordo com o Ministério Público, é requisito para que não haja nulidade, a exigência de espontaneidade da colaboração; não basta que seja voluntária: é mister que seja espontânea, isto é, a vontade deve ser manifestada sem interferência de fatores externos.

Destarte, conclui-se que a delação é uma forma de exercer a colaboração premiada.

3 Do meio de prova

Conforme ESSADO¹⁹, a delação é considerada como um meio de obtenção de prova, contribuindo para a atividade jurisdicional na persecução penal. É possível que do ato de delação não advenha qualquer resultado

2015, v. 3, p. 90.

14 PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 711-736, jun. 2006, p. 726.

15 BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. *Canal Ciências Criminais*, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://canal-cienciascriminais.com.br/diferenca-delacao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 05 maio 2020.

16 PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 636.

17 ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, mar./abr. 2013, p. 207.

18 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

19 ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, mar./abr. 2013, p. 207.

processual, o que ainda assim faz perdurar a sua natureza.

Ainda segundo o autor mencionado alhures²⁰, a proposta pode ser feita pela própria defesa técnica, com a prévia anuência do imputado e subsequente manifestação do Ministério Público para que o negócio jurídico se concretize. Caso o Ministério Público não esteja presente no ato de delação na fase do inquérito policial, deve convalidá-lo, pois a parte com atribuição funcional para requerer diminuição de pena ou outro benefício não participou da fase inicial.

Vale destacar ainda que o artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal prevê que é imprescindível a presença do defensor como condição de validade do ato de interrogatório, garantido o direito de entrevista prévia e reservada. E, consoante o artigo 196 do Código de Processo Penal, novo interrogatório pode ser produzido a qualquer momento, de ofício ou por pedido fundamentado da defesa ou do Ministério Público.

É de se registrar que, para LAUAND²¹, a colaboração processual pode ocorrer no momento central do processo com a atividade probatória, ou até mesmo após a sentença, e mesmo com o advento do trânsito em julgado, na medida em que o colaborador possa usufruir dos benefícios na fase de execução.

Para nortear a fase decisória, o artigo 155 do Código de Processo Penal preconiza que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²⁰ *Ibidem*, p. 210.

²¹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 49.

FERNANDES *et al*²², preceitua que a delação é um meio eficiente na atividade de persecução penal, com o fim de reprimir, sobretudo, a criminalidade organizada. Contudo, a etapa probatória da valoração, como última fase para a aferição da idoneidade probatória, implica na análise de sua eficácia para se concluir pela atribuição do prêmio almejado.

Outro ponto importante está disposto no artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013²³, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019:

Art. 4º. [...]

§ 16º. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

I - medidas cautelares reais ou pessoais;
II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;

III - sentença condenatória

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, conforme HC nº 75.226/MS²⁴ (1997), relatado pelo Ministro Marco Aurélio, asseverou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação”. Ademais, no HC nº 90.708/BA²⁵ (2007), o

²² FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

²³ BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁴ BRASIL. STF. Segunda Turma, HC 75.226/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.

²⁵ BRASIL. STF. Primeira Turma, HC 90.708/BA, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 20/03/2007, DJe 13/04/2007.

Relator Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que “a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão”.

Cabendo, ainda, destacar outro julgado da Suprema Corte²⁶:

[...] Segundo a nossa consolidada jurisprudência, admite-se a invocação da delação, desde que ela não constitua o fundamento exclusivo da condenação (*Habeas Corpus* nº 75.226, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.1997; e 71.813, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1995; e o Recurso Extraordinário n. 213.937, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999).

Assim, conforme jurisprudência consolidada, o Estado vislumbrou no instituto da delação premiada uma técnica de condução das investigações, visto que, reiteradas vezes, demonstrou sua eficácia no desmantelamento de crimes organizados. Portanto, todas as declarações deverão ser confrontadas com outras provas para que juntas formem o convencimento do órgão julgador.

4 Da falta de regulamentação

Denota-se que o direito premial encontra previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, fato que para SALOMI²⁷ estimula a adesão ao instituto da colaboração premiada. São exemplos desses tratados, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015/2014, e a Convenção das

Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

No âmbito da legalidade, o instituto da delação premiada foi recepcionado pela primeira vez no direito penal brasileiro na Lei dos Crimes Hediondos de nº 8.072/1990, sendo o benefício expandido posteriormente para os crimes de extorsão mediante sequestro; e naqueles assemelhados aos hediondos praticados por quadrilha ou bando. A partir daí, a delação premiada passou a integrar outros diplomas legais. Nesse sentido, preleciona NUCCI²⁸:

[...] A Lei 8.072/90, que instituiu os crimes hediondos, houve por bem criar, no Brasil, a delação premiada, que significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s) (art. 159, § 4º). É o “dedurismo” oficializado, que, apesar de moralmente criticável por alguns, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. A pena pode ser reduzida de um a dois terços.

Segundo SARCEDO²⁹, a Lei de Proteção Especial a Vítimas e Testemunhas, de nº 9.807/1999, ampliou a possibilidade de utilização da delação premiada a qualquer crime previsto na legislação nacional, desde que preenchidos os seus requisitos genéricos de utilidade processual.

26 BRASIL. STF. Pleno, AP 465/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014.

27 SALOMI, Máira Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal - parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2, p. 427.

29 SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, jan./jun. 2011, p. 194.

Por sua vez, o Pacote Anticrime consolidado na Lei nº 13.964/2019³⁰ incluiu o artigo 3º-A na Lei nº 12.850/2013, estabelecendo que:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

AZEVEDO³¹ define o negócio jurídico por sua estrutura, como uma categoria do fato jurídico abstrato, sendo uma manifestação de vontade com acertadas condições negociadas, produzindo efeitos na esfera jurídica. Por outro lado, um fato, como fato jurídico concreto, é um negócio baseado na declaração de vontade, com efeitos designados como desejados, desde que respaldados os requisitos de existência, validade e eficácia impostos.

Ainda preceitua a Lei nº 12.850/2013, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.964/2019³²:

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé

a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Sobre os termos da formalização da proposta, MARIGHETTO³³ salienta que:

[...] os acordos de colaboração premiada, quando não forem expressamente disciplinados pela lei ou por um regulamento, seguem as regras e os princípios estabelecidos em geral pelo ordenamento jurídico e no específico pela própria teoria dos contratos.

Dessarte, os termos são eminentemente de direito contratual, sendo a proposta o início da formação do vínculo contratual, pois quando expedida, vincula o proponente a todos os seus termos firmados entre as partes, salvo as hipóteses previstas no artigo 428 do Código Civil³⁴.

PRADO³⁵, ao tratar da temática, tece críticas ao atual enquadramento da “justiça negocial”, defendendo a observância do “método do discovery”, aplicado nos acordos dos Estados Unidos da América, semelhantes às delações. Neste método, o investigado ou réu tem direito a conhecer todas as provas e indícios que sustentam a acusação no momento da negociação.

30 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

31 AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-16.

32 BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

33 MARIGHETTO, Andrea. *Aspectos patológicos dos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/andrea-marighetto-aspectos-patologicos-acordos-delacao>. Acesso em: 10 abr. 2020.

34 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

35 RODAS, Sérgio. Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado. *Consultor Jurídico*, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Entretanto, afirma SARCEDO³⁶, na justiça brasileira, atualmente, não cabe ao Ministério Público transigir sobre a ação penal, ou mesmo delimitar o seu pedido de condenação nos moldes em que com ele foi transacionado, pois depende de posterior homologação do Poder Judiciário. Dessa forma, o magistrado pode alterar o acordo, não aceitar e/ou desprezar a disposição de vontades existente entre as partes.



Fonte: www.institutoformula.com.br

Quanto ao caso em questão, para as alegações finais orais, o Código de Processo Penal³⁷ preconiza que, no caso de haver o assistente de acusação, deverá manifestar-se após o Ministério Público e antes da defesa. Assinala-se, outrossim, que a complexidade do caso poderá legitimar a apresentação de memoriais. Confira-se:

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão

oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º. Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º. Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º. O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

TUCCI³⁸ observa que a lei processual diferencia expressamente os momentos de manifestação do Ministério Público, do assistente de acusação, e da defesa. Todavia, não distingue o momento de participação entre várias defesas em razão de eventual adoção de postura colaborativa por parte de acusados.

Assim, diante desse desarranjo normativo, no qual determinadas situações jurídicas ainda carecem de regulamentação, para MELO & NUNES³⁹, a ausência de paridade entre as autoridades públicas e os colaboradores é uma questão que fragiliza a posição daquele que cometeu delitos e deseja colaborar com a justiça. Assim, acaba atrapalhando a atuação dos sujeitos negociadores quando da celebração dos acordos de colaboração premiada.

36 SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, jan./jun. 2011, p. 195.

37 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

38 TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

39 MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. O método do discovery e a busca da paridade negocial. *Consultor Jurídico*, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>. Acesso em: 19 mar. 2020.

Tal julgado objeto de estudo, de acordo com DIMOULIS & LUNARDI⁴⁰, verificou a inconstitucionalidade superveniente, proveniente de hermenêutica, visto que, um método de aplicação de norma inicialmente considerada constitucional, passou a tornar-se incompatível com a regularidade constitucional. Isso pode ocorrer em razão da mudança de situações de fato que acabam influenciando a relação da norma com a Constituição. O mesmo pode ocorrer em caso de mutação constitucional tácita, que consiste na atribuição de um novo sentido ao enunciado constitucional, distanciando-se da leitura anteriormente adotada. Portanto, aquilo que muda não é o parâmetro, e sim sua compreensão pelos intérpretes, que pode afetar normas que estavam em consonância com a Constituição.

Ainda de acordo com os mesmos autores⁴¹, a linguagem utilizada na legislação, assim como a linguagem em geral, apresenta indeterminação semântica, o que permite diversas interpretações. Assim acontece com os dispositivos, gerando dúvidas. E para oferecer uma clara resposta no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, os Tribunais Constitucionais aplicam as técnicas da interpretação conforme a regulamentação legal, ou seja, eles decidem afirmando a validade da lei sem sacrificar o princípio da supremacia constitucional e a liberdade jurídico-política do legislador. Nela não há declaração da inconstitucionalidade da norma impugnada, mas somente a indicação, dentre várias interpretações possíveis da norma, daquela a ser seguida, sendo esta compatível com o texto constitucional.

Em substancioso parecer, o professor BARROSO⁴² leciona:

[...] Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o direito, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes.

Com essa decisão de gerar nulidade, segundo DIMOULIS & LUNARDI⁴³, surgem reflexos que provocam grandes impactos na sociedade. Assim, deve-se utilizar a modulação dos efeitos. A liberdade do julgador pode ser maior ou menor, dependendo da existência de critérios legais. O dispositivo que permite a modulação é uma *norma de calibração* ou válvula de segurança para o controle de constitucionalidade, pois permite adequar os efeitos da decisão a situações reais.

DIMOULIS & LUNARDI⁴⁴ afirmam que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre as Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e o artigo 11 da Lei nº 9.882/1999, que assenta regras sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, confirmam que a retroatividade das decisões de controle de

rais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

40 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional* - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

41 *Ibidem*, p. 281.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Modulação dos efeitos tempo-*

43 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional* - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 210-211.

44 *Ibidem*, p. 211-213.

constitucionalidade abstrato (efeito *ex tunc*) permanece como regra. Mas, ao mesmo tempo, adotam o modelo da modulação de efeitos, podendo atribuir efeitos não retroativos, ou seja, diferidos ou *pro futuro*, quando se constata uma situação onde é necessário garantir a segurança jurídica ou caso de excepcional interesse social, devendo o Tribunal fixar o momento de fim de vigência da norma inconstitucional e realizar uma ponderação entre princípios constitucionais conflitantes para decidir se cabe, excepcionalmente, modulação dos efeitos.

5 Do constrangimento ilegal

Segundo o AgR HC 157.627/PR⁴⁵, o indeferimento do pedido da defesa pelo magistrado afronta a Constituição Federal, implicando em evidente e patente constrangimento ilegal, prejudicando o réu delatado nas medidas processuais protetoras utilizadas para a busca da verdade real.

De acordo com os autos, o modo de aplicação do dispositivo se mostrou inconstitucional, uma vez que, no julgamento em primeira instância, ficou ao crivo do magistrado deferir ou não os prazos sucessivos solicitados pela defesa para a apresentação das alegações finais ao paciente e aos demais réus colaboradores, o que acabou por culminar em impedimento ao livre exercício da ampla defesa e do contraditório, ocasionando um cerceamento defensivo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, que estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e alimentam discussões acerca de sua aplicabilidade, envolvendo os direitos e as garantias fundamentais, são enunciados. Consoante MORAES⁴⁶, eles

merecem proteção especial porque devem ser considerados verdadeiros alicerces do Estado Democrático de Direito, nesse sentido, dispõe:

[...] O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Em sua obra de Direito Constitucional, MORAES⁴⁷ defende a efetividade do princípio constitucional da ampla defesa, ressaltando que, em relação aos “termos de colaboração premiada”, entende o Supremo Tribunal Federal também ser aplicável a Súmula Vinculante 14, a qual estabelece:

Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O atual Ministro da Suprema Corte, Alexandre de Moraes, defende que, na ampla defesa, se assegura ao réu condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos que considerar necessários ou mesmo de omitir-se ou calar-se, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa.

45 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

46 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 113.

47 *Ibidem*, p. 114.

Traduzido, então por DINAMARCO⁴⁸, pelo binômio ciência-participação, não obstante as variações de cunho doutrinário, o contraditório é princípio que visa garantir às partes o direito de serem cientificadas dos atos realizados no processo e de contra eles opor resistência ou reagir, podendo contribuir na formação da convicção do julgador.

Ao defensor caberá a análise, a respeito disso, ensina COUTURE⁴⁹:

[...] O contraditório é tratado junto com o princípio da igualdade e sua fórmula se resume no preceito da *audiatur et altera pars*, afirmando-se na audiência bilateral, pela necessidade de ouvir a outra parte, constituindo aplicações mais importantes desse princípio: (a) a comunicação, ao demandado, da demanda contra ele existente, na forma prevista em lei; (b) a concessão de prazo razoável para que possa comparecer e defender-se, o que se conhece por garantia de *su día ante el tribunal* ou *day of the court*; (c) a devida comunicação sobre as provas antes de sua produção, a fim de que se possa ser fiscalizada pelo adversário durante a produção e impugnada após a produção; (d) a garantia de que toda petição incidental formulada durante o debate ou durante a prova deve substanciar-se com audiência do adversário, exceto por disposição em contrário; (e) a concessão de iguais possibilidades para apresentar exposições de conclusões e alegações e de impugnar mediante recursos as resoluções que lhe são adversas.

A Constituição de 1988, segundo GOMES FILHO⁵⁰, alarga o alcance de garantia

processual penal que era prevista desde a primeira carta republicana de 1891, trata do contraditório no artigo 5º, LV, assegurando aos acusados em geral a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, ressaltando com isto tratamento preferencial que deve merecer a posição da defesa, não somente no âmbito penal, mas também nos outros tipos de processo que buscam uma decisão que influí sobre as partes.

A grande relevância para o contraditório são os atos de comunicação processual, por meio dos quais se propicia o completo e adequado conhecimento dos vários atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentados pelo adversário; e das decisões proferidas, pois sem eles, a participação seria impraticável, ou, deficiente, conclui GRINOVER⁵¹.

Dentre esses atos importantes, para GOMES FILHO⁵², destacam-se especialmente as atividades relacionadas a provar fatos que fundamentam as pretensões das partes, que, por isso mesmo, possuem os melhores argumentos para contestá-las, possibilitando ao julgador uma visão mais completa e mais crítica da realidade.

CUNHA *et al*⁵³ discorrem sobre o caso de delação, o delatado é corréu no processo, e, por meio de seu advogado, pode contestar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que abre a possibilidade de perguntar, seja em outra

decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 94.

49 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Gaccobini. São Paulo: Red Livros, 1999.

50 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das*

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 12.

52 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

53 CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

audiência de interrogatório, seja em outra designada para essa finalidade.

Essa participação ativa das partes nos atos processuais pressupõe um respeito ao ideal de igualdade, que está ínsito na própria noção de contraditório, GOMES FILHO⁵⁴ afirma que, atendendo aos valores político-ideológicos, sociológicos e técnicos mencionados, é errado atribuir direitos, faculdades e prerrogativas a apenas um dos interessados ou reparti-los de forma desigual.

Nesse sentido, VEIU⁵⁵ *apud* GOMES FILHO, fala em “paridade de armas” para indicar o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas a cada um dos interessados no provimento para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária.

Em caso contrário, segundo preceitua NUCCI⁵⁶, isso geraria nulidade que, para ele, se trata de um vício que afeta determinado ato processual praticado sem observar a legalidade, ensejando a sua inutilidade, exigindo, conseqüentemente, uma renovação, de acordo com artigo 563 do Código de Processo Penal, que assim determina:

Art. 563 Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Portanto, se há ofensa direta a princípio constitucional no processo, incorrerá este em nulidade absoluta, conforme o artigo 573 do Código de Processo Penal, devendo o juiz fazer com que o ato seja novamente praticado ou corrigido.

A sentença do julgado foi considerada nula. Logo, não poderá produzir efeitos consoante reza o § 1º do artigo 573 do Código de Processo Penal⁵⁷, prescrevendo que:

Art. 573. [...]

§ 1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.



Fonte: www.canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br

Refletindo, pois, em todos os atos processuais posteriores.

Destarte, as palavras de MIRABETE⁵⁸ corroboram:

[...] a nulidade de um ato causa a nulidade dos que dele dependem ou sejam conseqüência, de acordo com o princípio da causalidade, ocorrendo o que se tem denominado de nulidade derivada. São nulos todos os atos concomitantes, posteriores ou mesmo anteriores ao ato viciado contaminados por ele. Cite-se como exemplo da última hipótese a nulidade da sessão do júri por um vício nas respostas aos quesitos.

54 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.36.

55 *Ibidem*, p. 37.

56 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 771.

57 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

58 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 577- 578.

Além disso, conforme determinação do § 2º do artigo 573 do Código de Processo Penal, ter-se-á de declarar a nulidade dos atos a que ela se estende. E comenta MIRABETE⁵⁹:

[...] Como a lei não distingue expressamente entre os casos de nulidade do processo e nulidade do ato, cabe ao aplicador deduzir a abrangência da invalidade. A evidência, a anulação do processo *ab initio* (*ab ovo, ex radice*), como a de incompetência absoluta, falta de representação em hipótese de crimes de ação penal pública condicionada etc., acarreta o não aproveitamento de todos os atos processuais, não havendo necessidade de que sejam eles enumerados pelo juiz. Também é desnecessária a menção específica dos atos contaminados quando o vício acarreta a nulidade de todos os atos subsequentes.

Diante da questão central sobre a inexistência de previsão legal para a cronologia do oferecimento das alegações finais entre corréus delatores e delatados, o julgado estabeleceu o entendimento de que houve constrangimento ilegal na determinação de prazo comum com base nos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, que devem permear todo o processo, e abriu a possibilidade de manifestação da defesa por último, via memoriais, após a acusação. Dados os fatos, com a caracterização da interferência nos atos judiciais subsequentes, foi declarada a nulidade processual dos atos afetados pelo procedimento debatido.

6. Da necessidade de formação de uma tese jurídica

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 166.373/PR⁶⁰, relativo ao ex-gerente da Petrobras,

Márcio de Almeida Ferreira, decidiu no mesmo sentido do AgR HC 157.627/PR, e anulou a sentença em que houve a condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro na Lava Jato. Assim, foi determinado o retorno do processo à fase de alegações finais, assegurando que o acusado delatado apresente suas alegações finais após o acusado delator. Nessa oportunidade, o Tribunal decidiu pela formulação de tese em relação ao tema, por isso, houve a suspensão do julgamento para fixação da tese em assentada posterior.

Para MELO & NUNES⁶¹, as decisões no âmbito da Suprema Corte têm repercussão em diversos processos, sejam eles concluídos ou em tramitação, e, sendo assim, os Ministros visando garantir a segurança jurídica, devem fixar uma tese para orientar as outras instâncias judiciais.

Para ATAÍDE JUNIOR⁶², o sistemático desrespeito aos precedentes de tribunais superiores no Brasil tem comprometido o próprio Estado de Direito, é como se existissem várias leis regendo a mesma conduta, o que indubitavelmente gera integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. Essa conjuntura fez nascer a necessidade de criação de um sistema constituído por institutos para um maior controle lógico da matéria de direito, que se afiguram entre precedentes vinculantes ou relativamente vinculantes para as jurisprudências, com intuito de proporcionar um maior grau de uniformidade, previsibilidade, estabilidade, celeridade e principalmente isonomia.

Edson Fachin, j. 02/10/2019.

61 MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

62 ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 229, mar. 2014, p. 379.

59 *Ibidem*, p. 578.

60 BRASIL. STF. Pleno, HC 166.373/PR, Relator Ministro

Nesse aspecto, CAMBI⁶³ ressalta que:

[...] quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional, [...] elimina a certeza do direito, sendo causa de crise, na medida em que é a certeza e a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dão segurança à sociedade; já que sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida.

TUCCI⁶⁴ acrescenta que:

Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado princípio da inércia, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro [por presumir ser correta, pelo desejo de coerência, e força do hábito].

E conclui asseverando que uma orientação já adotada “não pode ser desprezada sem uma motivação satisfatória”.

Em sentido semelhante, posiciona-se NÓBREGA⁶⁵:

[...] Acontece que a decisão do juiz, uma vez consagrada pelos Juízes Superiores, tende a se impor, passa a ser tida como forma correta de interpretação da lei. O exemplo, o precedente, tem grande força normativa; não só o próprio juiz

persistirá na direção tomada, como os demais juízes, por comodidade, ou convicção, serão levados a se orientar no mesmo sentido, a interpretar a lei pela forma consagrada. Dêsse modo, a jurisprudência se estabelece, se firma, com força de direito objetivo.

Nos dizeres de MITIDIERO⁶⁶, o precedente deixa a província da persuasão e irrompe nos domínios da vinculação, convertendo-se em uma efetiva norma jurídica.

Com efeito, para MANCUSO⁶⁷, decisões diferentes para casos semelhantes atentam contra o princípio da isonomia, porquanto, nas demandas de alto volume com incidência de causas repetitivas, a divergência jurisprudencial deixa ainda mais evidente a desigualdade perante a mesma lei, o que é, decerto, um fato inadmissível.

No que tange ao julgamento de casos repetitivos DIDIER JUNIOR & LIPIANI⁶⁸ discorrem sobre as suas finalidades:

[...] a) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; b) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer.

63 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001, p. 111.

64 TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

65 NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007, p. 126.

66 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

67 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018, p. 22-23.

68 DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, fev. 2020, p. 156.

Conforme os autores mencionados alhures⁶⁹, a definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes, ou que venham a ser ajuizados, desde que não se trate de coisa julgada.

Ademais, DIDIER JUNIOR & CUNHA⁷⁰ esclarecem que, no âmbito jurídico, existem dois sistemas de resolução de causas repetitivas: a) causa-piloto: onde o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais; b) causa-modelo: instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada.

No Brasil, corrobora MANCUSO⁷¹, a incidência de recurso especial e extraordinário repetitivos pressupõe a existência deles no âmbito do tribunal superior, sendo processados e julgados como causa-piloto com identificação das circunstâncias fáticas. Ademais, não é possível instaurar o procedimento sem que haja no tribunal respectivo causas para selecionar que estejam em pendência de julgamento, consoante artigo 1.036 do Código Processo Civil.

Após serem julgados pelo órgão colegiado, conjuntamente, fixa-se a tese jurídica a ser aplicada aos demais processos que aguardavam sobrestados nos juízos inferiores. Os recursos afetados pela análise devem ser julgados no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e *habeas corpus*, vide artigo 1.037, § 4º, do Código de Processo Civil.

Desse modo, instaura-se um precedente vinculante, que deve ser seguido pelos juízos e tribunais em causas que demandem questão repetitiva, de direito processual ou de direito material.

É lógico que, segundo DIDIER JUNIOR & LIPIANI⁷², dessa forma, nasce a necessidade de uma efetiva participação dos interessados na tese, através do contraditório, oportunizado com a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate em momento anterior ao feito, podendo nele exercer influência. Essa repercussão geral, nos demais processos, tem uma feição objetiva, que alcança a isonomia e a segurança jurídica com a fundamentação uniformizada.

Assim, reforça-se a obrigatoriedade da observância do entendimento do Supremo Tribunal Federal na aplicação das regras sobre uniformização da jurisprudência, para que se adotem também os resultados dos recursos repetitivos, conforme previsto no artigo 927, III, do Código de Processo Civil, vez que isso proporcionará um entendimento adequado, economia processual, segurança jurídica, além de clareza a respeito do pensamento do tribunal acerca de determinada matéria ao jurisdicionado, afirmam MARX NETO *et al*⁷³.

7 Considerações finais

Assentadas essas bases, adequado o posicionamento adotado pela Segunda Turma do STF em sede de julgamento do AgR HC 157.627/PR⁷⁴, visto que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados ao longo de todo o processo, inclu-

69 *Ibidem*, p. 156.

70 DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 215.

71 *Idem*. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

72 DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, fev. 2020, p. 165.

73 MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95.

74 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

sive, em sede de alegações finais, sejam elas orais, ou por memoriais, com a concessão de prazos sucessivos, respectivamente, para réus delatores e delatados.

De todo modo, é certo que, para casos novos, essa é a orientação a ser seguida, reafirmando a necessidade de fixação de tese pelo STF. Diante da inércia do nosso Legislativo, o juiz deixa de ser um “boca da lei” e passa a ser criador do direito, e as normas devem ser interpretadas de maneira compatível dentro do seu contexto histórico, evoluindo com a sociedade.

Nesse aspecto, BARROSO⁷⁵ esclarece que se trata de uma mudança de interpretação conforme a Constituição, e claro, a sanção para toda a inconstitucionalidade, em regra, será a nulidade do ato, com caráter declaratório e efeito retroativo.

VELLOSO⁷⁶ acrescenta que se trata de um caso em que a justiça se aplica ao caso concreto, com equidade, pois complementa a lacuna à norma legal, ou seja, fora das leis positivadas.

E, para as decisões anteriores ao julgamento paradigma, se coloca a questão da modulação de efeitos ou, mais propriamente, da aplicação retroativa da jurisprudência.

MARX NETO *et al*⁷⁷ indicam que, consentâneo à necessidade de regulação, o artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil prevê que, em caso de alteração de jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal ou de incidentes repetitivos, poderá haver modulação dos efeitos, caso haja interesse social,

resguardando a estabilidade das decisões que foram consolidadas, visando primordialmente a segurança jurídica.

Para GRECO⁷⁸, a retroatividade da jurisprudência é plenamente cabível, mas, sob intuito de beneficiar o agente, assim, a modificação de interpretação deve retroagir, se aplicando inclusive aos casos anteriormente julgados, aos fatos já decididos através de sentença condenatória transitada em julgado, via ação revisional. Dessa forma, a aplicação retroativa de jurisprudência não pode ser automática, quando envolvidos direitos das partes, encontrando-se solução em conformidade com o ordenamento jurídico.

BARROSO⁷⁹, Ministro da Suprema Corte, afirma que existem posições contrárias, que sustentam a inexistência de nulidade absoluta sem que haja comprovado prejuízo, e a impossibilidade de retroatividade jurisprudencial sob os corolários do princípio da segurança jurídica. Não por outra razão vem o Supremo Tribunal Federal firmando precedentes jurisprudenciais no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a suas decisões, portanto, ressalva a validade de todos os atos e efeitos produzidos até a data do julgamento.

Entretanto, GRECO⁸⁰, e GOMES, BIANCHINI, & DAHER⁸¹, ressaltam que, somente no caso de modificação na jurisprudência do STF para pior, haverá a manutenção das decisões anteriormente firmadas.

A retroatividade de uma norma nova desfavorável viola descaradamente o disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal de

75 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 461.

76 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 172.

77 MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134.

78 GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. São Paulo: Forense, 2019, p. 19.

79 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 103.

80 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 14-15.

81 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Curso de direito penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 158-159.

1988, que preceitua: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Em face da analogia *legis*, a irretroatividade da *lex gravior* em matéria tributária, prevista na Constituição em seu artigo 150, III, “a”, é aplicável também à área penal.

O movimento do neoconstitucionalismo, no período do pós Segunda Guerra Mundial, foi o ponto de partida para a construção do direito atual, que envolve o legislador e os órgãos jurisdicionais, formando aquilo que a doutrina chama de “Constituição vivente” (*living constitution*), onde os precedentes e tradições são sedimentados com a passagem do tempo pela jurisprudência, num sistema similar ao que se pratica no sistema *common law*, de acordo com GOMES & VIGO⁸².

Diante do exposto e na linha da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial deve ocorrer com a mudança da jurisprudência consolidada em relação a essa debatida questão jurídica.

Dessa forma, reforça-se a postura adotada pelo Brasil nos últimos anos, com maior observância aos julgados e à influência dos costumes nos ditames da Justiça, uma atitude positiva, pois visa promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia, eficiência, e equidade.

82 GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008, p. 169-170

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 229, p. 377-401, mar. 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada*. Quorum de deliberação. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. *Canal Ciências Criminais*, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/diferenca-delacao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 05 maio 2020.

BOLDRINI, Angela. Para 96%, Lava Jato deve continuar “custe o que custar”, mostra pesquisa. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 dez. 2016. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837831-para-96-lava-jato-deve-continuar-custe-o-que-custar-mostra-pesquisa.shtml. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. MPF. *Origem da Operação Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. STF. Pleno, *AP 465/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014.

BRASIL. STF. Pleno, *HC 166.373/PR*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 02/10/2019.

BRASIL. STF. Primeira Turma, *HC 90.708/BA*, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 20/03/2007, DJe 13/04/2007.

BRASIL. STF. Segunda Turma, *AgR HC 157.627/PR*, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

BRASIL. STF. Segunda Turma, *HC 75.226/MS*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.

BRASIL. STF. Segunda Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras. *Notícias STF*, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421829>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Gaccobini. São Paulo: Red Livros, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, p. 153-195, fev. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional* - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, p. 203-227, mar./abr. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Curso de direito penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. São Paulo: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEITE, Gisele. *Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://www.editorarumolegal.com.br/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro-gisele-leite>. Acesso em: 02 abr. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARIGHETTO, Andrea. *Aspectos patológicos dos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/andrea-marighetto-aspectos-patologicos-acordos-delacao>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo* - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. O método do discovery e a busca da paridade negocial. *Consultor Jurídico*, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opinio-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal - parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito processual penal - esquemas & sistemas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 711-736, jun. 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada, legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado – lei 12840-2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 248-249, dez. 2013.

RODAS, Sérgio. Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado. *Consultor Jurídico*, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 191-205, jan./jun. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar.2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Lei de abuso de autoridade: elemento subjetivo especial do injusto e controvérsias interpretativas¹



Simone de Alcantara Savazzoni

Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP (2017). Mestre em Direito Penal pela PUC/SP (2010). Analista Judiciária - Assessora no TRF da 3ª Região. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Graduação e Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito - EPD. Professora convidada da Pós-Graduação da PUC-COGAE, Faculdade Legale, Escola Brasileira de Direito - EBRADI e Escola Superior de Advocacia da OAB - Seção SP.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer a respeito de algumas controvérsias interpretativas que podem advir das previsões constantes na Lei nº 13.869/2019, vigente desde 03 de janeiro de 2020. Nesse desiderato, inicialmente, demonstrará o contexto de promulgação da nova lei, a qual ab-roga o antigo diploma legal que regulamentava o assunto (Lei nº 4.898/1965). Em continuidade, abordará a necessidade do controle exercido pelo Direito Penal das condutas dos agentes estatais a fim de reprimir o abuso de autoridade. Ao final, apresentará uma análise crítica da novel legislação, mormente em relação à exigência do elemento subjetivo especial do injusto, bem como sobre alguns aspectos polêmicos dos preceitos normativos e sua inevitável judicialização.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 13.869/2019. Abuso de autoridade. Contexto político. Sujeitos do crime. Condutas. Elemento subjetivo especial do injusto. Judicialização.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss some interpretative controversies that may arise from the provisions contained in Law No. 13,869/2019, in force since January 3, 2020. In this regard, initially, it will be presented the context in which the new law was promulgated, which abrogated the old legal diploma that regulated the matter (Law No. 4,898/1965). In continuity, it will be discussed the need for the control exercised by Criminal Law of the conduct of state agents in order to repress the abuse of authority. At the end, a critical analysis of the new legislation, especially in relation to the requirement of the special subjective element of the unjust, and also of some controversial aspects of the normative precepts and their inevitable judicialization will be presented.

¹ Artigo anteriormente publicado na *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 124, out./nov. 2020.

KEYWORDS: Law no. 13,869/2019. Abuse of authority. Political context. Crime subject. Conducts. Special subjective element of the unjust. Judicialization.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Contexto político de tramitação da Lei nº 13.869/2019. 3 Controle das condutas abusivas dos agentes estatais pela tutela penal. 4 Análise crítica da novel legislação. 5 Inevitável judicialização do diploma legal. 6 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A Lei nº 13.869/2019, em vigor desde 03 de janeiro de 2020, define no artigo 1º os crimes de abuso de autoridade como aqueles:

[...] cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

Repensando o aspecto sociológico, o conceito de autoridade revela que:

A autoridade é definida e sustentada pelas normas do sistema social e, de modo geral, aceita como legítima pelos que dela participam. Como tal, a maioria das formas de autoridade está ligada não a indivíduos, mas às posições – *status* – que eles ocupam em sistemas sociais. [...] A legitimidade social da autoridade depende de a mesma ser usada de acordo com as normas que lhe definem a esfera de ação e os mecanismos sociais através dos quais é aplicada. Ao contrário dos valentões dos recreios na escola, cujo poder se baseia em coerção e não em um senso compartilhado de legitimidade, pessoas em posições de autoridade podem conservá-la apenas mantendo a impressão de que ela não está sendo objeto de abuso. O abuso de autoridade, no entanto, é muitas vezes difícil de provar, uma vez que parte de

sua legitimidade inclui certo grau de deferência por aqueles que a exercem².

Dessa forma, diante do acima esposado e com o escopo de evitar que os agentes estatais atuem de maneira ilegítima e abusiva, imprescindível a existência de uma legislação específica para coibir tais práticas.

Nesse desiderato, em um contexto social polêmico entre os três Poderes, em especial devido aos desdobramentos da “Operação Lava Jato” e suas repercussões no mundo político e empresarial, foi promulgada a novel Lei nº 13.869/2019, ab-rogando a norma que regulamentava o assunto, qual seja, a Lei nº 4.898/1965.

Ressalte-se que o diploma legal anterior foi concebido em período de cerceamento às liberdades no Brasil, durante a ditadura militar, no governo presidido pelo Marechal Castello Branco, o qual foi nomeado – por meio de eleições indiretas – logo após o golpe de 1964, tendo governado até 1967 e sendo o responsável pelas bases do sistema de repressão e autoritarismo, motivo pelo qual se torna evidente que a Lei nº 4.898/1965 há muito tempo carecia de readequação perante as diretrizes previstas na Constituição Federal de 1988 e o espírito de redemocratização do país.

Além disso, tal norma não encontrava respaldo no âmbito penal, englobando disposições de cerne administrativo e cível, vez que

2 JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 73.

os atos dos agentes públicos caracterizados como delitos estavam previstos nos artigos 3º e 4º, e eram dotados de uma tipificação penal ampla, cujo núcleo do tipo estava configurado apenas no verbo “atentar” (art. 3º), sem indicar qual a conduta específica do crime, em total contraponto aos princípios da legalidade e taxatividade.

Diante dessas considerações preliminares, a despeito do ânimo que pairava no Congresso Nacional no momento da formulação e aprovação da nova Lei de Abuso de Autoridade, primazia é que há muito tal regramento demandava atualização legislativa.

2 Contexto político de tramitação da Lei nº 13.869/2019

Sabido é que o Brasil vivencia, desde março de 2014, efeitos diretos e colaterais da ação penal intitulada “Operação Lava Jato”, a qual, indiscutivelmente, constitui a maior investigação contra crimes de corrupção já deflagrada no país até então.

Em decorrência dos resultados amplamente divulgados, oriundos das apurações, a classe política e empresarial nacional foi abalroadada, vez que vários de seus expoentes e representantes foram devidamente processados e presos, dentre os mais ilustres, inclusive, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva³ e o empresário Marcelo Odebrecht⁴.

Neste contexto, hodiernamente, parlamentares e bem assim empresários ainda se encontram às voltas com a operação, tendo sido alguns deles alvos de investigação pela Polícia Federal, como o ex-Presidente da Câmara Federal, Deputado Rodrigo Maia⁵, ou

ainda de busca e apreensão, como o anterior líder do governo no Senado da República, Senador Fernando Bezerra⁶.

Neste clima de intensa persecução penal, visando ao combate e repressão aos crimes de corrupção, os congressistas – atendendo à antiga demanda – promulgaram uma nova lei para controle e combate aos abusos praticados por autoridades. Como bem salientado pela doutrina:

Não há dúvida quanto à ineficiência da antiga lei de abuso de autoridade (Lei Federal nº 4.898/1965) pelas penas, em sua maioria, baixas e sem real poder dissuasório. Fazia-se, de fato, imperiosa a aprovação de nova regulamentação sobre o assunto. Já dissemos e repetimos aqui: quem abusa dos poderes delegados pelo Estado, seja em qual função for, deve ser punido⁷.

Para trazer à baila um contexto cronológico, vislumbra-se que, atendendo a esse anseio, nasceu o PLS nº 85/2017,⁸ de autoria do senador Randolfe Rodrigues, cujo texto base foi aprovado em 26/04/2017, em forma de substitutivo, tanto na Comissão de Constituição e Justiça como no Plenário do Senado.

Naquela ocasião, o substitutivo foi alvo de crítica por juizes, procuradores do Ministério Público e Senadores da República, o que ocasionou algumas alterações do texto, como, por exemplo, a exclusão do ponto que versava sobre o chamado “crime de hermenêutica”,

drigo Maia de “caixa três”. *Correio Braziliense*, 27 ago. 2019.

3 LOPES, Nathan *et al.* Lula é condenado e tem pena ampliada em 2ª instância por sítio em Atibaia. *Notícias UOL*, 27 nov. 2019.

4 TRF4. Operação Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Marcelo Odebrecht. *Notícias TRF4*, 12 set. 2018.

5 CALCAGNO, Luiz. Relatório da Polícia Federal acusa Ro-

6 STF. Autorizadas busca e apreensão contra senador Fernando Bezerra Coelho e seu filho. *Notícias STF*, 19 set. 2019.

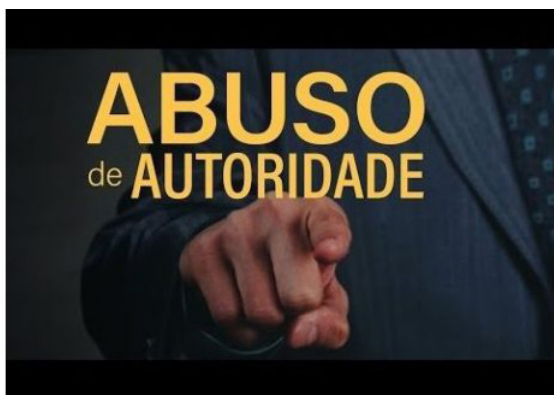
7 PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. *Nova lei de abuso de autoridade: comentada artigo por artigo*. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2020, p. 8.

8 Texto original do projeto disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 11 ago. 2020.

cuja discussão abordavam a possibilidade de punição a magistrados por interpretação de lei que fosse revertida em instância superior.

Após aprovação no Senado, o texto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde tramitou como Projeto de Lei nº 7.596/2017 e foi aprovado, em regime de urgência, em 14 de agosto de 2019, mediante votação simbólica⁹, com o aval dos líderes partidários.

O projeto aprovado foi então encaminhado à sanção presidencial, ato dependente da prévia avaliação do Ministro da Justiça, para constatação de eventuais pontos contrários com a legislação pátria. Momento em que, a Presidência da República, no exercício de suas competências constitucionais, vetou 19 dispositivos entre os 45 artigos da lei. Entretanto, o Congresso Nacional derrubou 10 oposições, permanecendo, assim, apenas 09 artigos vetados no texto final aprovado.



Fonte: www.ccladvogados.com.br

9 Segundo glossário de termos legislativos divulgado pelo Congresso Nacional, votação simbólica é o “processo de votação em que os parlamentares se manifestam fisicamente. O presidente, ao anunciar a votação, convida os parlamentares a favor da matéria a permanecerem sentados, devendo os que se posicionam contrariamente manifestar-se, o que se dá, normalmente, pelo ato de levantar um braço”. Essa modalidade de votação, que é a mais comum, ocorre quando já existe acordo prévio sobre a matéria, restando dispensado o registro nominal dos votos. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario/-/definicoes/termo/votacao_simbolica. Acesso em: 11 ago. 2020.

3 Controle das condutas abusivas dos agentes estatais pela tutela penal

Consoante apontado na introdução, a responsabilização penal nos casos de abuso de autoridade sob a égide da Lei nº 4.898/1965, cingia-se apenas ao estabelecido nos artigos 3º e 4º, conforme descrito a seguir:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas,

emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Dessa forma, denota-se que a lei ab-rogada, editada sob a notória influência do regime militar, trazia tipos totalmente abertos¹⁰, nos quais “qualquer atentado” aos direitos mencionados poderia ser considerado como abuso de autoridade, o que desrespeita frontalmente o princípio da taxatividade penal, pois enseja a possibilidade de enquadramento de uma infinidade de condutas ao tipo penal, conforme oscilar a interpretação pessoal dada ao caso concreto pelo magistrado.

Sobre essa questão, a doutrina explica que a taxatividade para o Direito Penal significa que:

[...] as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma. [...] A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os

tipos taxativos – limitativos, restritivos e precisos – de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou reserva legal¹¹.

Desse modo, denota-se que o princípio da taxatividade se dirige também diretamente ao legislador e deve orientar a formulação da lei penal de maneira a garantir uma definição detalhada, clara e objetiva, sem margem de dúvidas na sua aplicação, precipuamente no que diz respeito aos tipos penais incriminadores.

Nesse sentido, de modo complementar, releva também mencionar o conceito de legalidade sob três prismas:

Ao cuidarmos de legalidade, devemos visualizar os seus três significados. No prisma político é garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica, destacam-se os sentidos *lato* e *estrito*. Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Quanto ao sentido estrito (ou penal), quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine. Neste último enfoque, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal¹².

Assim, denota-se que esses princípios estão inter-relacionados, vez que a função da legalidade estará flagrantemente comprometida caso as normas incriminadoras não sejam taxativas, pois esse conjunto é que realmente assegura a proteção ao indivíduo contra ar-

10 “*Tipo fechado e tipo aberto*: Tipo fechado, ou cerrado, é o que possui descrição minuciosa da conduta criminosa. [...] Tipo aberto é o que não possui descrição detalhada da conduta criminosa. Cabe ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, complementar a tipicidade mediante um juízo de valor”. MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 100.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 107.

12 *Ibidem*, p. 128.

bitrariiedades, limitando efetivamente o *ius puniendi* estatal.

Nesse sentido, a doutrina elenca a taxatividade como um fundamento do princípio da reserva legal:

Tal princípio [reserva legal] possui um fundamento de natureza jurídica e outro de natureza política. O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação (não há espaço para a analogia *in malam partem*), pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado¹³.

Dessarte, não há dúvida de que a tutela penal das ações abusivas cometidas pelos representantes do Estado sempre se apresentou como um imperativo coletivo necessário, visto que, ao coibir excessos, a norma afiança segurança jurídica aos cidadãos. Afinal, como salientado pela doutrina:

O exercício abusivo do poder conferido aos agentes públicos é uma realidade histórica universal, que deve ser punida de maneira exemplar, já que as prerrogativas conferidas a todos os que agem em nome do Estado possuem uma vinculação finalística pré-determinada à satisfação do interesse público. Por conta disso, tanto a lei como a doutrina exigem o atendimento do elemento finalidade pública como condição de validade intrínseca de todos os atos administrativos¹⁴.

Por certo, convém, outrossim, salientar que a reprimenda criminal de eventuais práticas administrativas abusivas pelos agentes do Estado visa, em última instância, a um regramento ainda maior do exercício do poder pela Administração, especialmente no que tange ao poder de polícia.

Nessa seara, consoante lição de Maria Sylvia Zanella Di Prieto:

Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender o interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do direito público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. A competência e o procedimento devem observar as normas legais pertinentes. Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais¹⁵.

13 MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 26-27.

14 PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. *Nova lei de abuso de*

autoridade: comentada artigo por artigo. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2020, p. 6.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

Desta feita, tornou-se imprescindível a promulgação de uma nova legislação penal, que cuidou de pormenorizar a definição dos tipos penais que configuram o abuso de autoridade, inclusive porque a lei pretérita apresentava “sanção incompatível com o valor do injusto”¹⁶, vez que a pena prevista era de detenção de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses, incapaz assim de desestimular a prática da conduta.

Registre-se que, entre as tipificações previstas pela Lei nº 13.869/2019, encontra-se a descrição de atos provenientes até mesmo das autoridades judiciais como, por exemplo, decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais (art. 9º), dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30) e até antecipar, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação (art. 38).

É notório que alguns tipos penais da nova lei foram “inspirados” em situações ocorridas na “Operação Lava Jato”, como o artigo 10 referente à condução coercitiva¹⁷. Entretanto, conforme já salientado, apesar da possibilidade de referida lei ter sido publicada sob pressões de categorias ou midiáticas, resta evidente que, comparativamente à lei abrogada, o novo diploma legal apresenta técnica mais apurada, com a previsão da maioria dos tipos penais devidamente delineados, assim como indica expressamente a pena cabível em cada uma de suas tipificações, o que inexistia na lei anterior.

Todavia, infelizmente, remanesce ainda em seu bojo algumas expressões de cunho genérico, que podem gerar indesejadas controvérsias e diferentes interpretações, como será abordado adiante.

4 Análise crítica da novel legislação

Observa-se que, nos artigos 1º e 2º da Lei nº 13.869/2019, foram implementadas importantes premissas ao definir expressamente quem pode ser sujeito ativo nos delitos de abuso de autoridade, assim como estabelecer o elemento subjetivo especial do injusto mediante a exigência de uma finalidade específica na ação para a configuração dos referidos crimes.

Em verdade, ficou determinado, claramente, que tanto o servidor público como o terceiro que esteja em exercício de atividade em nome do Estado podem incorrer na prática do crime de abuso de autoridade, não deixando margem a dúvidas:

Art. 2º. É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:

- I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas;
- II - membros do Poder Legislativo;
- III - membros do Poder Executivo;
- IV - membros do Poder Judiciário;
- V - membros do Ministério Público;
- VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. (destaques nossos)

Ademais, partindo do conceito do artigo 327 do Código Penal¹⁸, referente a funcio-

16 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 53.

17 “Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

18 “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

nário público, o parágrafo único do artigo supratranscrito, esclarece, de maneira mais pormenorizada, que se reputa agente público:

[...] todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo *caput* deste artigo.

Assim, conclui-se que os delitos previstos na novel legislação são classificados como crimes funcionais, vez que os sujeitos ativos devem ser sempre agentes públicos. Entretanto, conveniente ressaltar que podem ser funcionais próprios ou impróprios, vejamos:

De acordo com essa classificação, os crimes de abuso de autoridade seriam, em sua maioria, espécies de “*crimes funcionais impróprios*”, tendo em vista que as condutas descritas nos diversos tipos penais, acaso cometidas por pessoa que não seja funcionária pública não seriam fatos atípicos, mas crimes comuns, tais como sequestro e cárcere privado, constrangimento ilegal, lesões corporais, contravenção penal de vias de fato, crimes contra a honra etc. Há exceções em que são os crimes de abuso de autoridade *crimes funcionais próprios*, sempre que a conduta seja atribuição ou competência especial de um determinado agente público muito específico, tais como Delegados de Polícia, Juizes de Direito etc. Dessa forma, a mesma conduta praticada por particular é irrelevante criminalmente. Por exemplo, a obrigação de comunicar a prisão de alguém ao judiciário (artigo 12, da Lei de Abuso de Autoridade). O

particular não comete crime algum se não faz essa comunicação, eis que não é seu mister¹⁹.



Fonte: www.freepik

Observe-se que não basta tratar-se de agente público para configurar como sujeito ativo, necessário que seja detentor de alguma parcela de poder, de autoridade, de capacidade para subordinar²⁰, vez que deve possuir o poder de abuso ao desviar de sua finalidade ou ao atuar com excesso sob o pretexto de atendimento ao interesse público.

Em relação a esse aspecto, vale indicar que os delitos de abuso de autoridade são pluriofensivos, vez que, ao mesmo tempo, atingem dois bens jurídicos tutelados: primeiramente, relacionado ao indivíduo, conforme o crime, sua liberdade de locomoção, sua privacidade, etc.; mas também o adequado funcionamento do Estado, com credibilidade e probidade, respeitado o dever do agente público atuar conforme os princípios constitucionais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²¹.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

19 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Abuso de autoridade: chave de leitura para a alma ou o centro nevralgico da lei. *Megajurídico*, 06 jan. 2020.

20 *Ibidem*.

21 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial*

Além disso, outra perspectiva basilar tange ao elemento subjetivo especial do injusto, vez que, como já mencionado, o novo diploma legal incluiu a exigência da finalidade específica (dolo específico) de “prejudicar ou trem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal” (art. 1º, § 1º).

Dessa forma, ao exigir intenção específica para configuração do delito, fica excluída a possibilidade de punição na seara criminal de condutas culposas, ou seja, se não demonstrada má-fé explícita – cuja comprovação não é tarefa simples –, inexistirá crime, podendo remanescer apenas repercussões nas esferas administrativa ou cível.

No que tange à imprescindibilidade de exigência do elemento subjetivo do injusto, convém destacar a diferença deste para o dolo genérico:

A doutrina tradicional costuma fazer diferença entre o dolo genérico, que seria a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial, e o dolo específico, que seria a mesma vontade, embora adicionada de uma especial finalidade [...] que constitui o elemento subjetivo específico, podendo ser explícito ou implícito²².

Oportuno, ainda, esclarecer que o elemento subjetivo especial do injusto é autônomo e independente do dolo:

Conquanto esse especial fim de agir amplie sobremaneira o aspecto subjetivo do tipo, não integra e nem se confunde com o dolo, visto que este se esgota com a consciência e a vontade de realizar determinada conduta com a finalidade de obter o resultado delituoso (dolo direto),

ou na assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual) [...] Enquanto o dolo deve restar concretizado no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo apenas têm o condão de especificar o dolo, sem que haja a necessidade de efetivamente se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, ou seja, desde que a conduta do agente tenha sido orientada por essa finalidade específica²³.

Desse modo, a regra contida no artigo 1º abrange todos os delitos previstos na Lei nº 13.869/2019, devendo ser detalhadamente descrita na peça acusatória qual foi a finalidade específica da conduta – mesmo que não alcançado o resultado almejado –, pois a ausência do elemento subjetivo especial do injusto descaracterizará a ocorrência do crime de abuso de autoridade, ainda que configurado algum erro ou eventual ilegalidade, vez que o abuso de autoridade é estabelecido pela legislação como um:

[...] crime de intenção (delito de tendência interna transcendente), assim compreendido como aquele que requer um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade²⁴.

Nessa vertente é a inteligência firmada pela Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo que, por meio das diretrizes de atuação de polícia judiciária, destaca que, na nova Lei de Abuso de Autoridade:

[...] exige-se o denominado “dolo específico”, não existindo, sequer em tese, a figura culposa dos tipos penais. O agente precisa estar claro, visível e integralmente imbuído dos propósitos especificados

comentada: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 55.

22 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 305-306.

23 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 55-56.

24 *Ibidem*, p. 58.

na norma criminal (além do “especial fim de agir”), sob pena do delito não existir, podendo, se muito, apenas dar azo a uma eventual falta disciplinar residual, caso prevista em lei para sanção funcional. Assim, *os órgãos estatais de persecução deverão cercar-se de elementos concretos para imputar um crime de abuso de autoridade a alguém. Não basta a mera repetição do texto em tese infringido, sendo indispensável a descrição fundamentada do comportamento a que se busca punição, acrescida de elementos idôneos que demonstrem, minimamente, a presença do elemento subjetivo (dolo específico) e do especial fim de agir, sob pena de, hipoteticamente, também incorrerem em crime da própria nova Lei de Abuso* (artigo 30), por ausência de justa causa fundamentada²⁵.

Nesse mesmo sentido, a doutrina corrobora de maneira conclusiva:

Deveras, não se pode cogitar a prática do crime de abuso de autoridade sem que fique devidamente demonstrado o elemento subjetivo específico previsto na lei e que deve pautar a conduta do agente. Registre-se, ademais, que em caso de dúvida esta deve ser interpretada de forma favorável ao imputado, em respeito ao postulado do estado de inocência²⁶.

Dessa maneira, será indispensável a comprovação de que o agente procedeu com a finalidade específica de: a) “prejudicar outrem”, entendido esse prejuízo como uma ofensa que exceda o esperado ao exercício

regular das funções do agente público; b) “beneficiar a si mesmo ou a terceiro”, compreendida tal vantagem como qualquer proveito, de cunho patrimonial ou moral, obtido pelo agente; c) “por mero capricho ou satisfação pessoal”, ou seja, de alguma forma colocando seu interesse pessoal acima do interesse público, desvinculando-se de seus deveres de ofício, sem justificativa, arbitrariamente, em razão de algum sentimento pessoal²⁷.

Inobstante, o maior questionamento à redação do artigo 1º concerne justamente à expressão “mero capricho”, a qual admite uma interpretação demasiadamente aberta. Aliás, a maior parte das críticas tecidas ao novo diploma legal diz respeito a termos abertos, vagos e imprecisos utilizados como “conceitos” norteadores.

Justamente sobre essa imprecisão, vale iniciar a discussão mencionando, a título ilustrativo, decisão que restituiu a liberdade de um indivíduo preso em flagrante por envolvimento em tráfico de drogas com base nos preceitos na novel legislação, observando que a r. sentença foi proferida antes mesmo desta lei entrar em vigor.

Na ocasião, a D. magistrada ponderou, durante a audiência de custódia, que a manutenção da prisão poderia ser enquadrada como abuso de autoridade, fundamentação baseada na futura previsão legal de configurar crime manter alguém preso, quando “manifestamente” cabível sua soltura, argumentando a previsibilidade objetiva das hipóteses em que deve ser mantida a prisão, o que dependeria de uma descrição taxativa de seu cabimento no respectivo artigo.

Conforme termos da sentença:

Com o advento da Lei 13.869/2019, tornou-se crime manter alguém preso

25 LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova lei de abuso de autoridade* (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de polícia judiciária. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2020, destaques nossos.

26 CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Decretar condução coercitiva agora pode caracterizar crime de abuso de autoridade. *Conteúdo Jurídico*, 27 dez. 2019.

27 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 55-57.

*quando manifestamente cabível sua soltura. Ocorre que a expressão “manifestamente” é tipo aberto, considerando a plêiade de decisões nos mais diversos tribunais brasileiros e até mesmo as várias mudanças de entendimento do STF. Diante disso, enquanto não sedimentado pelo Excelso Pretório qual o rol taxativo das hipóteses em que a prisão é manifestamente devida, a regra será a soltura, ainda que a vítima e a sociedade estejam em risco. Se o Congresso Nacional, pelos representantes eleitos, teve por desejo impor essa lei aos brasileiros, o fez com o amparo democrático, cabendo ao Magistrado, a quem não compete ter desejos, limitar-se a aplicá-la e aguardar a definição de seus contornos pelos tribunais superiores. Assim, em que pese entender ser o caso de converter a prisão em flagrante em preventiva, diante da imposição da soltura por força da lei aprovada pelo Congresso Nacional, concedo liberdade provisória ao autuado mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*²⁸.

Em suma, é imperioso reconhecer que a nova lei de abuso de autoridade ensejará os mais diversos questionamentos que serão feitos por diferentes classes, demandando uma união de esforços do Poder Legislativo e Judiciário para resolução das controvérsias.

Ouvido pela reportagem do Jornal Folha de São Paulo, o Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Procurador Fábio George Cruz da Nóbrega, manifestou que:

Existem vários tipos penais [na nova lei], crimes que estão ali incluídos, com uma redação muito aberta, vaga, subjetiva. Isso traz uma intranquilidade muito grande [...] ²⁹.

Indagado sobre efeitos decorrentes da aplicação da norma, o Procurador asseverou que haverá:

[...] uma quantidade enorme de representações de advogados contra policiais, delegados, membros do Ministério Público e juízes. E é claro que isso atrapalha sobremaneira o funcionamento dessas instituições e particularmente quando se atua contra a criminalidade organizada, contra o crime financeiro, do colarinho branco, a corrupção³⁰.

Ressalte-se que entre os tipos mais controvertidos incluem-se os seguintes artigos:

Art. 9º. Decretar medida de privação da liberdade em *manifesta desconformidade* com as hipóteses legais.

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado *manifestamente descabida* ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.

Art. 20. Impedir, *sem justa causa*, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado.

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio *manifestamente ilícito*.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de *qualquer indício* da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.

Art. 30. Dar início ou proceder à perseguição penal, civil ou administrativa *sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente*.

28 TJ/DFT. *Processo 2019.01.1.016499-2*. Ata de Audiência de Custódia, 30 set. 2019, destaques nossos.

29 NUNES, Wálter. Lei de abuso de autoridade vai inibir

investigações, diz representante de procuradores. *Folha Uol*, 30 set. 2019.

30 *Ibidem*.

Art. 31. Estender *injustificadamente* a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado.

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole *exacerbadamente* o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la.

Art. 37. Demorar *demasiada e injustificadamente* no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento. (destaques nossos)

Assim, o que se vislumbra com os artigos colocados é a dificuldade que os intérpretes enfrentarão para definir objetivamente o âmbito de aplicação das expressões como “manifesta desconformidade”, “manifestamente descabida”, “qualquer indício”, “justa causa”, “exacerbadamente”, entre outras, que certamente ficarão sujeitas à interpretação subjetiva do magistrado, o que enseja indubitável insegurança jurídica.

Afinal, os tipos incluem algumas elementares sem especificá-las, remanescendo vários dispositivos com um caráter aberto, vago, impreciso, cuja interpretação dependerá de acurado trabalho do magistrado, no sentido de garantir uma análise consentânea com a matéria, como por exemplo, no caso do artigo 10, referente à condução coercitiva, para entender o que seria “manifestamente descabida”, deverá este contextualizar o fato considerando decisões do STF (ADPF’s 395 e 444), bem como do CNPG (Enunciado nº 7), no sentido de que a determinação de condução coercitiva pressupõe descumprimento de prévia notificação.

Da mesma forma, ainda a título exemplificativo, quando o inciso IV do parágrafo único do artigo 12 dispõe sobre deixar de promover a soltura do preso “sem motivo justo e

excepcionalíssimo”, é imprescindível também imaginar a possibilidade de se admitir a justificativa concernente ao motivo de eventual demora, demonstrando situações específicas, como dúvida sobre outro mandado de prisão em aberto, rebelião, etc., situações que podem validar demora pontual no caso concreto.

Inobstante, face tamanha imprecisão, multiplicam-se opiniões no sentido de violação ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal³¹, o que ensejaria o questionamento sobre a constitucionalidade desses dispositivos, consoante exposto:

Ocorre que a lei é cheia de comandos vagos e imprecisos que impedem a perfeita compreensão prévia do que se criminalizou, ficando a autoridade pública, em muitas das vezes, sujeita ao modo de pensar do magistrado que vai julgá-lo. Trata-se de uma indevida delegação legislativa em branco ou camuflada incompatível com o princípio da legalidade penal [...] não há dúvidas de que toda essa insegurança jurídica coloca em xeque a própria autonomia e independência do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos de investigação em geral, cujos membros poderão sentir-se intimidados exatamente pela falta de previsibilidade objetiva do que é um comportamento típico ou não. Trata-se de uma clara afronta ao Texto Supremo, que atribuiu ao Poder Judiciário e ao Ministério Público independência funcional exatamente para que pudessem os seus membros agir de maneira destemida contra os que se acham donos do poder político ou que detém o poder econômico³².

31 JANON, Renato da Fonseca. A lei de abuso de autoridade e o crime de pensamento. *Jota*, 19 mar. 2020.

32 PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. *Nova lei de abuso de autoridade: comentada artigo por artigo*. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2020, p. 8-12.

Além disso, há entendimento ressaltando a existência de contradições entre os novos dispositivos e a legislação vigente, o que pode gerar incongruências interpretativas, vejamos:

Outrossim, a Lei 13.869/2019 colide com o princípio da independência judicial (art. 93, IX, e art. 95, I, II e III, todos da CF e artigo 41 da LOMAN). Esse diploma legal também introduziu incoerências sistêmicas no nosso ordenamento jurídico, criando contradições insuperáveis. Por exemplo, ao mesmo tempo em que o artigo 27 da Lei 13.869/2019 criminaliza, de forma genérica, a requisição ou a instauração de procedimento investigatório sem “qualquer indício” (art. 27), o artigo 40 do CPP, o art. 66 da LCP e o art. 907/CLT obrigam os juízes a comunicarem ao Ministério Público qualquer fato que, em tese, possa vir a configurar crime de ação pública³³.

E, nesse sentido, Renato Janon continua sua crítica destacando que não se trata de querer proteger um determinado juiz, membro do Ministério Público ou uma operação específica ou questões políticas, salientando que:

É evidente que, como em qualquer outra atividade humana, existem profissionais que cometem erros e esses excessos devem ser coibidos e punidos. No entanto, nosso ordenamento jurídico já contempla diversas normas para punir quem se desviar do bom caminho e abusar da sua autoridade, inclusive com sanções administrativas, cíveis e penais, podendo, ao final, resultar até mesmo na perda do cargo. Não há necessidade alguma de se instituir uma nova legislação draconiana que, sob o pretexto de inibir abusos pontuais, acaba por constranger e cercear toda a atividade jurisdicional, punindo, no fundo, os próprios cidadãos,

que serão, na verdade, os maiores prejudicados pelo estímulo à impunidade³⁴.



Fonte: www.asmetro.org.br

Por sua vez, o Professor Dr. Guilherme de Souza Nucci, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manifestou-se de maneira diversa, entendendo pela ausência de subjetivismo da norma. Em entrevista concedida, o magistrado asseverou:

[...] não tem nenhum subjetivismo nesta lei, ao contrário, os tipos são fechados na sua maioria. Tipos fechados significam possível grau de interpretação. O que é manifestamente ilegal? É aquilo que grita aos olhos, que qualquer um vê, que qualquer estudante de direito vê, isto é manifestamente ilegal. [...] Abuso de autoridade é um crime. É um crime grave, é um crime que vitima muitas pessoas que não tem condições de se defender. Então, uma autoridade que abusa do poder que o Estado lhe conferiu para a paz e a segurança, é uma coisa grave. Não deve ficar exclusivamente na esfera administrativa, que pode dar uma advertência e ficar por isso. Não! Crimes precisam ser apurados [...] e pelo Poder Judiciário³⁵.

33 JANON, Renato da Fonseca. A lei de abuso de autoridade e o crime de pensamento. *Jota*, 19 mar. 2020.

34 *Ibidem*.

35 NUCCI, Guilherme de Souza. “Não há subjetivismo”, diz desembargador sobre lei de abuso de autoridade. *Migalhas*, 24 jan. 2020.

Ademais, sustentada a legalidade da novel legislação, doutrinadores assinalam que, como a ação penal nos crimes de abuso de autoridade continua pública – admitida apenas ação privada subsidiária da pública “se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva” (art. 3º) –, em regra, não se justificaria o receio de que haveria excesso na interposição de ações judiciais na tentativa de processar indevidamente autoridades.

[...] os crimes de abuso de autoridade continuam sendo manejados pelo Ministério Público, que exerce a titularidade da ação penal pública, ao passo que o julgamento sempre estará a cargo de um juiz de direito, o que torna incompreensível a reação dessas autoridades contra a nova lei. Se não há confiança entre os próprios aplicadores da lei sobre a interpretação da legislação por seus pares, como a sociedade haverá de se proteger contra os abusos? De resto, os crimes tipificados na lei estão repletos de obviedades, que a rigor nem precisariam ser criminalizadas não fosse a reiteração dessas práticas pelo país afora, quase sempre sem vir à luz do escrutínio social, pela imprensa livre ou no espaço infinito das redes sociais³⁶.

Assim, diante de todo o acima exposto, denota-se que a controvérsia não é tão simples, razão pela qual o Ministério Público de São Paulo (MP/SP) elaborou uma série de enunciados interpretativos para orientar a atuação da instituição, dentre os quais, a título exemplificativo, pode-se citar:

ENUNCIADO #3 (art. 3º) - Os crimes da Lei de Abuso de Autoridade são perseguidos mediante ação penal pública incondicionada. A queixa subsidiária

pressupõe comprovada inércia do Ministério Público, caracterizada pela inexistência de qualquer manifestação ministerial.

ENUNCIADO #30 (art. 256 CPP) - A representação indevida por abuso de autoridade contra juiz, promotor de Justiça, delegados ou agentes públicos em geral, não enseja, por si só, a suspeição ante a aplicação da regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, nos termos do que disposto, inclusive, no art. 256 do CPP³⁷.

Vale ressaltar que os enunciados propostos pelo MP/SP foram referendados pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ) com o escopo de nortear seus membros em todo o país³⁸, e desse modo tentar minimizar as discussões e estabelecer uma atuação coerente, mas não coativa, que resguarde a independência funcional e a finalidade da instituição.

E, justamente no que concerne à questão da independência funcional, vale ressaltar, ao final desse tópico, o teor do § 2º do artigo 1º da Lei nº 13.869/2019, estabelecendo expressamente que:

[...] a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

O referido dispositivo trata da vedação ao crime de hermenêutica, ou seja, impede a tentativa de criminalizar a interpretação jurídica, fática ou probatória, vez que é inerente à atividade dos agentes públicos – principalmente, promotores, magistrados, auditores – a apreciação de provas e interpretação de leis, inclusive garantida pelo princípio da livre

³⁶ RUIZ FILHO, Antonio. Abusos das autoridades ou da lei? *Migalhas*, 28 ago. 2019.

³⁷ CNPJ. *Lei de abuso de autoridade* (Lei 13.869/2019) - Enunciados.

³⁸ MP/SP. CNPJ referenda enunciados de São Paulo sobre lei de abuso de autoridade. *Notícias*, 28 nov. 2019.

convicção desde que devidamente motivada (art. 93, IX, da CF/88), sendo imprescindível esclarecer que:

[...] se estamos diante de uma norma que permite interpretações diversas, o sentido adotado pelo agente público em questão deve ser considerado válido, e não abusivo. Agora, se a norma não permite interpretações diversas, seja por conta da literalidade do texto legal (*limitação literal*) – não se pode interpretar “dia” como “noite”, nem vice-versa, ou seja, não se pode interpretar o texto legal de modo a promover a ruptura da literalidade da norma –, seja quando a interpretação daquela norma tiver sido pacificada de maneira vinculante por determinado Tribunal (*limitação jurisprudencial*) [...] a atuação em descompasso com a norma legal poderá configurar crime de abuso de autoridade, desde que presente o especial fim de agir do art. 1º, § 1º.³⁹

Portanto, sendo razoável a divergência de interpretação, inexistindo contrariedade à limitação literal ou jurisprudencial, não se configura crime de abuso de autoridade, como bem delineado pelo enunciado referendado pelo CNPG:

ENUNCIADO #2 (art. 1º.) A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, *salvo quando teratológica*, não configura abuso de autoridade, ficando excluído o dolo⁴⁰.

Desse modo, não há motivo para que as autoridades se intimidem no exercício legal de suas respectivas funções, pois garantida a independência funcional e o livre convenci-

mento motivado, discutíveis apenas em casos flagrantemente teratológicos.

5 A inevitável judicialização do diploma legal

Diante da discussão latente desde a tramitação do projeto, mesmo antes da vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade, em 28 de setembro de 2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 6.236), para questionar onze dispositivos da Lei nº 13.869/2019 (artigos 9º, parágrafo único, I, II, III, art. 10, art. 19, art. 20, art. 27 e seu parágrafo único, art. 30, art. 32, art. 33, art. 36, 37 e art. 43).

Na peça vestibular, traçou-se um comparativo entre a lei ab-rogada e a nova norma para demonstrar que a tipificação penal irrestrita das condutas dos magistrados no curso de processos sobre seus auspícios implica em prejuízo à condução da própria atividade judicante.

Consoante entendimento da AMB⁴¹, os artigos assinalados atingem a independência judicial dos magistrados, maculando as garantias indispensáveis para realização da prestação jurisdicional por meio de decisões fundamentadas em princípios, como, por exemplo, a segurança jurídica e a tipicidade dos delitos.

Para fundamentar o pedido cautelar, a AMB asseverou que:

A correta ou incorreta compreensão da nova lei está causando perplexidade no mundo jurídico e principalmente nos agentes públicos que por ela serão alcançados. Já há notícia de decisões deixando de impor bloqueio judicial de valores

39 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 60-61.

40 CNPG. *Lei de abuso de autoridade* (Lei 13.869/2019) - Enunciados.

41 AMB. AMB ingressa com ADI no STF contra dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade. AMB, 30 set. 2019.

ou revogando prisões cautelares, sob o fundamento de que há incerteza jurídica sobre o fato de estarem ou não praticando crime de abuso de autoridade. Há, também, pedidos de advogados contemplando ameaças a magistrados com base na nova lei. O *periculum in mora* que justifica a concessão da liminar no caso concreto, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/99, decorre do fato de haver um risco efetivo de efeito multiplicador nefasto para o Estado Democrático de Direito, decorrente da ofensa ao princípio da segurança jurídica. Caso não sejam suspensos os dispositivos legais ora impugnados, poderão os mais de 17 mil magistrados brasileiros passarem a revisar, de imediato, suas condutas em face dos processos, com inegável prejuízo para a prestação jurisdicional⁴².

Conforme consta, além dessa ação mencionada, proposta pela AMB, existem outras com pleitos similares:

Atualmente já são cinco as ações de inconstitucionalidade ajuizadas no STF contra diversos dispositivos da recente Lei de Abuso de Autoridade. [...] Em verdade, já tinham ajuizado ações similares as seguintes entidades: Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e três associações nacionais dos integrantes do Ministério Público, Conamp, ANPR e ANPT, AMB⁴³.

No que tange a tais ações, destaca-se a existência de parecer do jurista Ayres Britto, ex-Ministro do STF, referendando o pleito de inconstitucionalidade dos artigos 9º, 10, 20, 25, 36 e 43:

Afirma o renomado jurista que a lei inibe a prestação jurisdicional e independência do magistrado que se vê

visceralmente criminalizado. E, nenhum diploma infraconstitucional pode ter a pretensão de ditar as coordenadas mentais do juiz, ou instância judicante colegiada, para conhecer do descritor e do prescritor dessa ou daquela norma geral a aplicar por forma tipicamente jurisdicional. Ayres Britto, *in litteris* afirma: “É exatamente essa autonomia de ordem técnica (autonomia de quem presta a jurisdição como atividade estatal-finalística ou por definição) que assiste a todo e qualquer magistrado. Seja qual for o grau de sua jurisdição. Agindo solitariamente ou então como integrante desse ou daquele tribunal judiciário”⁴⁴.

Ainda, nesse sentido:

Subsistindo esses tipos penais da lei de abuso de autoridade sem qualquer declaração de inconstitucionalidade ou uma interpretação que reduza o grau de insegurança jurídica, não precisa ser vidente para prever que pode ocorrer uma reação em cadeia (não combinada) no sentido das autoridades judicantes e investigativas passarem a se omitir por medo⁴⁵.

Entretanto, apesar da polêmica, fato é que a referida lei está vigente e deve ser observada, aguardando os contornos dos Tribunais.

Dessa forma, apesar das controvérsias sobre a melhor técnica legislativa, cabe às autoridades dar continuidade ao exercício de suas funções institucionais, sem abuso do poder que lhes foi conferido pela própria sociedade no Estado Democrático de Direito.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Nova lei de abuso de autoridade: comentada artigo por artigo. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2020, p. 12.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ LEITE, Gisele; COSTA, Arthur Riboo da. Lei de Abuso de autoridade. *Lex Magister*.

6 Considerações finais

Por todo o exposto, não obstante a calorosa discussão que recai sobre o tema, é imperioso reconhecer que a ab-rogada Lei nº 4.898/1965 necessitava de atualização para atender às demandas e aos hodiernos princípios legais, principalmente diante das regras da Constituição Federal de 1988 e dos ideais trazidos pela redemocratização do país.

Assim, ainda que o texto da Lei nº 13.869/2019 traga em seu bojo termos indeterminados, que conferem ares de subjetividade a algumas expressões, o fato é que a norma em si contém o louvável condão de reprimir os abusos praticados por agentes estatais, quando atuam em nome do Estado e ultrapassam os limites de suas funções e da própria lei, vez que, comumente, o detentor do poder é tentado a abusar dele, tornando imprescindível que “pela disposição das coisas, o poder limite o poder”⁴⁶.

Dessa forma, há um inegável mérito no corpo dessa nova norma, cabendo ao crivo do Excelso Pretório afastar possíveis inconstitucionalidades, bem como aos Congressistas a tarefa de revisão do diploma legal, visando a melhor adequação do texto aos contornos e princípios norteadores da legislação pátria, de maneira a aperfeiçoar ainda mais a técnica para garantir a taxatividade de todos os dispositivos penais incriminadores.

Não se pode olvidar das lições clássicas no sentido de que:

[...] O estilo das leis deve ser simples; entende-se sempre melhor a expressão direta [...] Quando o estilo das leis é empolado, são consideradas apenas como uma obra de ostentação. *É essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas ideias*⁴⁷.

Em outras palavras, apesar das imprecisões da novel legislação, inegável que, no aspecto geral, proporciona um avanço no controle de condutas abusivas perpetradas por agentes públicos no exercício de suas atividades, protegendo sim o cidadão de práticas discutíveis que ocorrem, muitas vezes, por vias transversas, sustentadas na justificativa final de promoção do “bem maior”, do combate à corrupção e da condenação de criminosos.

Por isso, é crucial interpretar os novos dispositivos com equilíbrio: sem polarizações, corporativismos ou revanchismos. De maneira a garantir, ao mesmo tempo, que nem os agentes públicos sintam-se intimidados no exercício legal de suas atribuições, nem os cidadãos considerem-se desprotegidos de abusos perpetrados por autoridades públicas⁴⁸.

Desse modo, enquanto tramitam as ações de inconstitucionalidade perante o STF, estando vigentes todos os artigos questionados, importa que os agentes públicos não se intimidem, mas sim mantenham o desempenho legítimo de suas funções institucionais, a fim de realmente garantir o interesse público.

Afinal, é preceito basilar que as autoridades devem atuar sempre com respeito aos limites legais, especialmente observando as garantias individuais, sem nunca se direcionar pela diretriz de que os fins justificam os meios.

46 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tiragem. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166-167.

47 *Ibidem*, p. 611, destaques nossos.

48 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 55.

Referências

- AMB. AMB ingressa com ADI no STF contra dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade. *AMB*, 30 set. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-ingressa-com-adi-no-stf-contradispositivos-da-lei-de-abuso-de-autoridade/?doing_wp_cron=1583780482.62907195091247_55859375. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL nº 7.596/2017*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. MP/SP. CNPG referenda enunciados de São Paulo sobre lei de abuso de autoridade. *Notícias*, 28 nov. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=21780779&id_grupo=118. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *PLS nº 85/2017*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. STF. *ADI 6.236/DF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5784525>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. STF. Autorizadas busca e apreensão contra senador Fernando Bezerra Coelho e seu filho. *Notícias STF*, 19 set. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424001>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. TJ/DFT. *Processo 2019.01.1.016499-2*. Ata de Audiência de Custódia, 30 set. 2019. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190930-04.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BRASIL. TRF4. Operação Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Marcelo Odebrecht. *Notícias TRF4*, 12 set. 2018. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13921. Acesso em: 11 ago. 2020.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Abuso de autoridade: chave de leitura para a alma ou o centro nevralgico da lei. *Megajurídico*, 06 jan. 2020. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/abuso-de-autoridade-chave-de-leitura-para-a-alma-ou-o-centro-nevralgico-da-lei/>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Decretar condução coercitiva agora pode caracterizar crime de abuso de autoridade. *Conteúdo Jurídico*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54046/decretar-conduco-coercitiva-agora-pode-caracterizar-crime-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- CALCAGNO, Luiz. Relatório da Polícia Federal acusa Rodrigo Maia de “caixa três”. *Correio Braziliense*, 27 ago. 2019. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/08/27/interna_politica,779299/relatorio-da-policia-federal-acusa-rodrigo-maia-de-caixa-tres.shtml. Acesso em: 11 ago. 2020.
- CNPG. *Lei de abuso de autoridade* (Lei 13.869/2019) - Enunciados. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/Enunciados%20GNCCRIM%20Lei%20de%20Abuso%20de%20Autoridade.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GORDILHO, Pavie e Aguiar Advogados. *Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar*. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190930-02.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- JANON, Renato da Fonseca. A lei de abuso de autoridade e o crime de pensamento. *Jota*, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-de-abuso-de-autoridade-e-o-crime-de-pensamento-19032020>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- LEITE, Gisele; COSTA, Arthur Riboo da. Lei de Abuso de autoridade. *Lex Magister*. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27966122_LEI_DE_ABUSO_DE_AUTORIDADE_1.aspx. Acesso em: 11 ago. 2020.
- LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova lei de abuso de autoridade* (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de polícia judiciária. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2020. Disponível em: http://www.sindpesp.org.br/IMAGES/NOTICIAS_CONT/2503n.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES, Nathan *et al.* Lula é condenado e tem pena ampliada em 2ª instância por sítio em Atibaia. *Notícias UOL*, 27 nov. 2019. Disponível: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/27/trf-4-forma-maioria-por-ampliar-pena-de-lula-no-caso-do-sitio-de-atibaia.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tiragem. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. “Não há subjetivismo”, diz desembargador sobre lei de abuso de autoridade. *Migalhas*, 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/319006/nao-ha-subjetivismo-diz-desembargador-sobre-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em: 11 ago. 2020.

NUNES, Wálter. Lei de abuso de autoridade vai inibir investigações, diz representante de procuradores. *Folha Uol*, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/lei-de-abuso-de-autoridade-vai-inibir-investigacoes-diz-representante-de-procuradores.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. *Nova lei de abuso de autoridade*: comentada artigo por artigo. São Paulo: J.H. Mizuno, 2020.

RUIZ FILHO, Antonio. Abusos das autoridades ou da lei? *Migalhas*, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/309812/abusos-das-autoridades-ou-da-lei>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SIQUEIRA, André. Senadores entregam a Moro manifesto contra lei de abuso de autoridade. *Revista Veja*, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/senadores-entregam-a-moro-manifesto-contralei-de-abuso-de-autoridade/>. Acesso em: 11 ago. 2020.



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL

0009528-19.2007.4.03.6103

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apeladas: MARIA LUCIMAR DE OLIVEIRA PEREIRA, NATALIA DE OLIVEIRA PEREIRA E NAIARA DE OLIVEIRA PEREIRA (incapaz)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2021

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PROFERIDA EM AÇÃO REPARATÓRIA PELA MORTE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL, EM SINISTRO OCORRIDO QUANDO A VÍTIMA ESTAVA EM SERVIÇO. *ACIDENTE DE ALCÂNTARA*: DESASTRE QUE VITIMOU O MARIDO E PAI DAS AUTORAS (DENTRE OUTROS TÉCNICOS) DURANTE O LANÇAMENTO DO TERCEIRO PROTÓTIPO DO VLS-1. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA UNIÃO FEDERAL PERFEITAMENTE CONFIGURADA, CONFORME DEMONSTRADO PELAS PROVAS DOS AUTOS. MANTIDA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS INDEPENDENTEMENTE DO DISPOSTO NA LEI Nº 10.821/2003 (NÃO EXCLUDENTE DE “OUTRAS” INDENIZAÇÕES) E DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICABILIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009, TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS JUROS DE MORA.

1. Trata-se de ação ordinária interposta em 20/11/2007 por MARIA LUCIMAR DE OLIVEIRA PEREIRA, NATÁLIA DE OLIVEIRA PEREIRA e NAIARA DE OLIVEIRA PEREIRA, respectivamente, esposa e filhas de José Eduardo Pereira, servidor público federal lotado no Centro Técnico Aeroespacial - CTA, em São José dos Campos, com vistas à: (a) obtenção do benefício da justiça gratuita; a condenação da UNIÃO FEDERAL ao pagamento aos autores de indenização (b) *pela morte de José Eduardo Pereira*, no valor de 100% da sua remuneração mensal, multiplicado pelo número de meses entre a data do óbito e àquela em que completaria 70 anos de idade, com juros e correção monetária; (c) *por lucros cessantes*, correspondentes aos valores que seriam auferidos pela vítima no decorrer de sua carreira; (d) *por danos morais*, no valor de 1.000 vezes a sua maior remuneração atualizada. Requereu-se, também, (e) o pagamento das *prestações em atraso* corrigidas e em parcela única, ficando a ré obrigada a constituir capital para assegurar o cumprimento da obrigação vincenda. Deu-se à causa o valor de R\$ 2.673.275,16 (fls. 2/26 e documentos de fls. 27/405). Narra a inicial, em apertada síntese, que o tecnologista José Eduardo Pereira faleceu em 22/8/2003, aos 43 anos de idade, juntamente com outros 20 servidores públicos federais, no *Centro de Lançamento de Alcântara*, no *Maranhão*, no incêndio ocorrido durante os preparativos para o lançamento do terceiro protótipo do Veículo Lançador de Satélites VLS-1, construído pelo CTA. A comissão técnica instituída para a investigação do acidente concluiu que a ação/omissão da UNIÃO FEDERAL/CTA, foi determinante para o acontecimento do mesmo. Sentença de parcial procedência.

2. Constatação que o incêndio seguido de explosões, com duração de 8 minutos e 45 segundos, destruiu o terceiro protótipo do VLS-1, com 19,4 metros de altura e massa de decolagem de 49,7 toneladas. Apenas 8 segundos após o início do acidente, a estrutura de lançamento, tecnicamente denominada Torre Móvel de Integração, foi tomada pela fumaça dos gases a alta temperatura - 3.000°C - tornando qualquer tentativa de escape impossível. Os vinte e um homens que trabalhavam no local morreram carbonizados.
3. O minucioso relatório da *investigação oficial* do “Acidente de Alcântara” (como o evento ficou conhecido), conduzida por *experts* nacionais e estrangeiros, não afasta a responsabilidade civil extracontratual da União Federal, pois em nenhum momento a investigação negou a relação de causalidade atribuível à União Federal, por meio de atos de seus agentes e de material envolvidos no experimento. Muito pelo contrário, a investigação analisou detalhadamente os fatores *humano, operacional, meteorológico* e *material* envolvidos na terceira tentativa de lançamento do VLS-1, rastreando e apurando as falhas cometidas e propondo recomendações de implementação imediata ou em médio/longo prazo, absolutamente necessárias para a continuidade do projeto.
4. A alegação feita pelo representante judicial do Poder Público Federal no sentido de que indenizações seriam indevidas porque o trabalho/ofício do servidor público federal era sabidamente perigoso e oferecia risco de morte, é no mínimo *acintosa* a memória do funcionário público e das demais vítimas, aos sentimentos dos familiares e, principalmente, à dignidade humana. É lamentável constatar que a UNIÃO, por sua representação judicial, tenha se disposto a agitar tal ordem de argumentação, que faz pouco caso do sofrimento alheio; mas essa conduta é bem própria de um Estado burocratizado e acostumado ao menoscabo que devota a seus servidores e aos cidadãos em geral.
5. A vítima, por óbvio, conhecia os perigos que envolviam sua profissão e, embora não conste nos autos, certamente possuía alto nível de conhecimento técnico, uma vez que foi convocado para a Operação São Luiz/2003, que objetivava o lançamento do terceiro protótipo do VLS-1. Além disso, na qualidade de servidor público federal civil, tinha o dever de obediência ao seu superior hierárquico, sendo obrigado a acatar suas ordens legais, executando-as fielmente.
6. Configurada a responsabilidade civil extracontratual da União, por qualquer ótica que analise o evento, seja sob o prisma objetivo (artigo 37, §6º, da Constituição Federal), ou subjetivo (artigo 927 do Código Civil).
7. A União Federal, por força da Lei nº 10.821/2003, indenizou as famílias das vítimas do Acidente de Alcântara. Esse fato, contudo, não afasta outros pleitos indenizatórios, mesmo porque o valor fixado na Lei nº 10.821/2003 está muito aquém da obrigação constitucional e legal da ré. A lei referida expressamente ressalva a possibilidade de “outras” indenizações.
8. A pensão por morte prevista no artigo 215 da Lei nº 8.112/90, de natureza previdenciária, também não se confunde com a indenização pleiteada nesses autos, decorrente da responsabilidade civil da União Federal (STJ - AgInt no REsp 1499108/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).
9. Danos materiais: mantida a condenação da União Federal ao pagamento de indenização pela morte de José Eduardo Pereira, nos termos do artigo 948 do Código Civil. A sentença também é clara no que tange ao acolhimento do pedido de indenização tal qual formulado na exordial - 100% da remuneração mensal líquida da vítima na data

do óbito, pois era esse o montante realmente auferido pelo *de cujus* para a manutenção da sua família, multiplicado pelo número de meses remanescentes, desde a data do óbito até quando completasse 70 anos de idade.

10. Danos morais: O valor fixado na sentença - 1000 (mil) vezes a maior remuneração da vítima - carece de reparo, eis que se revela excessivo, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, consideradas as peculiaridades do caso, razão pela qual, atentando-me a valores já fixados nessa Corte para vítimas do mesmo acidente, reduzo-o para *R\$ 150.000,00 para cada uma das autoras* (QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1742107 - 0004423-48.2004.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018; QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1574878 - 0008960-37.2006.4.03.6103, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 04/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2017; SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1832513 - 0009526-49.2007.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 14/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2017).

11. Afastado o requerimento da União Federal pela aplicação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35/2001, pois sua incidência é restrita às condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas *remuneratórias* devidas a servidores e empregados públicos. O mencionado dispositivo também não foi adotado na redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação à correção monetária. Só assiste razão à União Federal quando pede a incidência da mencionada lei para fins de juros de mora desde a data de sua vigência, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947.

12. Reexame necessário e apelação da UNIÃO parcialmente providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de outubro de 2020.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de ação ordinária interposta em 20/11/2007 por MARIA LUCIMAR DE OLIVEIRA PEREIRA, NATÁLIA DE OLIVEIRA PEREIRA e NAIARA DE OLIVEIRA PEREIRA, respectivamente, esposa e filhas de José Eduardo Pereira, servidor público federal lotado no Centro Técnico Aeroespacial - CTA, em São José dos Campos, com vistas à: (a) obtenção do benefício da justiça gratuita; a condenação da UNIÃO FEDERAL ao pagamento aos autores de indenização (b) pela morte de José Eduardo Pereira, no valor de 100% da sua remuneração mensal, multiplicado pelo número de meses entre a data do óbito e àquela em que completaria

70 anos de idade, com juros e correção monetária; (c) por lucros cessantes, correspondentes aos valores que seriam auferidos pela vítima no decorrer de sua carreira; (d) por danos morais, no valor de 1.000 vezes a sua maior remuneração atualizada. Requereu-se, também, (e) o pagamento das prestações em atraso corrigidas e em parcela única, ficando a ré obrigada a constituir capital para assegurar o cumprimento da obrigação vincenda. Deu-se à causa o valor de R\$ 2.673.275,16 (fls. 2/26 e documentos de fls. 27/405).

Narra a inicial, em apertada síntese, que o tecnologista José Eduardo Pereira faleceu em 22/8/2003, aos 43 anos de idade, juntamente com outros 20 servidores públicos federais, no Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão, no incêndio ocorrido durante os preparativos para o lançamento do terceiro protótipo do Veículo Lançador de Satélites VLS-1, construído pelo CTA. A comissão técnica instituída para a investigação do acidente concluiu que a ação/omissão da UNIÃO FEDERAL/CTA, foi determinante para o acontecimento do mesmo.

Foi deferido o pedido de assistência judiciária gratuita e de tramitação do feito em segredo de justiça (fls. 407).

Contestação da UNIÃO às fls. 425/435 e documentos de fls. 436/484.

Réplica às fls. 488/503.

Instadas a especificarem provas, a UNIÃO esclareceu que não tem mais provas a produzir (fls. 522).

Manifestação do Ministério Público Federal esclarecendo que não há motivo para a sua intervenção no feito, eis que as autoras são maiores e capazes (fls. 524).

Na r. sentença proferida em 22/7/2010 (fls. 527/544), o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para o fim de condenar a UNIÃO FEDERAL ao pagamento de indenização:

- por danos materiais: no valor de 100% da sua remuneração mensal, multiplicado pelo número de meses entre data do óbito e àquela em que completaria 70 anos de idade, com juros e correção monetária;

- por danos morais: no valor de 1.000 vezes a maior remuneração da vítima, atualizada.

Determinou, ainda, que todos os valores devem ser pagos em parcela única, acrescido de juros e correção monetária, observada a dedução permitida na Lei nº 10.821/03, artigo 1º, parágrafo único.

Considerada a sucumbência parcial, condenou a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Apelação da UNIÃO FEDERAL às fls. 547/554v. Pleiteia a reforma da decisão, alegando que o relatório da investigação foi inconclusivo quanto à causa definitiva do acidente, motivo pelo qual o nexo de causalidade na sua conduta, que ensejaria a responsabilidade civil objetiva, não restou devidamente configurado; não há prova de dolo ou culpa; a Lei nº 10.821/2003 já concedeu indenização por danos materiais e morais aos dependentes legais de todos os servidores que foram vitimados no acidente; as autoras já recebem pensão previdenciária em razão do falecimento do servidor, de modo que nada mais é devido a este título. Subsidiariamente, requer a redução do valor fixado a título de danos morais; que as indenizações pagas, decorrentes da aplicação da Lei nº 10.821/03, sejam compensadas do valor constante da condenação imposta à UNIÃO. Em relação aos juros moratórios, requer a aplicação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 nas condenações impostas à Fazenda Pública, até o advento da Lei nº 11.960,00, quando deverão ser adotadas as taxas de juros aplicáveis às cadernetas de poupança.

A apelação da UNIÃO foi recebida em seus regulares efeitos (fls. 555).

Contrarrazões das autoras às fls. 557/574.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

DOS FATOS

O projeto do *Veículo Lançador de Satélites (VLS-1)* vinha sendo desenvolvido pelo Centro Técnico Aeroespacial (CTA), no âmbito do Programa Nacional de Atividades Espaciais (PNAE) e da Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCT&I), objetivando a capacitação do Brasil na fabricação, lançamento, controle, estabilidade e entrega de uma carga útil em órbita terrestre (<http://www.iae.cta.br>).

O artefato VLS-1 é composto por quatro estágios de propulsão, utiliza combustível sólido e está enquadrado na classe dos lançadores de pequeno porte, com 19 metros de comprimento e 50 toneladas de massa total na decolagem (<http://www.iae.cta.br>).

Ao que se sabe foram construídos três protótipos do VLS-1 e efetuados dois lançamentos a partir do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) (<http://www.iae.cta.br>).

Os lançamentos dos protótipos Vo1 (Operação Brasil/1997) e Vo2 (Operação Almenara/1999) possibilitaram a verificação da funcionalidade em voo dos diversos componentes do veículo. Entretanto, problemas técnicos impediram o cumprimento das missões, isto é, a inserção de satélites em órbita (<http://www.iae.cta.br>).

Durante os preparativos para o lançamento do protótipo Vo3 (Operação São Luís/2003), especificamente às 13h26m6s do dia 22/8/2003, aconteceu o trágico evento - de ciência pública - que vitimou o tecnologista JOSÉ EDUARDO PEREIRA e outros 20 funcionários do CTA.

A Comissão Técnica de Investigação, instaurada em 28/8/2003 pelo Departamento de Pesquisas e Desenvolvimento (DEPED)/Comando da Aeronáutica/Ministério da Defesa, aplicou a metodologia de trabalho do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes da Aeronáutica (CENIPA), que analisa o evento a partir do trinômio *homem* (FATOR HUMANO e FATOR OPERACIONAL) - *meio* (FATOR METEOROLÓGICO) - *máquina* (FATOR MATERIAL):

FATOR HUMANO: identificou-se uma expressiva *defasagem* entre os recursos humanos e materiais previstos como necessários ao projeto e os efetivamente disponíveis.

FATOR OPERACIONAL: concluiu-se que a segurança operacional do CLA apresentou *pontos de fragilidade*. Constatou-se a necessidade de melhor intercâmbio de informações entre as organizações participantes; gerenciamento de riscos; aperfeiçoamento da gestão de qualidade; delineamento das tarefas de forma criteriosa e detalhada; expansão do grupo de gerenciamento de documentação. No mais, verificou-se que as recomendações contidas nos *relatórios de falha do VLS1 - Vo2 não foram integralmente implementadas*.

FATOR METEOROLÓGICO: não restou evidenciado que as condições meteorológicas do dia 22/8/2003 tenham contribuído diretamente para o acidente, embora o radar meteorológico não estivesse funcionando; inexistissem normas operacionais completas e não houvesse especialista com nível superior em meteorologia, oficial ou civil, para chefiar o setor.

FATOR MATERIAL: o acidente teve início com o funcionamento intempestivo, porém nominal, durante 40 segundos, do propulsor A do primeiro estágio do VLS1, *provavelmente* em razão do acionamento intempestivo de um dos detonadores do seu conjunto de ignição. A análise das causas físicas do acidente restou prejudicada pelo elevado grau de destruição, todavia, foram consideradas duas hipóteses principais - da corrente elétrica pela “linha de fogo” (menos provável) e da descarga eletrostática no interior do detonador (mais provável). Não obstante, concluiu-se que (1) a falta de blindagem dos fios retorcidos da “linha de fogo”, que leva energia aos detonadores dos propulsores do primeiro estágio, torna-os passíveis de sofrerem indução eletrostática; (2) a existência de uma barreira mecânica de segurança no sistema de ignição dos propulsores do primeiro estágio, após os detonadores, poderia ter impedido o acidente.

Infelizmente, os 21 homens que trabalhavam diretamente nos preparativos do lançamento do VLS-1 - Vo3, naquele dia 22/8/2003, morreram *carbonizados* em decorrência do incêndio, seguido de explosão.

O cadáver de JOSÉ EDUARDO PEREIRA ficou totalmente carbonizado e foi identificado pelo *exame da arcada dentária*.

Em 18/12/2003, foi sancionada a Lei nº 10.821/2003, que concedeu indenização, a título de reparação de danos, às famílias das vítimas do ACIDENTE DE ALCÂNTARA, como a catástrofe ficou conhecida.

DO MÉRITO

Da responsabilidade civil da UNIÃO FEDERAL

O minucioso relatório da investigação oficial do ACIDENTE DE ALCÂNTARA, conduzida por *experts* nacionais e estrangeiros, não afasta a responsabilidade civil da UNIÃO FEDERAL, como se quer fazer crer na APELAÇÃO fazendária.

O caso dos autos diz respeito a incêndio seguido de explosões que destruiu um protótipo de 19,4 metros de altura e massa de decolagem de 49,7 toneladas. Constatou-se que 8 segundos após o início do acidente, a estrutura de lançamento do VLS-1, tecnicamente denominada Torre Móvel de Integração (TMI), foi tomada pela fumaça dos gases a alta temperatura - $3.000^{\circ}C$ - tornando qualquer tentativa de escape literalmente impossível. Todo o processo de queima, desde o seu início, às 13h26m6s, durou apenas *8 minutos e 45 segundos*. Às 13h30m27s um clarão intenso apareceu no alto da TMI e um propulsor foi lançado para fora, continuando a queimar no solo. Às 13h31m8s a TMI foi vista em pé pela última vez, indicando que se sustentou nessa posição por 5 minutos. Somente na tarde do dia seguinte foi possível o acesso aos arredores e ao interior do que restou da TMI, iniciando-se a investigação das causas do ACIDENTE DE ALCÂNTARA (fls. 301/303).

Nesse cenário devastador, compreensível que o fator preponderante para o acionamento intempestivo de um dos propulsores do VLS-1 não tenha sido identificado na investigação do acidente. *E esse óbice não se presta para afastar a responsabilidade civil da UNIÃO FEDERAL.*

Com efeito, o relatório da Comissão Técnica de Investigação em nenhum momento negou a relação de causalidade entre o dano e a conduta da UNIÃO FEDERAL. Muito pelo contrário, analisou detalhadamente os fatores humano, operacional, meteorológico e material envolvidos na terceira tentativa de lançamento do VLS-1, rastreando as falhas cometidas e propondo recomendações de implementação imediata ou em médio/longo prazo, absolutamente necessárias para a continuidade do projeto (fls. 373/377).

O Instituto de Aeronáutica e Espaço (IAE), em seu sítio na internet, informa que “*após esse acidente com o protótipo Vo3, o projeto VLS-1 sofreu uma revisão completa. Dessa revisão*

foi gerada uma série de recomendações que implicaram modificações técnicas do projeto e, em alguns casos, o reprojeto de alguns de seus sistemas, destacando-se os Sistemas de Redes Elétricas e o de Redes Pirotécnicas” (<http://www.iae.cta.br>).

Ainda, como já visto, a Comissão Técnica de Investigação, instaurada em 28/8/2003 apurou várias irregularidades nas operações que resultaram no trágico evento, afastando qualquer concorrência de fatores meteorológicos.

A única conclusão possível é no sentido de que o ACIDENTE DE ALCÂNTARA deveu-se a fatores técnicos e humanos, todos oriundos de órgãos e agentes públicos federais, que estabeleceram o nexo etiológico com as consequências letais para os participantes do lançamento do artefato.

Nesse cenário, a alegação feita pelo representante judicial do Poder Público Federal no sentido de que indenizações seriam indevidas porque o trabalho/ofício do servidor público federal JOSÉ EDUARDO PEREIRA era sabidamente perigoso e oferecia risco de morte, é no mínimo *acintosa* à memória do funcionário público e das demais vítimas, aos sentimentos dos familiares e, principalmente, à dignidade humana. É lamentável constatar que a UNIÃO, por sua representação judicial, tenha se disposto a agitar tal ordem de argumentação, que faz pouco caso do sofrimento alheio; mas essa conduta é bem própria de um Estado burocratizado e acostumado ao menoscabo que devota a seus servidores e aos cidadãos em geral.

JOSÉ EDUARDO PEREIRA por óbvio conhecia os perigos que envolviam sua profissão e, embora não conste nos autos, certamente possuía alto nível de conhecimento técnico, uma vez que foi convocado para a Operação São Luiz/2003, que objetivava o lançamento do terceiro protótipo do VLS-1. Além disso, na qualidade de servidor público federal, lotado no CTA, tinha o dever de obediência ao seu superior hierárquico, sendo *obrigado* a acatar suas ordens legais, executando-as *fielmente*.

Em outras palavras, se a UNIÃO FEDERAL/CTA enviou o tecnologista JOSÉ EDUARDO PEREIRA para trabalhar na preparação do lançamento do VLS1 - Vo3, em Alcântara/MA, *tal tarefa que ela mesma admite ser passível de causar-lhe a morte*, indubitavelmente assumiu os riscos inerentes à tarefa que o servidor público deveria desempenhar naquela localidade.

Os servidores públicos civis, à exceção dos membros da Polícia Judiciária, não são obrigados a se sujeitar a, ou suportar, risco de morte no desempenho de suas funções específicas, de modo que se o evento letal ocorre no desenrolar das tarefas próprias do funcionário à conta de nexo etiológico atribuível ao Poder Público, é claro que surge o dever de indenizar sob a ótica da responsabilidade extracontratual do Estado.

Correta, portanto, a r. sentença que reconheceu a *responsabilidade civil objetiva* da UNIÃO FEDERAL decorrente do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

A propósito, configurada está a responsabilidade civil extracontratual da UNIÃO, por qualquer ótica que se analise o evento, seja sob o prisma objetivo (artigo 37, §6º, da Constituição Federal), ou subjetivo (artigo 927 do Código Civil).

Ainda acerca da matéria, colaciono o seguinte julgado do E. STF:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS CAUSADOS AOS PRÓPRIOS AGENTES PÚBLICOS. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE. SÚMULA 279/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal já assentou que excluir da responsabilidade do Estado os danos causados aos próprios agentes públicos acabaria por esvaziar o preceito do art. 37, § 6º, da

Constituição Federal, estabelecendo distinção nele não contemplada. Precedentes.
(...)

(RE 603813 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 07-10-2015 PUBLIC 08-10-2015)

Da Lei nº 10.821/2003

A UNIÃO FEDERAL, por força da Lei nº 10.821 de 18/12/2003, indenizou as famílias das 21 vítimas do ACIDENTE DE ALCÂNTARA nos seguintes termos:

Art. 1º. É concedida indenização, a título de reparação de danos, em parcela única, por servidor, aos dependentes legais dos seguintes servidores do programa espacial brasileiro, que faleceram, vítimas diretas de acidente ocorrido com o foguete VLS-1, em 22 de agosto de 2003, no Centro de Lançamento de Alcântara - MA:

- I - Amintas Rocha Brito;
- II - Antonio Sergio Cezarini;
- III - Carlos Alberto Pedrini;
- IV - Cesar Augusto Costalonga Varejão;
- V - Daniel Faria Gonçalves;
- VI - Eliseu Reinaldo Moraes Vieira;
- VII - Gil Cesar Baptista Marques;
- VIII - Gines Ananias Garcia;
- IX - Jonas Barbosa Filho;
- X - José Aparecido Pinheiro;
- XI - José Eduardo de Almeida;
- XII - José Eduardo Pereira II;
- XIII - José Pedro Claro Peres da Silva;
- XIV - Luis Primon de Araújo;
- XV - Mario Cesar de Freitas Levy;
- XVI - Massanobu Shimabukuro;
- XVII - Mauricio Biella de Souza Valle;
- XVIII - Roberto Tadashi Seguchi;
- XIX - Rodolfo Donizetti de Oliveira;
- XX - Sidney Aparecido de Moraes;
- XXI - Walter Pereira Junior.

Parágrafo único. As importâncias pagas serão deduzidas de qualquer indenização que a União venha a desembolsar em razão do acidente referido no caput.

Art. 2º. A indenização prevista nesta Lei será deferida aos dependentes na ordem de preferência estabelecida pela Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

Art. 3º. A indenização a ser paga na forma do art. 10, em parcela única, corresponderá ao produto do montante total do valor da remuneração fixa, percebida pelo servidor falecido, no mês anterior ao da ocorrência do óbito, pelo número de anos remanescentes até a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos de vida.

§ 1º. Considera-se remuneração fixa, para os efeitos desta Lei, as seguintes rubricas:

- I - vencimento básico;
- II - vantagem pessoal a título de adicional por tempo de serviço;
- III - Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia;
- IV - vantagem pecuniária individual; e
- V - vantagem pessoal decorrente de quintos ou décimos incorporados.

§ 2º. Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Art. 4º. Até completarem 24 (vinte e quatro) anos, os dependentes diretos dos trabalhadores de que trata esta Lei terão direito à bolsa-educação especial, a ser paga mensalmente mediante depósito em conta bancária vinculada.

§ 1º. O valor de que trata o *caput* deste artigo será de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) mensais, por dependente, devendo ser atualizado anualmente, sempre no mês de janeiro, adotando-se o índice legalmente estipulado para o reajuste das mensalidades escolares das instituições particulares de ensino.

§ 2º. O Ministério da Defesa regulamentará o disposto neste artigo em 30 (trinta) dias a contar da publicação desta Lei.

§ 3º. Caberá ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão inserir em programação orçamentária específica anual do Ministério da Defesa valor suficiente ao pagamento das despesas criadas por este artigo.

§ 4º. Os valores creditados nas contas vinculadas de que trata o *caput* poderão ser resgatados, mensalmente, pelo respectivo titular, se maior de idade, ou pelo respectivo responsável.

Percebe-se que a Lei nº 10.821/2003, pela vontade expressa do Congresso Nacional, não afasta outras indenizações que pudessem ser cogitadas em favor dos que foram vitimados no ACIDENTE DE ALCÂNTARA, motivo pelo qual rejeito as alegações nesse sentido, por parte da UNIÃO.

Ademais, a indenização fixada na Lei nº 10.821/2003 está muito aquém da obrigação constitucional e legal da ré, considerando que JOSÉ EDUARDO PEREIRA perdeu sua vida aos 43 anos, num acidente horrível, foi *carbonizado a 3.000°C em 8 minutos e 45 segundos*, juntamente com 20 outros homens que se dedicavam à importante projeto estratégico nacional.

Do benefício previdenciário

A pensão por morte prevista no artigo 215 da Lei nº 8.112/90, *de natureza previdenciária*, não se confunde com a indenização pleiteada nesses autos, decorrente da responsabilidade civil da UNIÃO FEDERAL pela morte do funcionário público federal JOSÉ EDUARDO PEREIRA, a seu serviço. A saber:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. PERCEPÇÃO SIMULTÂNEA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM PENSÃO MENSAL. ART. 95º DO CC. NATUREZAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que “o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto têm origens distintas. O primeiro é assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.388.266/SC, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 16/5/2016) (AgInt no REsp 1.214.848/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 23/2/2017).

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1499108/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

Como bem destacado na r. sentença:

“Daí porque a tese da ré de que, com o pagamento da pensão por morte e que pela edição da Lei nº 10.821/2003 as autoras já se encontraram amparadas materialmente, de maneira que

com isto ela nada deve às autoras, não tem amparo legal, posto que o fundamento legal da pensão estabelecida na Lei nº 8112/90 é independente da causa mortis do segurado, é benefício previdenciário devido sempre pela ré em razão da ocorrência de qualquer dos eventos cobertos pelo regime estatutário dos servidores públicos civis da União Federal. A indenização fixada na Lei é visivelmente muito aquém da obrigação constitucional e legal da ré e não tem o condão de afastar a responsabilidade objetiva e subjetiva da União”.

Assim, imaginar que em razão do acidente causador da morte do servidor seria devida apenas a pensão por morte seria esvaziar o próprio sentido da norma constitucional (artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna), posto que a União estaria isenta de qualquer obrigação de indenizar toda vez que o ato lesivo resultasse em morte, na medida em que se valeria de pensão por morte, de natureza previdenciária.

Da indenização pela morte de José Eduardo Pereira

Configurada a responsabilidade civil objetiva da UNIÃO FEDERAL, resta sem reparo a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, pela morte de JOSÉ EDUARDO PEREIRA.

O teor da sentença é claro quanto à condenação de pagamento de indenização nos termos do artigo 948 do Código Civil.

A sentença também é clara no que tange ao acolhimento do pedido de indenização tal qual formulado na exordial - 100% da remuneração mensal líquida da vítima na data do óbito, pois era esse o montante realmente auferido pelo *de cujus* para a manutenção da sua família, multiplicado pelo número de meses remanescentes, desde a data do óbito até quando completasse 70 anos de idade.

Da indenização por danos morais

Sem sombra de dúvida, a viúva MARIA LUCIMAR DE OLIVEIRA PEREIRA e as filhas NATÁLIA DE OLIVEIRA PEREIRA e NAIARA DE OLIVEIRA PEREIRA são merecedoras de indenização por danos morais decorrentes da morte trágica, abrupta e chocante do marido e pai no ACIDENTE DE ALCÂNTARA.

Nem corpo sobrou para velar. Despediram-se de um homem jovem e são e receberam restos mortais enegrecidos e retorcidos pela combustão. Discorrer sobre esse episódio e os tristes dias subsequentes, que certamente perdurarão por toda existência da mulher e das filhas de JOSÉ EDUARDO PEREIRA, equivale à retórica absolutamente desnecessária.

Todavia, o valor fixado na sentença - 1000 (mil) vezes a maior remuneração da vítima - carece de reparo, eis que se revela excessivo, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, consideradas as peculiaridades do caso, razão pela qual, atentando-me a valores já fixados nessa Corte para vítimas do mesmo acidente, reduzo-o para R\$ 150.000,00 para cada uma das autoras (QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1742107 - 0004423-48.2004.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018; QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1574878 - 0008960-37.2006.4.03.6103, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 04/12/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2017; SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1832513 - 0009526-49.2007.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 14/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2017) .

Dos pagamentos

A UNIÃO FEDERAL pleiteia a aplicação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35/2001, *o que não é possível*, considerando que a sua incidência é restrita às condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas *remuneratórias* devidas a servidores e empregados públicos.

Também deixo de adotar o mencionado dispositivo legal, na redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação à correção monetária.

Só assiste razão à União Federal quando pede a incidência da mencionada lei para fins de juros de mora desde a data de sua vigência, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947.

Por todo o exposto, *dou parcial provimento à APELAÇÃO da UNIÃO e ao reexame necessário.*

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO-VISTA

O Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de recurso.

Pedi vista dos autos.

Acompanho o Relator, pelos seus próprios fundamentos.

É o voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO

APELAÇÃO CÍVEL

0001447-11.2012.4.03.6102

Apelante: SUPERLOG LOGISTICA S.A.

Apelado: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – INMETRO – MULTA ADMINISTRATIVA – CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO NÃO SUJEITO AO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, ART. 29, LEF – FALTA DE INDICAÇÃO QUANTITATIVA NO PRODUTO – VIOLAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONMETRO 11/1998 – IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO PRIVADA.

1. A redação do art. 29, LEF, é explícita ao dispor que “a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”.

2. Não se há de falar em sujeição aos efeitos da recuperação judicial, porque a Lei de Execuções Fiscais prevalece sobre aquela disposição, válida para os demais credores. Precedente.

3. Consagrado o direito constitucional de proteção ao consumidor (arts. 170, V, Lei Maior, e 48, ADCT), cujo estatuto – CDC – estabelece àquele o direito de objetiva e segura informação sobre as características do bem a adquirir, enquanto ao fornecedor o dever de colocar no mercado bens em conformidade com as normas incidentes para a espécie, respectivamente nos termos do inciso III de seu art. 6º. e do inciso VIII de seu art. 39, este a contrario sensu, não logra a parte empresarial afastar o cometimento do ilícito.

4. A norma vulnerada, que estampa o Auto de Infração, a ser o item 14, da Resolução CONMETRO 11/1988, ID 87771441 - Pág. 89, que dispõe: “As mercadorias pré-medidas acondicionadas ou não, sem a presença de comprador deverão trazer, de modo bem visível e inequívoco, a indicação da quantidade líquida ou da quantidade mínima expressa em unidades legais, ou nos casos definidos pelo INMETRO, o número de unidades contidas no acondicionamento”.

5. Restou flagrado pela Fiscalização e ratificado por laudo que o polo autuado expunha à venda frango resfriado da marca Coper Frango, em embalagem plástica, sem indicação quantitativa, ID 87771441 - Pág. 89/90, assim indelével a prática do ilícito.

6. Com a subsunção do fato à norma, configurado resta o ilícito. Não se investiga, aqui, da maior ou menor intensidade e mesmo do ânimo ou não de se incidir na ilicitude em pauta: ocorrido o fenômeno no mundo dos fatos, como constatado, dele emerge a responsabilização, não se havendo de se perquirir do dolo ou culpa.

7. Firmado o direito consumerista à adequada informação sobre as características do bem em negócio e à fidelidade de conteúdo com o descritivo do produto, máxime em se considerando a sua irretorquível hipossuficiência a respeito, decorre límpido não assista razão ao recorrente, ao invocar inexistência de prejuízo e, para nele se escudar de ter de se adaptar à dinâmica do mercado e do consumo. Precedente.

8. Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a causa sob a égide do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.
9. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, em embargos à execução fiscal, deduzidos por Superlog Logística S/A, sucessora de Supermercado Gimenes S/A, em face do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO, aduzindo estar em recuperação judicial, portanto o crédito executado se sujeita aos efeitos daquela, não tendo se configurado prejuízo com a ausência de informação quantitativa do produto.

A r. sentença, lavrada sob a égide do CPC/1973, ID 87771441 - Pág. 121, julgou improcedentes os embargos, asseverando que o embargante não questiona a validade ou extensão do crédito executado, firmando não estar a cobrança sujeita à recuperação judicial. Sujeitou a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apelou a parte executada, ID 87771441 - Pág. 125, alegando, em síntese, que o crédito exequendo está sujeito à recuperação judicial, não obtendo qualquer vantagem com a irregularidade flagrada.

Apresentadas as contrarrazões, ID 87771441 - Pág. 134, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

Apresentação de depósito pelo embargante do valor executado, ID 87771441 - Pág. 153. É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

De fato, a redação do art. 29, LEF, é explícita ao dispor que “a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”.

Ou seja, não se há de falar em sujeição aos efeitos da recuperação judicial, porque a Lei de Execuções Fiscais prevalece sobre aquela disposição, válida para os demais credores:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. ANAC. MULTA ADMINISTRATIVA. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Código Tributário Nacional apenas cuida de matéria tributária e, assim, o fato de o artigo 187 referir-se à dívida tributária, para afastar concurso de credores e habilitação em falência,

recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento, não impede que lei ordinária trate, inclusive, da dívida não tributária (artigo 29, Lei 6.830/1980). Em ambas as leis, uma complementar e a outra ordinária, foram instituídas preferências legais, não se podendo invocar normas ou jurisprudência, que tratem do regime de falência, em favor do regime de recuperação judicial. Assim, inclusive, já se decidia quando havia o regime de concordata, em que somente quando esta era convolada em falência é que se reconhecia o cabimento, por exemplo, do benefício da Súmula 565/STF.

2. Fixada a competência do Juízo das Execuções Fiscais para tratar da cobrança, ainda que existente recuperação judicial, o que o artigo 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, estabeleceu foi que o feito deve prosseguir regularmente, ressalvada, apenas quanto aos créditos tributários, o direito ao parcelamento com a suspensão da respectiva exigibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

3. O deferimento de recuperação judicial, nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/2005, não obsta o prosseguimento de execução fiscal para cobrança de débitos inscritos em dívida ativa e tampouco afeta a competência do Juízo especializado das execuções fiscais.

4. A execução fiscal, pelo Juízo competente, somente é suspensa, caso haja parcelamento na forma do § 7º do artigo 6º da Lei 11.101/2005 ou, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, se deferido plano de recuperação judicial com a comprovação da regularidade fiscal da empresa, de acordo com os artigos 57 e 58 da legislação especial.

...

(AC 00544771220124036182, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2017)

No mais, consagrado o direito constitucional de proteção ao consumidor (arts. 170, V, Lei Maior, e 48, ADCT), cujo estatuto – CDC – estabelece àquele o direito de objetiva e segura informação sobre as características do bem a adquirir, enquanto ao fornecedor o dever de colocar no mercado bens em conformidade com as normas incidentes para a espécie, respectivamente nos termos do inciso III de seu art. 6º. e do inciso VIII de seu art. 39, este a *contrario sensu*, não logra a parte empresarial afastar o cometimento do ilícito.

Com efeito, a norma vulnerada, que estampa o Auto de Infração, a ser o item 14, da Resolução CONMETRO 11/1988, ID 87771441 - Pág. 89, que dispõe:

“As mercadorias pré-medidas acondicionadas ou não, sem a presença de comprador deverão trazer, de modo bem visível e inequívoco, a indicação da quantidade líquida ou da quantidade mínima expressa em unidades legais, ou nos casos definidos pelo INMETRO, o número de unidades contidas no acondicionamento”.

Restou flagrado pela Fiscalização e ratificado por laudo que o polo atuado expunha à venda frango resfriado da marca Coper Frango, em embalagem plástica, sem indicação quantitativa, ID 87771441 - Pág. 89/90, assim indelével a prática do ilícito.

Ademais, com a subsunção do fato à norma, configurado resta o ilícito. Não se investiga, aqui, da maior ou menor intensidade e mesmo do ânimo ou não de se incidir na ilicitude em pauta: ocorrido o fenômeno no mundo dos fatos, como constatado, dele emerge a responsabilização, não se havendo de se perquirir do dolo ou culpa.

Assim, firmado o direito consumerista à adequada informação sobre as características do bem em negócio e à fidelidade de conteúdo com o descritivo do produto, máxime em se considerando a sua irretorquível hipossuficiência a respeito, decorre límpido não assista razão ao recorrente, ao invocar inexistência de prejuízo e, para nele se escudar de ter de se adaptar à dinâmica do mercado e do consumo:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA NORMATIVA E FISCALIZATÓRIA DO INMETRO. VALIDADE DA COMUNICAÇÃO DO FAX PARA PROCEDIMENTOS PERICIAIS. PRODUTOS ARRECADADOS EM QUANTIDADE SUFICIENTE PARA AVALIAÇÃO.

...

- A Resolução n. 11/88 do CONMETRO, em seu item 14, traz a previsão expressa acerca da obrigatoriedade de indicação quantitativa de mercadorias pré-medidas sem a presença do comprador, acondicionadas ou não, bem como, em seu item 15.1, da vedação de dupla indicação quantitativa.

...”

(TRF 3ª Região, JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA D, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 560819 - 0118486-32.1999.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 16/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2011 PÁGINA: 180)

Ausentes honorários recursais, porque sentenciada a causa sob a égide do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo improvimento à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0025995-20.2013.4.03.6182

Apelante: PINE INVESTIMENTOS, DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

Apelado: CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DA QUARTA REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA. EMPRESA ADMINISTRADORA E GESTORA RECURSOS FINANCEIROS. ATIVIDADE BÁSICA DESENVOLVIDA NO ÂMBITO DO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS. REGISTRO DESNECESSÁRIO. HONORÁRIOS FIXADOS NOS TERMOS DO ART. 85, § 3º, I, DO CPC. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Nos termos do art. 1º da Lei nº 6.839/80, o critério que define a obrigatoriedade do registro das empresas perante os Conselhos de Fiscalização profissional é a atividade básica desenvolvida ou a natureza dos serviços prestados a terceiros.
2. O Decreto nº 31.794/52 e a Lei nº 1.411/51 não têm a abrangência perseguida pelo conselho profissional, uma vez que não asseguram que a administração de carteiras de títulos e valores mobiliários seja atividade exclusiva do economista.
3. A apelante está sujeita à fiscalização por parte da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, entidade responsável por fiscalizar as operações realizadas no mercado de títulos e valores mobiliários, conforme a Lei nº 6.385/76.
4. Inexigível, pois, o registro no CORECON, devendo o Apelado se abster de exigir a anuidade da Apelante, bem como qualquer sanção administrativa ou cobrança de anuidades.
5. Inversão do ônus da sucumbência e condenação do Apelado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, atualizado, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC.
6. Apelação do Embargante a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por PINE INVESTIMENTOS DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA., em face da r. sentença que, nos autos de embargos

à execução fiscal, deduzidos contra o CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA DA QUARTA REGIÃO/RS, julgou improcedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Deixou de condenar o Embargante no pagamento de honorários advocatícios, porque o encargo legal do Decreto-Lei nº 1.025/96 substituiu a condenação do devedor na verba honorária, nos termos da Súmula 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos e do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 1.645/78. Reconheceu a não incidência de custas, nos termos do disposto no artigo 7º, da Lei nº 9.289/96.

Sobrevieram embargos de declaração do Apelado, os quais restaram providos pelo MM. Juízo *a quo* para corrigir erro material na sentença, a qual passou a constar: “*Condeno a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, 3º, inciso I, do CPC. A verba deverá ser atualizada segundo os critérios de correção monetária fixados pelo Conselho da Justiça Federal para os débitos judiciais*”. Sem reexame necessário.

Foi dado à execução o valor de R\$ 11.429,59 (onze mil, quatrocentos e vinte e nove reais e cinquenta e nove centavos).

Sustenta a Apelante, em síntese, ser prestadora de serviços em atividades relacionadas com a intermediação de ofertas públicas, distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado, administração e custódia de carteira de títulos e valores mobiliários. Alega que não se tratam de atividades relacionadas com a área econômica ou financeira, não estando sujeita ao registro perante o Conselho Apelado, o que torna indevidas as anuidades. Salienta ser instituição equiparada à financeira e, por conseguinte, sujeita à fiscalização do BACEN e da CVM, conforme o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 4.595/64 e do artigo 3º, da Resolução nº 1.120/86, do BACEN. Informa que a r. sentença recorrida ignorou o fato de que a Apelante jamais exerceu atividade predominante relacionada às atividades técnicas de Economia e Finanças, tendo reconhecido que o fato gerador das anuidades seria o registro. Anota que o mero registro junto ao CORECON não seria suficiente para caracterização do fato gerador, fazendo-se necessário que haja o exercício da atividade regulamentada pelo Conselho Apelado. Requer, finalmente, a condenação do Apelado ao pagamento de custas e despesas processuais atualizadas, bem como de honorários advocatícios fixados no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito executado, devidamente atualizado, nos termos do § 2º, do artigo 85, do CPC.

Sem contrarrazões, remeteram-se os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

Nos termos do artigo 1º, da Lei 6.839/80, o critério que define a obrigatoriedade do registro das empresas perante os Conselhos de Fiscalização profissional é a atividade básica desenvolvida ou a natureza dos serviços prestados a terceiros:

“Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

O exercício da profissão de Economista está previsto na Lei nº 1.411/51, regulamentada pelo Decreto nº 31.794/52, que dispõe, em seu art. 3º, as atividades características dessa profissão:

“Art. 3º A atividade profissional privativa do economista exercita-se, liberalmente ou não por estudos, pesquisas, análises, relatórios, pareceres, perícias, arbitragens, laudos, esquemas ou certificados sobre os assuntos compreendidos no seu campo profissional, inclusive por meio de planejamento, implantação, orientação, supervisão ou assistência dos trabalhos relativos As atividades econômicas ou financeiras, em empreendimentos públicos privados ou mistos. ou por quaisquer outros meios que objetivem, técnica ou cientificamente, o aumento ou a conservação do rendimento econômico.”

In casu, a Apelante tem por objeto social as atividades indicadas no seu Contrato Social, o qual indica como sendo o objetivo da Apelada, dentre outros:

“a) subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas emissões de títulos e valores mobiliários para revenda; b) intermediar oferta pública e distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado; c) comprar e vender títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de terceiros, observada a regulamentação baixada pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários nas suas respectivas áreas de competência; d) encarregar-se da administração de carteiras e da custódia de títulos e valores mobiliários; e) incumbir-se da subscrição, da transferência e da autenticação de endossos, de desdobramento de cautelas, de recebimento e pagamento de resgates, juros e outros proventos de títulos e valores mobiliários; f) exercer funções de agente fiduciário; g) instituir, organizar e administrar fundos e clubes de investimento; h) constituir sociedade de investimento – capital estrangeiro e administrar a respectiva carteira de títulos e valores mobiliários; i) praticar operações no mercado de câmbio; j) praticar operações de conta margem, conforme regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários; k) realizar operações compromissadas; l) praticar operações de compra e venda de metais preciosos no mercado físico, por conta própria e de terceiros, nos termos da regulamentação baixada pelo Banco Central; m) operar em bolsas de mercadorias e de futuros, por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários nas suas respectivas áreas de competência;...”

Qualquer sociedade empresarial pode exercer atividades na área econômica, ficando evidente que o campo de atuação do economista é bastante amplo, fato que torna uma violação à proporcionalidade e à razoabilidade o impedimento discricionário de qualquer exercício que o CORECON entenda submetido à sua fiscalização.

Insta salientar, que o registro em questão somente será obrigatório para as entidades que tenham como atividade-fim o desenvolvimento das atividades reservadas pela legislação de regência ao economista. No caso dos autos, percebe-se que tais tarefas são meros meios para buscar os fins visados pelos atos constitutivos da pessoa jurídica, não havendo que se falar em obrigatoriedade de registro da Apelante no Conselho Regional de Economia.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça entende que o critério legal para obrigatoriedade de registro em conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados. Confirmam-se os julgados:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A ATIVIDADE-FIM E AS ATIVIDADES QUE MERECEM FISCALIZAÇÃO DA ENTIDADE COMPETENTE. NATUREZA DO EMPREENDI-

MENTO REALIZADO PELA EMPRESA AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Conforme orientação jurisprudencial consagrada nesta Corte Superior, “*é a atividade básica desenvolvida na empresa que determina a qual conselho de fiscalização profissional essa deverá submeter-se*” (AgRg no Ag 828.919/DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 18.10.2007).
2. Nesse diapasão, e conforme se extrai do voto do acórdão recorrido, no caso dos estabelecimentos cuja atividade preponderante seja “a indústria e comércio de artefatos de cimento (elemento vazado, banco para jardins, concregrama, vasos e capa para muros)”, é despidendo o registro no Crea, em virtude da natureza dos serviços prestados.
3. Em resumo: sua atividade-fim não está relacionada com os serviços de engenharia, arquitetura e/ou agronomia definidos na Lei n. 5.194/66.
4. Dessume-se do exame dos autos que o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, fê-lo com apoio no substrato fático-probatório acostado nos autos, em especial com base no contrato social da empresa, tendo concluído que as atividades básicas elencadas no referido objeto social não guardam relação com aquelas sujeitas ao controle e fiscalização pelo conselho agravante.
5. Vê-se, portanto, que chegar à conclusão diversa daquela formulada pelo aresto recorrido e na esteira do que pretende o agravante no especial, será necessário, inevitavelmente, a revisão dos elementos fático-probatórios contidos nos autos, hipótese expressamente vedada em sede de recurso especial, conforme enunciado da Súmula n. 7/STJ.
6. Agravamento regimental não provido.” (grifo nosso)
(AgRg no Ag 1286313/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 02/06/2010)

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRADOR. EMPRESA NÃO REGISTRADA NO ÓRGÃO. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE PRESTAR INFORMAÇÕES.

1. *O critério legal de obrigatoriedade de registro no Conselho profissional é determinado pela atividade básica da empresa ou pela natureza dos serviços prestados.*
2. O Tribunal de origem, ao analisar o objeto social descrito no estatuto da empresa recorrente, reconheceu expressamente que suas atividades - fabricação e comercialização de gases e outros produtos químicos - não estariam sujeitas a registro no CRA.
3. Em face da ausência de previsão legal, inaplicável multa à recorrente sob o fundamento de que teria se recusado a prestar informações ao CRA.
4. Recurso Especial provido.” (grifo nosso)
(REsp 1045731/RJ, proc. nº 2008/0072612-4, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 01/10/2009, DJe 09/10/2009)

Nesse sentido, a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CORECON. REGISTRO. ADMINISTRAÇÃO DE CARTEIRA DE VALORES MOBILIÁRIOS, ALÉM DE INTERMEDIÇÃO EM OPERAÇÕES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE. ATIVIDADE BÁSICA NÃO LIGADA À ECONOMIA. FISCALIZAÇÃO PELA CVM. PRECEDENTES. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão debatida nos presentes autos refere-se à obrigatoriedade de inscrição da empresa impetrante junto ao Conselho Regional de Economia de São Paulo - CORECON.
2. *A jurisprudência deste Tribunal, na esteira da diretriz consolidada no colendo Superior Tribunal de Justiça, firmou-se no sentido de que é a atividade básica da empresa que vincula sua inscrição perante os conselhos de fiscalização de exercício profissional. Lei nº 6839/80, artigo 1º.*
3. Paralelamente, o Decreto nº 31.794/52 disciplina o exercício profissional do Economista, da seguinte forma: Art. 3º A atividade profissional privativa do economista exercita-se, libe-

ralmente ou não por estudos, pesquisas, análises, relatórios, pareceres, perícias, arbitragens, laudos, esquemas ou certificados sobre os assuntos compreendidos no seu campo profissional, inclusive por meio de planejamento, implantação, orientação, supervisão ou assistência dos trabalhos relativos às atividades econômicas ou financeiras, em empreendimentos públicos privados ou mistos, ou por quaisquer outros meios que objetivem, técnica ou cientificamente, o aumento ou a conservação do rendimento econômico.

4. O registro perante o Conselho Regional de Economia será devido, dependendo da importância dessa atividade para o alcance dos objetivos sociais da pessoa jurídica. Assim, em outras palavras, importa dizer que o registro em questão somente será obrigatório para as entidades que tenham como atividade-fim o desenvolvimento das atividades reservadas pela legislação de regência ao economista. No caso dos autos, percebe-se que tais tarefas são meros meios para buscar os fins visados pelos atos constitutivos da pessoa jurídica, não havendo que se falar em obrigatoriedade de registro da mesma no Conselho Regional de Economia competente.

5. *Mesmo em caso específico de consultoria financeira e de administração de carteira de valores mobiliários, já decidiu essa Corte não ser obrigatório o registro no CORECON.*

6. Não se vislumbra que empresa apelada possua atividade básica, no âmbito privativo do profissional de economia.

7. *Apelação e remessa oficial desprovidas.*” (grifo nosso)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371092 - 0007514-90.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

“ADMINISTRATIVO - AÇÃO ORDINÁRIA. ATIVIDADE DOS AUTORES RELACIONADA À ANÁLISE E PESQUISA DE EMPRESAS QUE ATUAM NA BOLSA DE VALORES. REGISTRO E PAGAMENTO DE ANUIDADES AO CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA (CORECON) - INEXIGIBILIDADE - ATIVIDADE BÁSICA - FISCALIZAÇÃO PELA CVM. AUTORIZAÇÃO E CERTIFICAÇÃO PELO APIMEC- PRECEDENTES.

1. O artigo 1º, da Lei Federal nº 6.839/80, determina o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

2. *É indevida a inscrição no Conselho Regional de Economia, pois as atividades básicas dos autores, ou aquelas pelas quais prestam serviços a terceiros, não requerem conhecimentos técnicos privativos de economista. Além disso, as atividades dos autores já se submetem à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e autorização e certificação pelo APIMEC. Precedentes.*

3. *Apelação provida.*

4. *Inversão do ônus da sucumbência.*” (grifo nosso)

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2145568 - 0023663-35.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2017)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REGISTRO DE EMPRESA JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA (CORECON/SP). LEI N.º 6.839/80. CONTRATO SOCIAL. GESTÃO DE NEGÓCIOS E RECURSOS. DESCABIMENTO DO REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA NÃO LIGADA À ECONOMIA. DUPLICIDADE DE REGISTROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei n.º 6.839/80 prevê, em seu artigo 1º, o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos respectivos órgãos fiscalizadores ao exercício profissional, apenas e tão somente, nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional, ou em razão da qual prestam serviços a terceiros.

2. A *mens legis* do dispositivo é coibir os abusos praticados por alguns conselhos que, em sua fiscalização de exercício profissional, obrigavam ao registro e pagamento de anuidades as empresas que contratavam profissionais para prestar apenas serviços de assessoria ligados a atividades produtivas próprias.

3. Segundo seu contrato social, a apelada tem como objeto (a) a prestação de serviços de administração, de gestão de negócios e de assessoria nas áreas empresariais, mercadológicas e outras assemelhadas; (b) a administração de carteiras de valores mobiliários; e (c) a participação sob qualquer forma, no capital de outras sociedades, no país ou no exterior, como sócio ou acionista.

4. A apelada presta serviços de gestão de negócios e recursos, de modo que não envolve a sua atividade básica o trabalho especializado de economista, tendo, inclusive, demonstrado documentalmente já estar inscrita no Conselho Regional de Administração de São Paulo (CRA/SP).

5. Nos casos em que a atividade da empresa abranja mais de um ramo profissional, deve ser excluído aquele que não representa sua atividade básica ou precípua, a fim de afastar a possibilidade de inscrições simultâneas em entidades diversas, uma vez que inexiste amparo legal a exigir a duplicidade de registros.

6. *Desenvolvendo a apelada atividade que não é exclusiva de economia, não se exige o seu registro junto ao CORECON/SP, sendo de rigor o afastamento da multa aplicada pelo conselho profissional em questão.*

7. *Apelação improvida.*” (grifo nosso)

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1778226 - 0019694-85.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 18/10/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/10/2012)

“PROCESSO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - SOCIEDADE DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - REGISTRO EM CONSELHO PROFISSIONAL - CORECON/SP - ATIVIDADE-FIM QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM ATIVIDADE PRIVATIVA DE ECONOMISTAS - LEI Nº 6.839/80.

I - A preliminar de nulidade da sentença arguida pelo conselho apelante parte da equivocada premissa de que o juízo não apontou as razões que o levaram a considerar a apelada como um banco comercial. Diz-se equivocada porque da leitura atenta do decisum constata-se que o juízo deixou claro que a Resolução nº 875/74 incluiu na obrigação de registro perante os Conselhos de Economia das companhias de crédito, financiamento e investimentos, o que não poderia por força do comando positivado na Carta da República. Portanto, o fato de ter citado o verbete da súmula nº 79 do STJ não torna o comando judicial nulo de pleno direito, eis que a menção ocorreu a título suplementar, apenas para reforçar o entendimento esposado.

II - A Lei nº 6.839/80, que disciplina o registro de empresa na respectiva entidade fiscalizadora, impõe sua obrigatoriedade em razão da atividade básica exercida ou do serviço prestado a terceiros, inexistindo conflito com o artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 1.411/51.

III - *Atendendo ao critério finalístico, verifica-se não estarem sujeitas ao registro no Conselho de Economia as pessoas naturais ou jurídicas que não exerçam atividade básica relacionada à economia, como é o caso da apelada, que desenvolve atividades relacionadas a crédito, financiamento e investimentos.*

IV - O fato de ter passado a atuar no segmento de arrendamento mercantil também não torna obrigatório o pretendido registro, eis que as operações de leasing só podem ser realizadas por empresas devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil (Resolução nº 2.309/96 do Bacen), a elas se aplicando a Lei nº 4.595/64. Encontrando-se, pois, submetida à fiscalização do Banco Central, não se mostra exigível o registro num segundo ente fiscalizador.

V - Precedentes.

VI - Apelação e remessa oficial improvidas.” (grifo nosso)
(APELREEX 06401261919844036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/04/2010 PÁGINA: 242 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Não sendo a atividade de economia a preponderante exercida pela Apelante, não está ela obrigada ao registro no CORECON. Inexigível, pois, o registro naquele órgão, devendo o Apelado se abster de exigir a anuidade da Apelante. De rigor, o cancelamento de qualquer sanção administrativa ou cobrança de anuidades.

Em consequência, inverte o ônus da sucumbência e condeno o Apelado ao pagamento de honorários advocatícios fixando-os em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado, nos termos do disposto no artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC, aplicável à espécie.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

0001240-85.2016.4.03.6000

Parte Autora: LOACIR DA SILVA

Parte Ré: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES: PRESCRIÇÃO. REMESSA DESPROVIDA.

1. Remessa oficial contra sentença que, em sede de mandado de segurança, reconheceu a prescrição do direito da FUFMS em efetuar os descontos de sua folha de pagamento, relativos ao contrato de afastamento para efetuar curso de especialização.
2. Quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública deve ser aplicado aos casos em que a Fazenda Pública é autora e busca reaver parcelas remuneratórias indevidamente pagas a servidores:
3. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de remessa oficial contra sentença de fls. 259/261 e 277/278 que, em sede de mandado de segurança, reconheceu a prescrição do direito da FUFMS em efetuar os descontos de sua folha de pagamento, relativos ao contrato de afastamento para efetuar curso de especialização.

Ante ao exposto, PRONUNCIO A PRESCRIÇÃO DO DIREITO À REPETIÇÃO DOS VALORES decorrentes de eventual não cumprimento do contrato de afastamento parcial nº 50/97, face ao decurso de prazo superior a cinco anos, contados da data do encerramento do contrato (dezembro de 1998) e a datada notificação para ressarcimento (outubro de 2015), nos termos do artigo 1º, do Decreto 20.910/32. Consequentemente, extingo o feito, a teor do art. 487, II, do NCPC. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, 1º, da Lei 12.016/2009. P.R.I.C. Oportunamente, arquivem-se”

Sem recurso voluntário, vieram os autos por força do reexame necessário.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial da remessa necessária, para manter-se a vedação da cobrança administrativa nos termos em que fundamentada, mas determinando-se à Universidade que instaure procedimento administrativo para definir se os atos revelados caracterizam improbidade administrativa dolosa, hipótese em que estaria autorizada a cobrança, diante da imprescritibilidade do crédito público.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Da admissibilidade da apelação

Tempestivo o recurso, dele conheço.

O mandado de segurança impetrado por professor universitário vinculado à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, objetivando provimento jurisdicional que determine que a autoridade coatora não realize descontos em sua folha de pagamento, relativo à remuneração recebida no período em que esteve afastado por força do contrato de afastamento para efetuar curso de pós-graduação.

Narra o impetrante que, em 24.03.1997, celebrou com a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul contrato de afastamento parcial n. 50/97, sem prejuízo da remuneração, com duração de 10.03.1997 a 30.12.1998, objetivando realização de curso de pós graduação em Administração, nível mestrado.

Alega que, 17 anos após o vencimento do contrato conclusão do curso de especialização, o impetrante recebeu a Notificação nº 123/2015, expedida pela UFMS informando que referido contrato não teria sido cumprido a contento e que a Universidade descontaria mensalmente em folha de pagamento o valor de R\$ 488.461,02.

Afirma que apresentou defesa administrativa e recurso, os quais não foram acolhidos, deixando de analisar a ocorrência da prescrição.

A autoridade coatora prestou informações no sentido que a defesa administrativa apresentada foi intempestiva, de modo que não foi considerada, e no mérito, que pode a administração custear a participação de servidor em cursos de aperfeiçoamento, pós-graduação, mestrado ou doutorado, estabelecendo condições mínimas de aproveitamento e aprovação, de modo a justificar seu afastamento e reverter o seu conhecimento no aperfeiçoamento dos atos e atividades públicas e que o não cumprimento da carga horária e a ausência de apresentação do diploma ou documento de conclusão equivalente, indica a não realização do curso, o que enseja o direito da administração exigir o ressarcimento ao erário dos valores pagos durante o período de afastamento, nos termos do artigo 46 da lei n. 8.112/90 e do termo contratual assinado pelo servidor. Informa ainda que a não apresentação dos documentos exigidos e a própria comprovação da realização do curso de pós-graduação, conforme exigido, caracterizaram ilícito administrativo, por violação às regras estabelecidas para lograr aprovação no curso, acarretando seu dever de recompor o erário.

O MM. Juízo *a quo* reconheceu a ocorrência da prescrição do direito à repetição dos valores decorrentes de eventual inadimplemento do contrato nº 0050/97 e extinguiu o feito com fulcro no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

A sentença é de ser mantida.

Quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal das ações indenizatórias contra a Fazenda Pública deve ser aplicado aos casos em que a Fazenda Pública é autora e busca reaver parcelas remuneratórias indevidamente pagas a servidores:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CASSAÇÃO DE VANTAGEM REMUNERATÓRIA POR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, MEDIANTE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO NO DECRETO 20.910/92. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Tratando-se de ação, na qual a Fazenda Pública busca reaver parcelas remuneratórias indevidamente pagas a Servidores, o prazo prescricional a ser observado, por analogia, é o quinquenal, previsto no art. 10. do Decreto 20.910/1932, em respeito ao princípio da isonomia (AgRg no REsp. 1.109.941/PR, Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA, DJe 11.5.2015). No mesmo sentido: AgRg no AREsp. 768.400/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.11.2015 e REsp. 1.197.330/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 12.6.2013.

2. No caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que suspendeu o pagamento da vantagem ao Servidor, transitou em julgado em 8.3.2000, entretanto, somente em 17.8.2005 a Administração comunicou ao autor que, a partir do mês de setembro daquele ano, passaria a efetuar, em sua folha de pagamento, os descontos dos valores calculados, em decorrência da decisão favorável proferida no Recurso Extraordinário. Com efeito, passados mais de 5 anos, é inafastável a consumação da prescrição, como se deu neste caso.

3. Agravo Regimental do Estado de Santa Catarina desprovido.

(AgRg no REsp 1356863/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. DEMISSÃO. CONTINUIDADE DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO APÓS O DESLIGAMENTO DO SERVIÇO ATIVO, POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. VALORES QUE NÃO FORAM DEVOLVIDOS, APESAR DA NOTIFICAÇÃO DO EX-SERVIDOR. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APLICAÇÃO DOS PRAZOS DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO QUE TEM ORIGEM EM UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES.

1. É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual, “se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil” (REsp nº 623.023/RJ, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJ 14/11/2005).

2. Em se tratando de ação em que a Fazenda Pública busca reaver parcelas remuneratórias indevidamente pagas a ex-servidores, o prazo prescricional a ser observado, por analogia, é o quinquenal, previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, em respeito ao princípio da isonomia.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1109941/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 11/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE DÍVIDA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32.

1. Quanto à execução fiscal para a cobrança de dívida ativa de natureza administrativa, embora não incida na espécie o art. 174 do CTN, o acórdão recorrido deve ser mantido, pois consolidou-se a jurisprudência da Primeira Seção no sentido de que nesse caso é aplicável, por isonomia, o prazo prescricional de cinco anos estabelecido no Decreto 20.910/32. Precedentes: REsp 1.115.078/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 6.4.2010; REsp 1.112.577/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 8.2.2010; REsp 1.105.442/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 9.12.2009; REsp 1.044.320/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 17.8.2009; EREsp 961.064/CE, 1ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 31.8.2009.

2. Não bastasse a ocorrência da prescrição, o processo de execução fiscal não se mostra como via adequada para a cobrança judicial de dívida que tem origem em fraude relacionada à concessão de benefício previdenciário.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1125508/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. AGRAVO INTERNO DO DISTRITO FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, o prazo prescricional para a Fazenda Pública cobrar dívidas não-tributárias é quinquenal, em observância ao que dispõe o art. 10. do Decreto 20.910/1932.

2. Agravo Interno do DISTRITO FEDERAL a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1363423/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2019, DJe 22/04/2019)

Dessa forma, aplica-se ao caso o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

No caso, tendo o contrato de afastamento se encerrado em dezembro de 1998 e a administração notificado o impetrante em 26.10.2015 (fl. 123), de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória.

Por fim, verifico que a manifestação da Procuradoria Regional da República, no sentido determinar-se à Universidade que instaure procedimento administrativo para definir se os atos revelados caracterizam improbidade administrativa dolosa, hipótese em que estaria autorizada a cobrança, diante da imprescritibilidade do crédito público, extrapola o objeto do *mandamus*.

Dispositivo

Por estas razões, *nego provimento* à remessa oficial.

Sem honorários, a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ, bem como do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/2009. Custas *ex lege*.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5000105-68.2017.4.03.6112

Apelante: BANCO DO BRASIL S/A
Apelados: UNIÃO FEDERAL E HECTOR TAVEIRA MARTINS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. FINANCIAMENTO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO. FIES. LEI 10.260/2001. PRORROGAÇÃO DA CARÊNCIA ATÉ O TÉRMINO DA RESIDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA.

1. A impetrante preenche os requisitos previstos na Lei n. 10.260/2001 e Portaria Conjunta nº 2/2011, da Secretaria de Atenção à Saúde e da Secretaria de Gestão de Trabalho e da Educação na Saúde, fazendo jus à prorrogação da carência.

2. A documentação acostada aos autos dá conta de que a parte impetrante buscou efetivar o aditamento contratual, mas não logrou êxito em virtude de falhas no sistema SisFies. Em suma, restou demonstrado que o problema não se deve à parte impetrante, mas sim às impetradas, possuindo o estudante direito líquido e certo ao regular aditamento de seu financiamento.

3. Não há previsão legal de que o pleito administrativo para a carência estendida durante o programa de residência deva ser submetido ainda na fase de carência contratual, de modo que tal exigência, prevista em Portaria Normativa, extrapola os limites da regulamentação. Precedente.

Recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A, desistência *homologada*.

4. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, homologar a desistência do recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A e negar provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por HECTOR TAVEIRA MARTINS contra o PRESIDENTE DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE e do GERENTE DA AGÊNCIA ESTILO DO BANCO DO BRASIL EM PRESIDENTE PRUDENTE/SP, pleiteando a prorrogação do período de carência do contrato de financiamento FIES e a suspensão da cobrança das respectivas parcelas mensais, enquanto perdurar o período de residência médica.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para reconhecer o direito da impetrante à prorrogação do período de carência do contrato de financiamento FIES até o término da residência médica. Determinou ainda a subida dos autos em virtude da remessa necessária.

O Banco do Brasil S/A interpôs recurso de apelação.

Com contrarrazões.

A parte apelante desistiu do recurso.

O MPF deixou de se manifestar sobre o caso “uma vez que não vislumbra interesse público primário que autorize ou que torne necessária sua intervenção”.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

De início, homologo a desistência do recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A.

Com efeito, nos termos do art. 998 do CPC, o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Superado o ponto, observo que, na origem, a parte impetrada se opôs à pretensão do estudante com base em dois argumentos centrais: a ausência de requerimento administrativo postulando a prorrogação do período de carência, bem como o fato o estudante buscar tal prorrogação quando já se encontrava em período de amortização do financiamento.

Pois bem.

Como salientou o Juízo *a quo*, o estudante apresentou documento que comprova a dificuldade de acesso ao FiesMED. Ou seja, por falhas no sistema disponibilizado pela parte impetrada ao estudante, este sequer logrou submeter o requerimento administrativo.

Assim é que restou demonstrada a existência de óbices sistêmicos no programa de financiamento (SisFies), o que não poderia prejudicar o aditamento do contrato do impetrante, cfr. art. 25 da Portaria MEC n. 01/2010, *in verbis*:

“Art. 25. Em caso de erros ou da existência de óbices operacionais por parte da Instituição de Ensino Superior (IES), da CPSA, do agente financeiro e dos gestores do Fies, que resulte na perda de prazo para validação da inscrição, contratação e aditamento do financiamento, como também para adesão e renovação da adesão ao Fies, o agente operador, após o recebimento e avaliação das justificativas apresentadas pela parte interessada, deverá adotar as providências necessárias à prorrogação dos respectivos prazos, observada a disponibilidade orçamentária do Fundo e a disponibilidade financeira na respectiva entidade mantenedora, quando for o caso. Redação dada pela Portaria Normativa nº 12, de 06 de junho de 2011”.

Em suma, a documentação acostada aos autos dá conta de que o autor buscou efetivar o aditamento contratual, mas falhas no sistema a impediram de concluir de forma eficaz o aditamento.

Vale salientar que o sistema informatizado do *FIES* exibiu falhas operacionais que muitas vezes inviabilizavam aditamentos dos contratos, o que levou a inúmeras ações judiciais. O caso presente não é diferente.

A propósito:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. FIES. FALHAS OPERACIONAIS NA RENOVAÇÃO DA MATRÍCULA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTUDANTE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Verifica-se, dos autos, que a autora, aluna do curso de Direito da UNIGRAN, não logrou bom êxito em concluir os trâmites necessários para o aditamento do contrato junto à Instituição de Ensino no 2º semestre de 2014, em decorrência de falhas no sistema operacional no processo de aditamento.

2. Conforme se depreende dos documentos trazidos aos autos, muito embora a autora tenha envidado esforços para sanar o problema - em virtude de *looping* no sistema FIES - suas solicitações ficaram pendentes de solução, ocasionando o seu status de devedora junto à Universidade, que por sua vez, cobrou as parcelas em aberto com valor corrigido monetariamente.

3. Como é de conhecimento público, por ter sido amplamente divulgado através de diversos canais de informação, o sistema informatizado do FIES, à época dos fatos, vinha apresentando sérios problemas de acesso. Tanto é verdade que, inúmeras ações judiciais, tais como mandados de segurança e ação civil pública, foram ajuizadas, com vistas a prorrogação de prazo para a realização de inscrição tanto de contratos novos, quanto de aditamentos junto ao SisFies. (Ação Civil Pública nº 0005881-32.2015.4.01.3600).

4. Dessa feita, mostra-se inadmissível que a autora sofra os efeitos punitivos do atraso na renovação de crédito educacional, haja vista que a restrição à matrícula decorreu de fatos alheios à sua vontade, sem que lhe pudesse atribuir qualquer culpa.

5. De mais a mais, a jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser desarrazoado o indeferimento da matrícula pela Instituição de Ensino Superior, nos casos em que reste demonstrada a impossibilidade de acesso ao site do FIES.

6. Isso porque o art. 205 da CF deixa claro que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, não se podendo admitir que falhas sistêmicas ou operacionais impliquem o esmaecimento de políticas públicas destinadas a tal mister, como o caso do FIES.

7. Se não fosse o “looping” no sistema do SisFIES, a autora não teria sido cobrada a adimplir valor que não lhe competia quitar para continuar seus estudos e, por consequência, poderia dar sequência à sua graduação.

8. Presente a boa-fé da Impetrante, demonstrada pela busca da solução do problema, não se afigura razoável apenas a discente, impedindo-a de efetuar a renovação de sua matrícula, sobretudo se considerados os prejuízos que adviriam desse ato.

9. Apelação e remessa necessária desprovidas.”

ApelRemNec 0000573-30.2015.4.03.6002, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 Judicial 1 09/10/2019.

Noutro giro, observo que o fato do estudante já se encontrar em período de amortização do financiamento não é óbice para a prorrogação da carência.

Segundo previsto no §3º do art. 6º B da Lei n. 10.260/2001, com a redação dada pela Lei n. 12.202/2010, “o estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei no 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica.”

Além disso, é fato que a residência cursada pelo impetrante - Cirurgia Geral - está indicada como prioritária pelo Ministério da Saúde no art. 5º e Anexo II da Portaria Conjunta nº 03, de 19 de fevereiro de 2013.

Como se nota, não há qualquer previsão legal de que referido pleito administrativo deva ser submetido ainda na fase de carência contratual, de modo que tal exigência, prevista em Portaria Normativa, extrapola os limites da regulamentação. Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FINANCIAMENTO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO. FIES. LEI 10.260/2001. PRORROGAÇÃO DA CARÊNCIA ATÉ O TÉRMINO DA RESIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Constituição Federal, em seu artigo 205, assegura o direito à educação, devendo ser promovida e incentivada pelo Estado e pela família, com colaboração da sociedade, e por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho.
2. Visando dar efetividade ao dispositivo acima, foi criado o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES, que é um programa destinado a financiar a educação superior de estudantes matriculados em instituições particulares que não possuem poder aquisitivo para custear sua formação nestas.
3. O art. 6º-B, §3º, da Lei nº 10.260/2001 dispõe que os alunos graduados em medicina que ingressarem em programa de residência médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido enquanto durar a residência médica.
4. Ademais, na Portaria Conjunta nº 02/2011, o Ministério da Saúde elencou 19 (dezenove) áreas de residência médica como prioritárias, dentre as quais se encontra a de cirurgia geral.
5. No que concerne à alegação aduzida em preliminar de ausência de exaurimento da esfera administrativa, com o ajuizamento da lide e já de posse de todas as informações necessárias, caberia ao recorrente fazer o juízo de mérito informando eventual razão material para o indeferimento do pedido, ônus do qual não se desincumbiu.
6. O fato do contrato encontrar-se em fase de amortização não impede a prorrogação da carência até o término da residência em 28/02/2021, vez que tal requisito negativo extrapola os limites da regulamentação, por ser previsto em Portaria Normativa do Ministério da Educação e Cultura (Portaria Normativa nº 7/2013), violando o princípio da legalidade.
7. Sendo assim, deve ser concedida ao estudante a carência do programa FIES previsto na legislação acima mencionada, qual contratado em 27/02/2013. Precedente.
8. Dessa forma e por ora não carreado pelo recorrente documentação a desconstituir a r. decisão agravada, incabível o efeito suspensivo pleiteado.
9. Agravo de instrumento a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005777-55.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 14/08/2020, e - DJF3 Juicial 1 DATA: 18/08/2020)

Assim é que a parte impetrante preenche os requisitos necessários para fazer jus à carência estendida, tendo demonstrado a existência de direito líquido e certo ao benefício.

Ante o exposto, *homologo* a desistência do recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A e *nego provimento* à remessa necessária.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5012109-09.2018.4.03.0000

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2021

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPASSE DE VERBAS FEDERAIS DETERMINADO POR TUTELA PROVISÓRIA RECURSAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR PROVIMENTO JURISDICIONAL DE MÉRITO. REHUF. SUSPENSÃO REPENTINA DO PROGRAMA. INEXISTÊNCIA DE MODIFICAÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

1. Faticamente, a pretensão recursal buscada pelo *Parquet* restou integralmente atendida, mediante os repasses de R\$ 10.866.271,67 (dez milhões oitocentos e sessenta e seis mil duzentos e setenta e um reais e sessenta e sete centavos), em 13/12/2019, e de R\$ 6.302.359,28 (seis milhões, trezentos e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e vinte e oito centavos), em 20/04/2020, ambos referentes ao exercício de 2017. Contudo, juridicamente, revela-se imprescindível o provimento jurisdicional definitivo que confirme os efeitos da tutela antecipada outrora concedida, ante sua natureza precária e provisória, até porque os repasses somente foram realizados após a sua prolação.
2. O Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) tem como objetivo reestruturar e revitalizar os hospitais de universidades federais, integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS), razão pela qual procura criar condições materiais e institucionais para que esses hospitais universitários possam desempenhar plenamente suas funções em relação ao ensino, pesquisa e extensão, bem como no que tange a assistência à saúde.
3. É oportuno destacar que o art. 2º do Decreto nº 7.082/2010 estabelece como um dos objetivos da parte de assistência à saúde do REHUF a ofertada ao SUS da totalidade da capacidade instalada.
4. O Hospital São Paulo é uma instituição de direito privado, cuja mantenedora é a Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM (organização social), funcionando como o hospital universitário da Escola Paulista de Medicina – EPM (transformada em 1994 na UNIFESP) desde a sua criação em 1933.
5. A Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010 (instrumento que regulamentou o Decreto nº 7.082/2010 que criou o REHUF), de autoria conjunta dos Ministros da Saúde, da Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão, reconheceu o Hospital São Paulo como hospital universitário da Universidade Federal de São Paulo.
6. É certo que o inciso II, do art. 7º, da Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010, estabelece que os hospitais participantes do Programa têm o compromisso de destinar toda a sua assistência a usuários do Sistema Único de Saúde – SUS. Todavia, a mesma Portaria, em seu art. 1º, expressamente estende os benefícios do REHUF ao Hospital São Paulo, instituição *sui generis*, cabendo ressaltar que não atendia 100% ao SUS, além de possuir a peculiaridade de ser uma instituição de direito privado sem fins

lucrativos, cuja mantenedora é a SPDM (Organização Social). Assim, o Hospital São Paulo mesmo não atendendo a característica de atender 100% ao SUS, foi previsto como beneficiário do programa como uma exceção expressa.

7. Impõe-se constatar que não houve qualquer alteração normativa ou fática que justificasse essa suspensão, sendo certo que, desde a sua inclusão no Programa, o Hospital já era reconhecido como instituição *sui generis* e, mesmo não atendendo 100% ao SUS (atende 97%), foi beneficiário do Programa desde o ano de 2010. Cabe esclarecer, ainda, que o Hospital já possuía a certificação CEBAS quando o REHUF foi criado e que, em nenhum momento, essa condição foi tida como incompatível.

8. Inegável, pois, a existência dos graves danos provocados pela suspensão do repasse das verbas ocorrida durante o exercício financeiro e sem aviso prévio, quando o Hospital já havia feito sua programação orçamentaria considerando o recebimento dos recursos, prejudicando, inclusive, o atendimento aos usuários do SUS e o desenvolvimento das atividades de ensino e pesquisa da UNIFESP.

9. Impende apontar que o ato que incluiu o Hospital São Paulo no REHUF foi uma Portaria Interministerial proveniente dos Ministérios da Educação, da Saúde e do Planejamento, Orçamento e Gestão, de modo que, pelo princípio do paralelismo das formas, a sua revogação dependeria de outro ato administrativo de mesma natureza.

10. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal, com pedido de antecipação de tutela, contra a decisão proferida pelo r. Juízo da 14ª Vara Federal de São Paulo, que, nos autos da Ação Civil Pública nº 5003777-86.2018.4.03.6100, indeferiu o pedido de tutela provisória.

Cuidam os autos principais de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União, visando restabelecer o repasse de verbas do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) em favor do Hospital São Paulo - HSP (Hospital Universitário da Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP), nos termos do Decreto nº 7.082/2010.

Alega o autor que a Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010, editada conjuntamente pelos Ministérios da Saúde, da Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão, reconheceu que o Hospital São Paulo tem direito de participar do REHUF, motivo pelo qual foram repassadas verbas entre 2010 e 2016, até que, em 15/03/2017, as transferências foram suspensas sob a alegação de descumprimento do requisito de destinar 100% de atendimento ao

SUS, bem como pelo fato da Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM, mantenedora do hospital, possuir CEBAS.

Assevera a incompetência do Ministério da Saúde para suspender unilateralmente os repasses, a ofensa à legalidade, a violação ao devido processo legal, à confiança administrativa e à segurança jurídica.

Registra que o Hospital São Paulo cumpre todas as exigências para manter o recebimento de verbas dentro desse programa (não obstante ser entidade *sui generis*), notadamente porque destina 97% de atendimento ao SUS e não há incompatibilidade entre o REHUF e o CEBAS.

Assim, requereu a concessão de tutela provisória para o restabelecimento da transferência de verbas nos termos do Decreto nº 7.082/2010, sob pena de multa diária.

Ao examinar os autos principais, o r. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Inconformado, a agravante interpôs o presente recurso, com pedido de antecipação da tutela recursal, requerendo seja determinado à União (Ministério da Saúde) o repasse imediato e em única parcela do montante correspondente aos recursos do REHUF que deveriam ter sido destinados ao Hospital São Paulo no exercício financeiro de 2017, segundo os critérios pactuados no Programa, assim como os valores correspondentes à linha de financiamento da Portaria MS nº 1.929/2010.

Em decisão ID Num. 7606670, foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intimada, a União interpôs agravo interno (ID Num. 30456252) e contraminuta (ID 30456253) pugnando pela manutenção da decisão atacada.

O *Parquet* apresentou resposta ao agravo interno (ID Num. 35806090).

Em despacho ID Num. 41288365, os autos foram encaminhados ao Gabinete de Conciliação desta E. Corte, nos termos do art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC.

A audiência de conciliação foi realizada no dia 14/06/2019, tendo as partes, de comum acordo, decidido que (ID Num. 71846139):

a) A UNIFESP vai apresentar propostas de possível solução consensual diretamente ao Ministério da Saúde para os e-mails andre.brasil@agu.gov.br c. c. ciro.miranda@saude.gov.br, bem como para o Ministério Público Federal (geisarodrigues@mpf.mp.br) e o Gabinete da Conciliação (concilia@trf3.jus.br) até o dia 1.7.19, segunda-feira;

b) O Ministério da Saúde analisará as propostas apresentadas, bem como poderá formular outras, encaminhando seu parecer por e-mail a UNIFESP (gabinete@unifesp.br), ao Ministério Público Federal e o Gabinete da Conciliação até o dia 1.8.19, o qual será discutido na próxima audiência.

c) Fica designada a próxima audiência para o dia 9.8.19, às 14hs.

d) Até a próxima audiência ficam suspensos os efeitos da decisão liminar, comunicando-se o Relator.

Em nova audiência de conciliação, as partes, de comum acordo, deliberaram que não seria possível uma solução consensual naquele momento (ID Num. 90258235).

Em despacho ID Num. 90492712 foi determinada a intimação da União para integral cumprimento da Decisão ID Num. 7606670, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Em petição ID Num. 108909473, o *Parquet* informou que o Ministério da Saúde realizou o repasse de R\$ 10.866.271,67 (dez milhões oitocentos e sessenta e seis mil duzentos e setenta

e um reais e sessenta e sete centavos), em 13/12/2019, para a Unidade Gestora HU UNIFESP. Contudo, segundo a Universidade, ainda estariam pendentes de repasse de R\$ 6.302.359,28 (seis milhões, trezentos e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e vinte e oito centavos). Assim, requereu a intimação da União para integral cumprimento da decisão ID Num. 7606670, o que restou deferido (ID Num. 109018145).

Houve nova manifestação ministerial, em 04/02/2020, aduzindo que a União ainda não teria realizado o repasse (ID Num. 123512929). Em razão disto, foi proferido novo despacho ID Num. 123518583.

A União apresentou a resposta, aduzindo que repassou R\$ 5.500.000,00 ao Hospital São Paulo em decorrência do Termo de Conciliação nº 7/2018/CCAF/CGU/AGU/IAV, sendo que tais parcelas seriam as mesmas que são objeto da decisão judicial. Assim, requereu o encontro de conta para evitar o pagamento em duplicidade (ID Num. 124098852).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal afirmou que “tal alegação não procede, pois a liberação dos valores relativas ao acordo firmado pela União Federal e a UNIFESP foi de caráter emergencial para evitar a descontinuidade da prestação de serviços de saúde naquele momento específico” (ID Num. 128508981 - Pág. 2). Assim, requereu a determinação judicial para que a União repasse o valor faltante de R\$ 6.302.359,28 (seis milhões, trezentos e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e vinte e oito centavos).

Em decisão ID Num. 128710597, os argumentos ministeriais foram acolhidos, sendo determinada a intimação da União nos moldes requeridos.

Regularmente intimada por meio eletrônico/remoto, devido à quarentena em vigor por motivo da pandemia da COVID19 (ID Num. 129072472), o representante da Advocacia Geral da União acusou o recebimento da intimação também por meio eletrônico (ID Num. 129073896). Contudo, não apresentou manifestação.

Após consulta ao andamento processual eletrônico da Ação Civil Pública subjacente, em que se constatou a manifestação da União no sentido de que o Fundo Nacional de Saúde realizou o pagamento em 20/04/2020 para UNIFESP (ID Num. 38337752), o Ministério Público Federal foi intimado para confirmar o integral cumprimento da decisão ID Num. 7606670 (ID Num. 143480889).

Em resposta, o *Parquet* confirmou o integral cumprimento da decisão ID Num. 760667 (ID Num. 144862129).

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

Inicialmente, cumpre asseverar que, faticamente, a pretensão recursal buscada pelo *Parquet* restou integralmente atendida, mediante os repasses de R\$ 10.866.271,67 (dez milhões oitocentos e sessenta e seis mil duzentos e setenta e um reais e sessenta e sete centavos), em 13/12/2019, e de R\$ 6.302.359,28 (seis milhões, trezentos e dois mil, trezentos e cinquenta e nove reais e vinte e oito centavos), em 20/04/2020, ambos referentes ao exercício de 2017.

Contudo, juridicamente, revela-se imprescindível o provimento jurisdicional definitivo que confirme os efeitos da tutela antecipada outrora concedida, ante sua natureza precária e provisória, até porque os repasses somente foram realizados após a sua prolação.

Em caso análogo, esta E. Corte Federal assim já decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS. LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. COM OU SEM MÉRITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 421 DO STJ. ISENÇÃO APENAS DA UNIÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por FELIX GUIMARÃES PINTO em face da r. sentença de fl. 150 que, em autos de ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do revogado Código de Processo Civil, vigente à época, diante da perda superveniente do interesse processual. Sem condenação em honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. Como cediço, o interesse de agir é reconhecido com subsunção do caso fático ao binômio necessidade e adequação. Isto é, somente por meio da demanda, e se utilizando da via adequada, é que a pretensão da parte autora pode ser alcançada. Portanto, o autor carecerá de ação, no tocante ao interesse processual, se não puder obter, por meio da ação proposta, o resultado por ele almejado. Por sua vez, a perda superveniente do interesse de agir é tida, em síntese, como a situação na qual a demanda, quando proposta, era necessária, mas que, por razões posteriores, perde seu sentido de ser, eis que já não mais necessária ou útil para o autor.

3. A concessão de medida antecipatória satisfativa, com consequente realização do tratamento médico necessário ao paciente, a cargo das Fazendas Públicas não leva à perda do objeto da ação, mostrando-se imprescindível a sua confirmação pela sentença. Isso porque, a concessão da liminar demanda tão somente cognição provisória e superficial, enquanto que é a análise do mérito que permite a conclusão da imprescindibilidade da tutela jurisdicional.

5. Faz-se mister a extinção do processo, com resolução do mérito, confirmando a tutela satisfativa anteriormente concedida.

(...)

9. Apelação a que se dá provimento.

(Ap 0007556-22.2013.4.03.6000, Terceira Turma, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2017)

Quanto ao mérito recursal, assiste razão ao agravante.

O Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) tem como objetivo reestruturar e revitalizar os hospitais de universidades federais, integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS), razão pela qual procura criar condições materiais e institucionais para que esses hospitais universitários possam desempenhar plenamente suas funções em relação ao ensino, pesquisa e extensão, bem como no que tange a assistência à saúde.

Ressalte-se que não se faz suficiente que o hospital seja universitário, posto que o Decreto nº 7.082/2010 delimitou seu alcance a hospitais de universidades federais, integrados ao SUS (programa de cobertura universal, mas que notoriamente priorizam a imensa massa da população economicamente pobre e miserável).

É oportuno destacar que o art. 2º do Decreto nº 7.082/2010 estabelece como um dos *objetivos* da parte de assistência à saúde do REHUF a ofertada ao SUS da totalidade da capacidade instalada. Transcreve-se:

Art. 2º. O REHUF tem como objetivo criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde.

(...)

§ 2º. No campo da assistência à saúde, os hospitais universitários desempenham as funções de centros de referência de média e alta complexidade, para a rede pública de serviços de saúde, tendo como objetivos específicos:

(...)

II - garantir oferta da totalidade da capacidade instalada ao SUS;

Como é bem de ver, a norma infralegal em epígrafe, ao garantir a oferta da totalidade da capacidade ao SUS como um objetivo dos hospitais universitários, não está a fixar propriamente tal atribuição como pré-requisito para participar do REHUF.

O Hospital São Paulo é uma instituição de direito privado, cuja mantenedora é a Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM (organização social), funcionando como o hospital universitário da Escola Paulista de Medicina – EPM (transformada em 1994 na UNIFESP) desde a sua criação em 1933.

Para atender os objetivos do REHUF e ser reconhecido como hospital universitário da UNIFESP, a SPDM (mantenedora do Hospital São Paulo) cedeu gratuitamente a essa Universidade o uso de dois edifícios por 25 anos. Ainda, para se adequar as normas do REHUF, a UNIFESP criou uma Unidade Gestora Executora para o recebimento das verbas do REHUF, de modo que os recursos do REHUF não seriam geridos pela mantenedora do Hospital São Paulo. Além disso, os relatórios de gestão da Universidade passaram a incluir relatos de execução orçamentária do REHUF, auditados pelo TCU e pela CGU.

E a Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010 (instrumento que regulamentou o Decreto nº 7.082/2010 que criou o REHUF), de autoria conjunta dos Ministros da Saúde, da Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão, reconheceu o Hospital São Paulo como hospital universitário da Universidade Federal de São Paulo.

É certo que o inciso II, do art. 7º, da Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010, estabelece que os hospitais participantes do Programa têm o compromisso de destinar toda a sua assistência a usuários do Sistema Único de Saúde – SUS:

Art. 7º. Obrigam-se os HUs, independentemente de transcrição nos instrumentos de contratualização, ao cumprimento dos seguintes compromissos:

(...)

II - destinar assistência prestada integralmente ao SUS, inclusive às redes de urgência e emergência, de acordo com o processo de regulação da assistência promovido pelo gestor do SUS competente;

Todavia, a mesma Portaria, em seu art. 1º, expressamente estende os benefícios do REHUF ao Hospital São Paulo, instituição *sui generis*, cabendo ressaltar que não atendia 100% ao SUS, além de possuir a peculiaridade de ser uma instituição de direito privado sem fins lucrativos, cuja mantenedora é a SPDM (Organização Social). Assim, o Hospital São Paulo, mesmo não atendendo a característica de atender 100% ao SUS, foi previsto como beneficiário do programa como uma exceção expressa. Destaque-se:

Art. 1º Os hospitais integrantes do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais - REHUF são os relacionados no Anexo I. (...)

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Portaria, no que couber, aos Hospitais São Paulo e de Clínicas de Porto Alegre.

Portanto, o Hospital São Paulo foi qualificado como beneficiário dos recursos do REHUF considerando o papel que exerce no âmbito do SUS, como formador de profissionais na área da saúde, uma vez que é o hospital utilizado pela UNIFESP, no desenvolvimento de pesquisas científicas e na promoção de assistência em saúde para diversas pessoas.

Por conseguinte, não se pode afirmar que não existe amparo legal que fundamente a continuidade dos repasses.

Deve-se notar, ainda, que, ao contrário do afirmado pelo r. Juízo *a quo*, não há indícios que a Portaria que incluiu o Hospital São Paulo no REHUF seria contrária ao seu Decreto instituidor, uma vez que, conforme exposto, o Decreto não estabelece o atendimento 100% ao SUS como um requisito, mas como um objetivo.

Saliente-se que, desde o ano de 2010, o Hospital São Paulo é reconhecido pela Portaria Interministerial nº 883, de 05/07/2010, sendo certo, outrossim, que o REHUF repassou à UNIFESP, entre 2010 e 2016, o montante de R\$ 179.802.75,53. Todavia em 15/03/2017, o Ministério da Saúde, surpreendeu a UNIFESP e o Hospital São Paulo com a informação de suspensão dos recursos do REHUF, sob a alegação de que o hospital não cumpriu o requisito de destinar toda a sua capacidade instalada ao SUS.

Impõe-se constatar que não houve qualquer alteração normativa ou fática que justificasse essa suspensão, sendo certo que, desde a sua inclusão no Programa, o Hospital já era reconhecido como instituição *sui generis* e, mesmo não atendendo 100% ao SUS (atende 97%), foi beneficiário do Programa desde o ano de 2010. Cabe esclarecer, ainda, que o Hospital já possuía a certificação CEBAS quando o REHUF foi criado e que, em nenhum momento, essa condição foi tida como incompatível.

Além de inexistir incompatibilidade entre as políticas públicas REHUF e CEBAS, não há vedação legal para a sua cumulação. Ademais, convém recordar que a Administração Pública está adstrita ao princípio constitucional da legalidade (art. 37 da CF), impondo-se-lhe proceder somente em conformidade com os mandamentos da lei. Inexistindo vedação legal na cumulação do REHUF e do CEBAS, não há como se reconhecer qualquer ilegalidade que justifique a suspensão dos repasses.

Insta frisar que, como decorrência da suspensão das verbas do REHUF, o Hospital São Paulo também foi penalizado com a perda, no mesmo período, de aproximadamente R\$ 9.000.000,00 provenientes do teto financeiro anual dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, recurso instituído pela Portaria MS nº 1.929, de 19 de julho de 2010. Para receber os recursos desta Portaria, a instituição de saúde deve ser beneficiária do REHUF. Referida perda tornou ainda mais grave a situação financeira do hospital, aumentando o prejuízo à prestação de serviço à saúde da população e aos serviços educacionais promovidos pela UNIFESP.

Desse modo, a conduta de suspender o repasse de recursos de maneira abrupta, após mais de 6 (seis) anos de repasse, revela aparentemente violação à ampla defesa e ao contraditório, bem como ao princípio da confiança legítima.

Não há dúvidas que as exigências feitas pelo Ministério da Saúde e da Educação para incluir o Hospital São Paulo no REHUF foram devidamente cumpridas em 2010, devendo ser consignado que a SPDM, mantenedora do Hospital, cedeu gratuitamente à UNIFESP o uso de dois edifícios do Hospital São Paulo (Anexos A e B) por 25 anos, nos quais desenvolvesse seus programas de ensino, pesquisa e extensão.

Nesse exame processual, não se vislumbra plausível que, após ter sido atendida a exigência, e faltando ainda 18 anos para o término da cessão gratuita dos imóveis à UNIFESP,

o Ministério da Saúde simplesmente decida, unilateralmente, suspender o repasse das verbas do REHUF, quando é certo que não ocorreu qualquer alteração fática ou legal.

Inegável, pois, a existência dos graves danos provocados pela suspensão do repasse das verbas ocorrida durante o exercício financeiro e sem aviso prévio, quando o Hospital já havia feito sua programação orçamentaria considerando o recebimento dos recursos, prejudicando, inclusive, o atendimento aos usuários do SUS e o desenvolvimento das atividades de ensino e pesquisa da UNIFESP.

Como bem acentuou o Ministério Público Federal, no âmbito do Hospital São Paulo, os alunos dos diversos cursos da área da saúde da UNIFESP, supervisionados por professores altamente capacitados da Universidade, atendem usuários do SUS, nas mais diversas especialidades médicas, inclusive de alta e média complexidade. Logo, os recursos do REHUF são essenciais para a manutenção dos serviços prestados aos usuários do SUS e para a manutenção das atividades de ensino e pesquisa desenvolvidas pela UNIFESP no hospital.

Deveras, ao que consta, a suspensão repentina do repasse das verbas do REHUF e da Portaria MS nº 1.929/2010 ao Hospital São Paulo agravou a notória crise financeira da instituição, que, conforme noticiado pela imprensa (fls. 120/133 do Procedimento Preparatório 1.34.001.005225/2017-65 – ID Num. 4579351 dos autos principais), teve nos três últimos trimestres de 2017 problemas como “restrições de internações, interrupção de cirurgias por falta de material, fechamento do pronto-socorro, diminuição de consultas e ameaça de FECHAR AS PORTAS”.

Tanto que a UNIFESP informou que, “a partir da suspensão do REHUF, foram suspensas as internações eletivas e o atendimento do Pronto-Atendimento, mantendo apenas o atendimento das urgências e emergências, com redução de 30%. Reduzimos em cerca de 50% o número de leitos nas enfermarias com o objetivo de manter a qualidade de atendimento dos pacientes internados. Nestes mais de 180 dias deixamos de atender 93.443 consultas de Pronto Socorro, quando comparado com o mesmo período de 2016. Para o ensino e pesquisa, a redução de atendimento e internações comprometeu o aprendizado/treinamento” (fl.284 – ID Num. 4579576 - 8 dos autos principais).

De outra sorte, impende apontar que o ato que incluiu o Hospital São Paulo no REHUF foi uma Portaria Interministerial proveniente dos Ministérios da Educação, da Saúde e do Planejamento, Orçamento e Gestão, de modo que, pelo princípio do paralelismo das formas, a sua revogação dependeria de outro ato administrativo de mesma natureza.

Por fim, esgotada a análise do vertente recurso, fica prejudicado o agravo interno interposto pela União.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar que a União (Ministério da Saúde) repasse imediatamente o montante correspondente aos recursos do REHUF que deveriam ter sido destinados ao Hospital São Paulo no exercício financeiro de 2017, segundo os critérios pactuados no Programa, assim como os valores correspondentes à linha de financiamento da Portaria MS nº 1.929/2010, e julgo prejudicado o agravo interno.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5025887-12.2019.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: HUGO MARCIO PIMENTA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROGRAMA MAIS MÉDICOS – CRITÉRIO DE DESEMPATE – LEI ESPECIAL.

1. O artigo 27, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.741/03 (“Estatuto do Idoso”), determina que, regra geral, o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade.
2. A Lei Federal nº 12.871/13, norma especial, regulamenta de forma específica o critério de desempate no âmbito do Programa Mais Médicos para o Brasil.
3. “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (artigo 2º, § 1º, da LINDB).
4. O critério de desempate, previsto em edital, está em consonância com a Lei Federal nº 12.871/13.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu antecipação de tutela “para alterar os critérios de desempate previstos no item 7.2.2 do Edital nº 11, de 10 de maio de 2019, do Ministério da Saúde, de modo a conferir prioridade ao critério etário como primeiro elemento de desempate no processo de seleção de candidatos” (ID 20630084, na origem), no âmbito do Programa Mais Médicos para o Brasil.

A União, ora agravante, afirma a legalidade dos critérios de desempate do Edital SGTES/MS nº 11/2019, nos termos da Lei Federal nº 12.871/13.

Afirma que a adesão de médicos ao projeto, por meio de chamamento público, não poderia ser equiparada a concurso público, de forma que o artigo 27, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.741/03, não seria aplicável.

Argumenta com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (ID 95119950).

Sem resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

O artigo 27, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.741/03 (“Estatuto do Idoso”), determina que, *regra geral*, o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade.

A Lei Federal nº 12.871/13, *norma especial*, regulamenta de forma específica o critério de desempate no âmbito do Programa Mais Médicos para o Brasil:

Art. 13. É instituído, no âmbito do Programa Mais Médicos, o Projeto Mais Médicos para o Brasil, que será oferecido: (...)

§ 1º. A seleção e a ocupação das vagas ofertadas no âmbito do Projeto Mais Médicos para o Brasil *observarão a seguinte ordem de prioridade*:

I - médicos formados em instituições de educação superior brasileiras ou com diploma reva-
lidado no País, inclusive os aposentados;

II - médicos brasileiros formados em instituições estrangeiras com habilitação para exercício
da Medicina no exterior; e

III - médicos estrangeiros com habilitação para exercício da Medicina no exterior.

“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela in-
compatível *ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*” (artigo
2º, § 1º, da LINDB).

O critério de desempate, previsto em edital, está em consonância com a Lei Federal nº
12.871/13.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em caso análogo:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE
CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO PARA OUTORGA
DO 6º CARTÓRIO DE PROTESTOS DE CURITIBA. CRITÉRIO PARA DESEMPATE DO
CERTAME. LEI FEDERAL Nº 10.741/03. ESTATUTO DO IDOSO. NORMA GERAL. CRI-
TÉRIO DE DESEMPATE ETÁRIO. NÃO APLICABILIDADE. LEI FEDERAL Nº 8.935/94 E
LEI ESTADUAL Nº 14.594/2004. NORMAS ESPECÍFICAS. CRITÉRIO DE DESEMPATE.
TEMPO DE SERVIÇO. APLICABILIDADE. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO ACÓRDÃO
IMPUGNADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de
qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam
privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que
possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em confor-
midade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil
(CRFB, art. 1º, V)

2. A competência da União para legislar sobre registros públicos (CRFB, art. 22, XXV) alcança apenas as atividades-fim dos notários e registradores, correspondendo ao poder de “criar e extinguir requisitos de validade dos atos jurídicos de criação, preservação, modificação, transferência e extinção de direitos e obrigações” (Precedente do STF: ADI nº 2.415, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 22/09/2011, DJe-028 de 08-02-2012).

3. Cabe aos Estados-membros editar as normas e fixar os critérios para o concurso de remoção para outorga de serventia extrajudicial (*ex vi* do art. 25, §1º, CRFB), como, a rigor, já reconhecido pela legislação federal sobre o tema (Lei nº 8.935/1994 - art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção).

4. O Estado do Paraná, no exercício de sua competência legislativa, editou a Lei nº 14.594/2004, que estabeleceu as normas e critérios para concursos de remoção nos serviços notariais e de registro.

5. *A Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) cuida apenas da admissão em concurso público em termos gerais, de modo que, quando em referência concurso de remoção, não deve ser seguida, ante a existência de lei especial (lex specialis derogat legi generali).*

6. *In casu, o acórdão impugnado do Conselho Nacional de Justiça, ao negar a aplicação da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), privilegiando o que estabelece a Lei Estadual nº 14.594/2004, agiu acertadamente, resolvendo o conflito aparente de normas segundo a boa técnica jurídica.*

7. O tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público não pode ser utilizado como critério de desempate por violar o princípio da razoabilidade, segundo a jurisprudência do STF (Precedente: ADI nº 3.522, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 24/11/2005, DJ 12.05.2006). 8. Destarte, na forma da Lei estadual nº 14.594/2004, deve-se adotar o critério de maior tempo de serviço público para desempatar o concurso de remoção para a outorga do 6º Cartório de Protestos da Capital, exatamente nos termos em que proferido o acórdão impugnado do Conselho Nacional de Justiça.

9. Segurança denegada.

(MS 33046, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015)

Por tais fundamentos, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5025431-28.2020.4.03.0000

Agravante: REGINA AKEMI TOMIOKA VIEIRA

Agravada: ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENSINO SUPERIOR

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/01/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE DIPLOMA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à validação de diploma universitário.
2. Verifica-se ser de rigor o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento do feito de origem, passível de cognição de ofício e a qualquer tempo.
3. Em que pese este Relator já ter decidido anteriormente em sentido contrário, o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP.
4. Observa-se que a competência para julgamento da demanda original é assunto já debatido nos autos, que não desafia fundamentação inédita e, portanto, não se cogita de violação aos art. 10 e 933, *caput*, do atual Código de Processo Civil.
5. É de ser reconhecida, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com consequente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual.
6. Prejudicado o agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, reconheceu, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com consequente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgou PREJUDICADO o agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencida a Juíza Federal Convocada Denise Avelar que reconhecia a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito e votava por não dar por prejudicado o recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Regina Akemi Tomioka Vieira, contra decisão que, em sede de ação ordinária (autos nº 1001139-38.2019.8.26.0443, renumerados para 5006627-49.2019.4.03.6110) ajuizada em face da Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu – UNIG e da Faculdade Associada Brasil, revogou a antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência, anteriormente concedida por Juízo Estadual.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, bem como o seu provimento para determinar a reativação de seu diploma no curso de Pedagogia, cujo registro foi realizado pela primeira recorrida.

Sem contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à validação de diploma universitário.

De início, verifica-se ser de rigor o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento do feito de origem, passível de cognição de ofício e a qualquer tempo.

Isso porque, em que pese este Relator já ter decidido anteriormente em sentido contrário, o assunto foi recentemente definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conflito de competência nº 171.870/SP. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. DEMANDA PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR PARA FINS DE DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE DIPLOMA, BEM ASSIM PARA O SEU DEFINITIVO REGISTRO. CONTROVÉRSIA ENTRE PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco - SJ/SP em face do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Carapicuíba/SP em demanda ajuizada por particular contra a Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu (UNIG) e o Centro de Ensino Aldeia de Carapicuíba Ltda (CEALCA) objetivando seja declarada a validade de seu diploma e realizado o seu definitivo registro.

2. Proposta a demanda perante a Justiça Estadual, foi declinada a competência e determinada a remessa dos autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, pelo entendimento de que o caso envolveria registro de diploma perante órgão federal competente.

3. Após o recebimento dos autos, o Juízo Federal suscitou conflito negativo de competência por entender que a controvérsia dos autos se dá entre particulares, ainda que uma delas seja universidade privada sujeita à fiscalização da União.

4. Pelo que se extrai da inicial, o contexto em que se deu o cancelamento do registro do diploma não teve atuação direta do Ministério da Educação, e sim má interpretação de determinação - posteriormente revogada - de suspensão da autonomia universitária da UNIG, o que atingira a atividade de registro de diplomas. Não se evidenciando interesse da União no presente caso, até porque não se discute o credenciamento da universidade particular, deve ser a demanda processada e julgada na Justiça Estadual. No mesmo sentido, recente manifestação da Primeira Seção desta Corte em caso idêntico ao dos autos: AgInt no CC 167747/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 11/5/2020.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual, o suscitado.

(CC 171.870/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 02/06/2020)

Ademais, observa-se que a competência para julgamento da demanda original é assunto já debatido nos autos, que não desafia fundamentação inédita e, portanto, não se cogita de violação aos art. 10 e 933, *caput*, do atual Código de Processo Civil.

Ante o exposto, reconheço, de ofício, a incompetência material da Justiça Federal, com consequente determinação de remessa dos autos à Justiça Estadual, e julgo prejudicado o agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar: Peço vênias ao e. Relator para, em que pese a recente jurisprudência apontada, apresentar meu voto divergente.

No que tange à competência da Justiça Federal, estabelece o art. 109, I da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

No caso dos autos, a demanda na qual se origina o presente recurso objetiva que a instituição de ensino superior, responsável pelo registro do diploma emitido pela faculdade associada, revogue a decisão que cancelou o referido registro, tornando-o inválido.

O cancelamento do registro do diploma foi efetuado em razão de uma portaria publicada pelo Ministério da Educação, a portaria 738/2016, que assim dispõe:

Art. 1º Seja instaurado processo administrativo para aplicação de penalidades previstas no art. 52 do Decreto 5.773/2006 em face da Universidade Iguaçu - UNIG (cód. 330), mantida pela Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu (cód. 230), reconhecida pela Portaria nº 1.318, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/1993, com funcionamento na Avenida Abílio Augusto Távora, nº 2134, Bairro: Jardim Nova Era, Nova Iguaçu/RJ.

Art. 2º Seja aplicada à Universidade Iguaçu - UNIG (cód.330), medida cautelar administrativa de suspensão da autonomia universitária, em especial, o impedimento de registro de diplomas, inclusive em desfavor da própria IES, bem como o sobrestamento do processo de reconhecimento da UNIG durante a instrução do presente processo administrativo ou até decisão ulterior.

Desse modo, considerando ter havido o cancelamento do registro do diploma, em decorrência de procedimento administrativo instaurado pelo MEC, e tratando-se de ato de particular no exercício de atividade delegada pela União, vê-se que há interesse desta a ensejar a competência federal para o conhecimento e julgamento da ação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recurso representativo de controvérsia, julgado pelo rito previsto no art. 543-C. Senão, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. REGISTRO DE DIPLOMAS CREDENCIAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO.

INTELIGÊNCIA DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, razão pela qual é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.
2. No mérito, a controvérsia do presente recurso especial está limitada à discussão, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a competência para o julgamento de demandas referentes à existência de obstáculo à obtenção do diploma após a conclusão de curso de ensino a distância, por causa da ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação.
3. Nos termos da jurisprudência já firmada pela 1ª Seção deste Sodalício, em se tratando da competência para processar e julgar demandas que envolvam instituições de ensino superior particular, é possível extrair as seguintes orientações, quais sejam: (a) caso a demanda verse sobre questões privadas relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre a instituição de ensino superior e o aluno, tais como, por exemplo, inadimplemento de mensalidade, cobrança de taxas, desde que não se trate de mandado de segurança, a competência, via de regra, é da Justiça Estadual; e, (b) ao revés, sendo mandado de segurança ou referindo-se ao registro de diploma perante o órgão público competente - ou mesmo credenciamento da entidade perante o Ministério da Educação (MEC) - não há como negar a existência de interesse da União Federal no presente feito, razão pela qual, nos termos do art. 109 da Constituição Federal, a competência para processamento do feito será da Justiça Federal. Precedentes.
4. Essa conclusão também se aplica aos casos de ensino à distância, em que não é possível a expedição de diploma ao estudante em face da ausência de credenciamento da instituição junto ao MEC. Isso porque, nos termos dos arts. 9º e 80, § 1º, ambos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o credenciamento pela União é condição indispensável para a oferta de programas de educação à distância por instituições especificamente habilitadas para tanto.
5. Destaca-se, ainda, que a própria União - por intermédio de seu Ministério da Educação (MEC) - editou o Decreto 5.622, em 19 de dezembro de 2005, o qual regulamentou as condições de credenciamento, dos cursos de educação à distância, cuja fiscalização fica a cargo da recém criada Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do referido órgão ministerial.
6. Com base nestas considerações, em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, dentre outros precedentes desta Corte, a conclusão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 698440 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012.
7. Portanto, CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL interposto pelo ESTADO DO PARANÁ e CONHEÇO PARCIALMENTE do RECURSO ESPECIAL interposto pela parte particular para, na parte conhecida, DAR PROVIMENTO a ambas as insurgências a fim de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda. Prejudicada a análise das demais questões. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1344771/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2013, REPDJe 29/08/2013, DJe 02/08/2013)

O mesmo entendimento foi reafirmado em julgamento de conflito de competência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. FACULDADE DE VIZINHANÇA DO

VALE DO IGUAÇU. VIZIVALI. UNIÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA. REGISTRO DOS DIPLOMAS. INDENIZAÇÃO. PROFESSORES COM VÍNCULO FORMAL PERANTE INSTITUIÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA. CASO CONCRETO. PEDIDO DE ENTREGA OU REGISTRO DE DIPLOMA. AUSÊNCIA. EXCLUSÃO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A 1ª Seção desta Corte, em recente julgamento (08.11.2017), julgou o Tema Repetitivo n. 928, nos Recursos Especiais Repetitivos ns. 1.487.139/PR e 1.487.719/PR, da relatoria do Ministro Og Fernandes, reconhecendo: (i) que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados; e (ii) que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

III - A presente demanda foi proposta em face da Faculdade de Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI e IESDE Brasil S/A, perante o Juízo da Vara da Comarca de Cambé/PR e, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná declinou da competência para processar e julgar o recurso, porquanto haveria interesse da União.

IV - O Juízo Federal declarou-se incompetente para o julgamento do feito e suscitou o presente conflito, uma vez que além de a ré constituir pessoa jurídica de direito privado, não há pedido formulado contra a União, autarquia ou empresa pública Federal e sequer há a indicação de ato de autoridade que atue mediante autorização ou delegação federal. Por fim, expõe que a União manifestou-se de modo a informar que inexistia interesse no feito.

V - Ação de indenização por danos morais devido a não entrega do diploma do Curso de Capacitação de Docentes dos Anos Iniciais ao Ensino Fundamental e da Educação Infantil; portanto, a falta da expedição do diploma é causa de pedir. Ausência de interesse jurídico da União a ensejar a competência da Justiça Federal, porquanto o pedido se limitaria a esfera privada entre aluno e instituição de ensino.

VI - Conflito de Competência reconhecido, para para declarar competente o Juízo suscitado - o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

VII - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IX - Agravo Interno improvido.

(AgInt no CC 167.921/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 30/06/2020, DJe 03/08/2020)

O Supremo Tribunal Federal, igualmente, tem entendimento no sentido de que “os atos praticados ou omitidos no âmbito do Sistema Federal de Ensino devem ser avaliados pela Justiça Federal, independentemente da pretensão que, em cada demanda, os contenha como causa de pedir” (RE 1026887 AgR / PR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017).

Nesse viés, e seguindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, este E. Tribunal Regional Federal, já decidiu em anteriores oportunidades:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VALIDADE DE DIPLOMA. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A despeito da declaração de ausência de interesse da União, constata-se, no contexto fático a envolver a demanda, a atuação de órgão federal de regulação e supervisão do ensino superior, além de procedimentos administrativos de apuração de irregularidades.

2. Caso o pedido se limitasse à indenização por danos morais, decorrente da não obtenção do diploma, poder-se-ia cogitar da exclusão de interesse da União, dado que, nesta hipótese, a lide estaria restrita à matéria consumerista e contratual. Todavia, vez que o pedido de registro de diploma não se fundamenta em direito privado, entre aluno e instituição de ensino, mas administrativo, envolvendo a fiscalização do ensino superior, justifica-se o reconhecimento da competência da Justiça Federal.

3. No caso, o cancelamento de diplomas não ocorreu por ação unilateral da agravante, mas em decorrência de protocolo de compromisso firmado entre União e Universidade Nova Iguaçu, com participação do Ministério Público Federal, conforme explicitado no item c da Informação 26/2019/CGSO-TÉCNICOS/DISUP/SERES-MEC. Mesmo que tenha ocorrido falha da agravante em identificar irregularidades que levaram ao cancelamento do diploma, o que importaria, em tese, na revisão do ato, ainda assim estaria mantida a competência federal, uma vez que a controvérsia continuaria intimamente vinculada a atos realizados por seus órgãos.

4. Havendo, portanto, participação de órgão federal de fiscalização do ensino superior na determinação do cancelamento de diplomas, conclui-se pela competência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do caso. Mesmo que a agravada não tenha direcionado o pedido à União, os elementos expostos indicam a presença de seu interesse jurídico na lide.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029490-93.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 24/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2020)

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO DE DIPLOMA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial representativo de controvérsia (RESp 1344771/PR) pacificou entendimento de que a União possui interesse, competindo à Justiça Federal o julgamento quando a lide verse sobre o registro de diploma ou quando se tratar de mandado de segurança, nos termos do artigo 109, I da CF (CC 131.532/PR, AgRg no CC 130.370/PR, CC 167.694-SP)

Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028497-50.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 19/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/06/2020)

Desse modo, reconheço a existência de interesse da União e a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, pelo que voto por não dar por prejudicado o recurso.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL

5014978-41.2019.4.03.6100

Apelante: ANA PAULA PIMENTEL

Apelado: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2021

EMENTA

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXAME DA OAB. CONTROLE DE LEGALIDADE E VINCULAÇÃO AO EDITAL. CRITÉRIOS DE FORMULAÇÃO E CORREÇÃO DA PROVA. REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ERRO GROSSEIRO. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. Busca-se, pela via judicial, revisão de critérios de correção e atribuição de pontos relativos a exame da OAB (segunda fase).
2. O C. STF, no julgamento do RE 632.853/CE, sob a sistemática da repercussão geral, assentou o entendimento de que, nos termos do princípio constitucional da separação dos poderes, não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora de concurso público para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas.
3. Verifica-se que, no caso concreto, foi oportunizada a interposição de recurso administrativo, momento em que a administração justificou as notas atribuídas, inexistindo qualquer teratologia ou violação aos princípios norteadores da atividade administrativa.
4. Contrariamente ao sustentado pela recorrente, não houve avaliação meramente genérica acerca das respostas apresentadas no certame.
5. Não evidenciada a desvinculação das questões vergastadas em relação ao programa do exame da OAB, nem tampouco a existência de teratologia ou erro flagrante na correspondente formulação, correção ou atribuição de pontos, não há como prosperar o recurso.
6. Nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação em mandado de segurança, impetrado, com pedido de liminar, por ANA PAULA

PIMENTEL em face do CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, pelo qual objetivou, em suma, revisão de critérios de avaliação e concessão de pontos adicionais referentes a itens da prova prático-profissional de Direito Civil do “XXVII Exame de Ordem Unificado”.

A pedido liminar foi indeferido (id. 145455262).

A autoridade impetrada prestou informações, pugnando pela denegação da ordem (id. 145455269).

A r. sentença (id. 145455632) denegou a segurança, resolvendo o mérito, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Em suas razões de apelação (id. 145455635) a recorrente, basicamente, reiterou os argumentos expostos na petição inicial, na seguinte conformidade: *a)* se submeteu ao Exame de Ordem realizado pela OAB e não foi aprovada na segunda etapa do exame; *b)* apesar de ingressar com recurso na via administrativa, não obteve êxito porque a banca recursal não teria apreciado, ou tão pouco, validado o seu pleito, apresentando respostas genéricas; *c)* não obteve êxito, nem mesmo, após ingressar com último recurso para revisão de erro material na contagem de pontos, o que teria sido respondido sem qualquer fundamentação legal; *d)* entender que o ato da autoridade não se reveste de legalidade, posto que houve sonegação de atribuição de pontos na correção da peça e das questões e, ainda, que houve a perfeita adequação das respostas aos critérios indicados no espelho de correção, sendo que nesses casos, há a excepcional possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na correção das provas de concursos públicos; *e)* ser de rigor, portanto, o provimento da apelação.

Apresentadas contrarrazões (id. 145455642), subiram os autos a esta E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal com atribuição nesta instância manifestou desinteresse jurídico na causa (id. 146496553).

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): A apelante busca, pela via judicial, ver reconhecido o fato de sua prova não ter sido corrigida de forma correta, ocorrendo erros nas atribuições de notas às questões respondidas.

Não obstante, trata-se de atividade sobre a qual, em regra, não pode interferir o Poder Judiciário, visto que a avaliação das provas e atribuição de notas é de responsabilidade dos examinadores da banca, tratando-se de exercício de poder discricionário da administração.

O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 632.853/CE, sob a sistemática da repercussão geral, assentou o entendimento de que, nos termos do princípio constitucional da separação dos poderes, não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora de concurso público para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Confira-se a ementa desse aresto:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcio-

nalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.” (RE 632853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)

No mesmo sentido, destacam-se outros precedentes:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE EM QUESTÃO DISCURSIVA, EM COTEJO COM O PROGRAMA VEICULADO NO EDITAL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A QUESTÃO IMPUGNADA E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DO EDITAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado ao fundamento de que, na prova prática de sentença criminal, do 54º Concurso para Juiz Substituto do Estado de Goiás, foi exigido conhecimento de norma não abrangida no Edital do certame, violando o princípio da legalidade.

III. Em 23/04/2015, o Plenário do STF, no julgamento do RE 632.853/CE, sob o regime de repercussão geral, nos termos do voto do Relator, Ministro GILMAR MENDES, reconheceu, em caráter excepcional, a possibilidade de o Judiciário anular questões de concurso público, quando houver flagrante dissonância entre o conteúdo das questões e o programa descrito no edital do certame. *No mesmo sentido a remansosa jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que ao Poder Judiciário, no tocante a questões relativas a concurso público, cabe tão somente apreciar a legalidade do certame, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora, para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo das questões e o previsto no edital do certame.* Nesse sentido: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 21/02/2017; RMS 32.108/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2010.

IV. No caso, não restou comprovado que houve violação ao direito líquido e certo das impetrantes, porquanto, como demonstrou o Tribunal de origem, o conhecimento cobrado na prova discursiva (sentença penal) estava previsto no item 45 do edital do certame, relativo aos crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, anular a questão e aprovar as impetrantes configuraria a inadequada intromissão do Judiciário no âmbito de competência exclusivamente administrativa.

V. Agravo interno improvido.”

(STJ, AgInt no RMS 36.643/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. OAB. EXAME DE ORDEM. CONTROLE JURISDICIONAL. CORREÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *O poder judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, visto que sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público, aí incluído o exame da Ordem dos Advogados do Brasil.*

2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência desta Corte, razão pela qual não merece reforma.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1.133.058/SC, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010-grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. CORREÇÃO DE PROVA. REVISÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 485, em repercussão geral, firmou a tese de que não cabe ao Judiciário avaliar a correção de questões de concurso público, em substituição à banca examinadora.

2. Embora alegado que, no caso, não se trata de avaliação da correção, mas análise da correspondência das respostas dadas com o gabarito oficial, evidencia-se que a correção de peça prático-profissional, ainda que espelhos de prova apontem os requisitos para avaliação das respostas, envolve juízo de mérito exercido pela banca julgadora com típica discricionariedade, conforme edital, não autorizando, assim, revisão judicial.

3. Apelação desprovida”.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL, 5017162-67.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 27/10/2020, Intimação via sistema DATA: 03/11/2020)

Verifica-se que, no caso concreto, foi oportunizada a interposição de recurso administrativo, momento em que a administração justificou as notas atribuídas, inexistindo qualquer teratologia ou violação aos princípios norteadores da atividade administrativa.

A propósito, consoante se depreende das informações prestadas pela autoridade impetrada, e contrariamente ao sustentado pela recorrente, não houve avaliação meramente genérica acerca das respostas apresentadas no certame. Confira-se (id. 145455269, *verbis*):

“[...]

Para melhor verificação, cumpre transcrever o enunciado do problema proposto:

Paulo e Kátia se conheceram em 2010, quando trabalhavam para a sociedade empresária Voz, e se tornaram amigos desde então. Na época, Paulo era casado com Beatriz e tinha um filho, Glauco, de um ano; Kátia estava noiva de Fábio.

Passado certo tempo, Kátia terminou o noivado com Fábio e se aproximou ainda mais de Paulo, que acabou se separando de sua esposa, Beatriz. Em 2015, Paulo e Kátia casaram-se no regime da comunhão universal de bens e, em 2017, Paulo se desfez dos imóveis que possuía para adquirir um novo imóvel para residirem.

Com a crise que se instalou no país, em 2018, Paulo ficou desempregado e começou a ter dificuldades para pagar a pensão alimentícia de seu filho, Glauco, menor impúbere, tendo, por fim, deixado de quitá-la. Em razão de tais fatos, Beatriz, ex-esposa de Paulo, ajuíza uma demanda de execução de alimentos para garantir os direitos de seu filho.

Durante o trâmite da execução de alimentos, que tramita perante a 15ª Vara Cível da Cidade do Rio de Janeiro, o imóvel adquirido por Kátia e Paulo é penhorado. Kátia fica muito apreensiva com a situação, pois se trata do único imóvel do casal.

Na qualidade de advogado(a) de Kátia, elabore a defesa cabível voltada a impugnar a execução que foi ajuizada. (Valor: 5,00)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar suas respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

Diante do problema proposto, cumpria à candidata elaborar Embargos de Terceiro, com fundamento no art. 674 e seguintes do CPC/15. Dentre os quesitos avaliados pela Banca Exa-

minadora, a impetrante não se conformou com a não atribuição de nota nos seguintes itens: Indicar que a ação foi proposta antes da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação (0,30), nos termos do Art. 675 do CPC (0,10)

IV. Os direitos do cônjuge devem ser resguardados quando da penhora do imóvel (0,70), de acordo com o Art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/90 (0,10)

Procedência dos embargos de terceiro para, em relação à meação da embargante, declarar a ineficácia da penhora OU para desconstituir a penhora OU para resguardar os direitos da embargante enquanto cônjuge (0,50)

No primeiro item, alega ter respondido em conformidade com o gabarito da Banca Examinadora, motivo pelo qual requer a atribuição de 0,40 pontos. Vejamos abaixo a resposta ofertada pela candidata:

Outrossim os embargos podem ser opostos a qualquer tempo enquanto não transitada em julgado a sentença, conforme artigo 675 do CPC, e por essa razão é tempestivo.

Como se pode facilmente compreender do cotejo das respostas, a impetrante respondeu de forma equivocada. Nesse sentido, para receber a pontuação, deveria, nos termos do gabarito oficial, indicar que a ação é tempestiva por ter sido proposta antes da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação.

Como não fundamentou corretamente a sua resposta e nem mesmo indicou dispositivo legal correto, a nota não poderá ser atribuída.

Logo, não merece prosperar a insurgência da candidata quanto ao item.

Quanto ao segundo item, alega a candidata ter respondido corretamente. Vejamos a transcrição da resposta:

Com o regime da comunhão universal de bens, a meeira deve ter o seu quinhão apartado da dívida discutida, porque embora o credor tenha garantia real, o título do qual pleiteia não obriga a autora na dívida, e por isso nos fundamentos no artigo 680, II, do CPC.

O texto destacado na peça vestibular foi devidamente analisado e pontuado no item II do gabarito da Banca Examinadora, *in verbis*:

II. Demonstrar que a embargante é meeira do imóvel objeto da execução (0,50), em razão do regime de comunhão universal de bens (0,20), conforme o Art. 1.667 do CC (0,10).

Para pontuar no item almejado, deveria a candidata sustentar que - nos termos da nova redação do Art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/90 - apesar de a dívida decorrente de pensão alimentícia ser exceção aos casos de impenhorabilidade, devem ser resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal.

Portanto, como não respondeu em conformidade com o gabarito, a nota não pode ser atribuída.

Por fim, quanto ao terceiro item alvo de insurgência, para pontuar a candidata deveria ter requerido a “Procedência dos embargos de terceiro para, em relação à meação da embargante, declarar a ineficácia da penhora OU para desconstituir a penhora OU para resguardar os direitos da embargante enquanto cônjuge”.

A candidata requer a atribuição da nota por ter redigido o seguinte pedido: “que sejam acolhidos os presentes embargos e julgados procedentes”.

Com o devido respeito, basta um simples cotejo entre a resposta com o gabarito para se notar que a resposta está incompleta, o que impede a atribuição da nota.

Logo, temos que, na presente hipótese, a candidata não recebeu nenhuma pontuação nos itens por não ter fundamentado corretamente as respostas apresentadas.

Ademais, tratando-se de prova na modalidade discursiva, é insuficiente para a demonstração de domínio sobre o núcleo da avaliação que o candidato se reduza a encontrar e transcrever dispositivos de lei ou enunciados de súmula de tribunal ou produzir alegações genéricas, sem a devida contextualização com o caso hipotético proposto.

Pretende-se analisar se o examinando tem potencial de produzir texto jurídico estruturado, dotado de elementos de coerência e coesão, em conformidade com a norma padrão da língua portuguesa, pelo qual se demonstre a aplicação da norma jurídica invocada ao fato hipotético narrado.

Para tanto, o examinador avalia o domínio da modalidade escrita formal da língua portuguesa, compreensão da proposta do enunciado, seleção e organização das informações, conhecimento dos mecanismos linguísticos necessários para argumentação do texto e a proposta jurídica adequada de solução para o problema apresentado.

Diante disso, é evidente que a resposta da impetrante carece destes mencionados elementos, que compuseram os critérios de avaliação.

Diante do exposto, não havendo direito líquido e certo a ser tutelado, mas mera rediscussão do próprio mérito das questões, medida que se impõe é a denegação da ordem.

2.2.2 – QUESTÃO 01

A seguir, colaciona-se o enunciado da questão n. 01:

Luiza ajuizou ação porque, embora há muitos anos se apresente socialmente com esse nome e com aparência feminina, foi registrada no nascimento sob o nome de Luis Roberto, do gênero masculino. Aduz na inicial que, embora nascida com características biológicas e cromossômicas masculinas, desde adolescente compreendeu-se transexual e, ao constatar a incompatibilidade com sua morfologia corporal, passou a adotar a identidade feminina, vestindo-se e apresentando-se socialmente como mulher. Nunca se submeteu à cirurgia de transgenitalização, por receio dos riscos da cirurgia e por entender que isso não a impede de ser mulher. Diante disso, formula pedidos para que seja alterado não somente o seu registro de nome, mas também o registro de gênero, cujo conteúdo lhe causa profundo constrangimento. Demanda que passe a constar o prenome Luiza no lugar de Luis Roberto e o gênero feminino no lugar de masculino. A sentença, contudo, julgou improcedente o pedido, limitando-se a afirmar que o pleito, sem a prévia cirurgia de transgenitalização, fere os bons costumes.

Sobre o caso, responda aos itens a seguir.

A) A sentença pode ser considerada adequadamente fundamentada? Justifique. (Valor: 0,65)

B) No mérito, os dois pedidos de Luiza devem ser acolhidos? Justifique. (Valor: 0,60) Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

A autora recebeu nota zero no item “A”. E com razão a Banca Examinadora.

Para receber a pontuação a candidata deveria responder que a sentença ao indicar - como fundamentação para a improcedência - a referência ao conceito jurídico indeterminado de “bons costumes”, sem explicar as razões concretas para sua incidência no caso concreto, acabou por violar o disposto no Art. 489, § 1º, inciso II, do CPC OU a sentença violou o disposto no Art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, pois o juiz não apontou distinção com o julgamento proferido pelo STF na ADI 4.275 e no RE 670.422, objeto de repercussão geral.

Por conta disso que a sentença não foi fundamentada e, consequentemente, é inválida.

Todavia, a candidata respondeu em sua prova nas linhas 1-7 que a sentença não poderia ser considerada adequada porque, nos termos do artigo 489 do CPCP, toda sentença deve conter elementos como relatório, nome das partes, identificação do caso, dispositivo e etc.

Após, nas linhas 9-12, na resposta “A1”, informou que “a justificativa para a descon sideração da adequada fundamentação da sentença, está prevista no artigo 489, §1º, inciso II, vez que o juiz empregou conceito jurídico que não atende o motivo concreto de sua incidência no caso”. Alega a que a resposta está correta, sob o fundamento de que na linha 1 – resposta “A” - informou que não estava fundamentada corretamente, e que nas linhas 9-12 – resposta “A1” - teria fundamento sua resposta.

Excelência, a resposta contida nas linhas 1-7 está equivocada. Ainda que considerado o fundamento contido nas linhas 9-12, o que aceita apenas em atenção ao princípio da eventualidade, faltou a candidata fundamentar sua resposta no sentido de que “Não, pois a sentença emprega conceito jurídico indeterminado OU emprega a expressão “bons costumes”, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (0,55), conforme o Art. 489, § 1º, inciso II, do CPC”. Ademais, é defeso aos candidatos oferecer mais de uma resposta a mesma questão, pois não cabe à Banca Examinadora avaliar trechos isolados da resposta.

Portanto, não há qualquer reparo a ser promovido na nota da impetrante.

2.2.3 – QUESTÃO 03

A referida questão foi formulada com o seguinte problema:

Marcela firmou com Catarina um contrato de mútuo, obtendo empréstimo de R\$ 50.000,00, no qual figurou como fiador seu amigo, Jorge, sem renúncia aos benefícios legais. Todos residem no Município de São Carlos, SP. Vencida a obrigação de pagamento, Marcela não efetuou o depósito do valor devido a Catarina, de modo que Catarina ajuizou execução de título extrajudicial, indicando como executados Marcela e Jorge.

Jorge, citado, procurou seu advogado, com o objetivo de proteger seu patrimônio, já que sabe que Marcela possui dois imóveis próprios, situados no Município de São Carlos, suficientes para satisfação do crédito.

Diante de tal situação, responda aos itens a seguir.

A) Jorge tem direito a ver executados primeiramente os bens de Marcela? Apresente o embasamento jurídico pertinente. (Valor: 0,50)

B) Poderia Catarina ter incluído Jorge como executado? Uma vez citado, como Jorge deve proceder no âmbito do processo de execução, em defesa de seus bens? (Valor: 0,75)

Obs.: o(a) examinando(a) deve fundamentar as respostas. A mera citação do dispositivo legal não confere pontuação.

A candidata não se conformou com a nota atribuída ao item A pela Banca Examinadora, eis que entende que sua resposta foi correta.

Vejamos o padrão de respostas da Banca Examinadora:

Jorge tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens de Marcela, até que haja satisfação da dívida, conforme dispõem o Art. 827 do CC e o Art. 794 do CPC. Isso ocorre porque, não tendo ocorrido renúncia ao benefício de ordem (Art. 828, I, do CC), a responsabilidade de Jorge é subsidiária, e seu patrimônio apenas será atingido caso os bens de Marcela sejam insuficientes.

Para o item a candidata respondeu que “Sim. Jorge tem direito a ver executado preliminarmente os bens de Marcela, porque a lei ofereceu para o fiador de benefício de ordem, que implica no direito do fiador exigir que sejam executados primeiro os bens do devedor principal. O prazo para tal é até a contestação da lide, conforme artigo 827 do Código Civil”.

Conforme muito bem destacado na resposta ao recurso administrativo, a nota não foi atribuída porque na resposta a candidata não trata da ausência da renúncia ao benefício de ordem por Jorge e nem da responsabilidade subsidiária, mas limita-se a afirmar que a lei prevê tal benefício.

Por essas razões, e à míngua de irregularidade da avaliação, mas mera insurgência do candidato com o resultado de sua prova, o demandado requer seja julgado improcedente o pedido. [...]”

Dessa forma, e reiterando que o controle judicial sobre os critérios adotados pela banca examinadora reserva-se a coibir situações de anomalias e teratologias (verificáveis de plano), tem-se que o simples fato de haver controvérsia a respeito de suposta formulação errônea da questão ou respectivo critério de correção é suficiente para que afastada a pretensão do recorrente. Nesse diapasão:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA. DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a revisão dos critérios adotados pela banca examinadora de concurso público apenas em situações excepcionais, onde resta caracterizado o erro crasso na elaboração da questão.

2. *Existindo controvérsia a respeito da errônea formulação da questão, ainda que de acentuada dúvida, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento.*

3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, tomar o lugar da banca examinadora, nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas.

4. Precedentes: RMS 32.098/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 10.12.2010; RMS 32.108/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 14.9.2010; AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010; RMS 20.984/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3.11.2009, DJe 12.11.2009.

Recurso ordinário improvido.”

(STJ, RMS nº 33725/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 12/04/2011, DJe 26/04/2011)

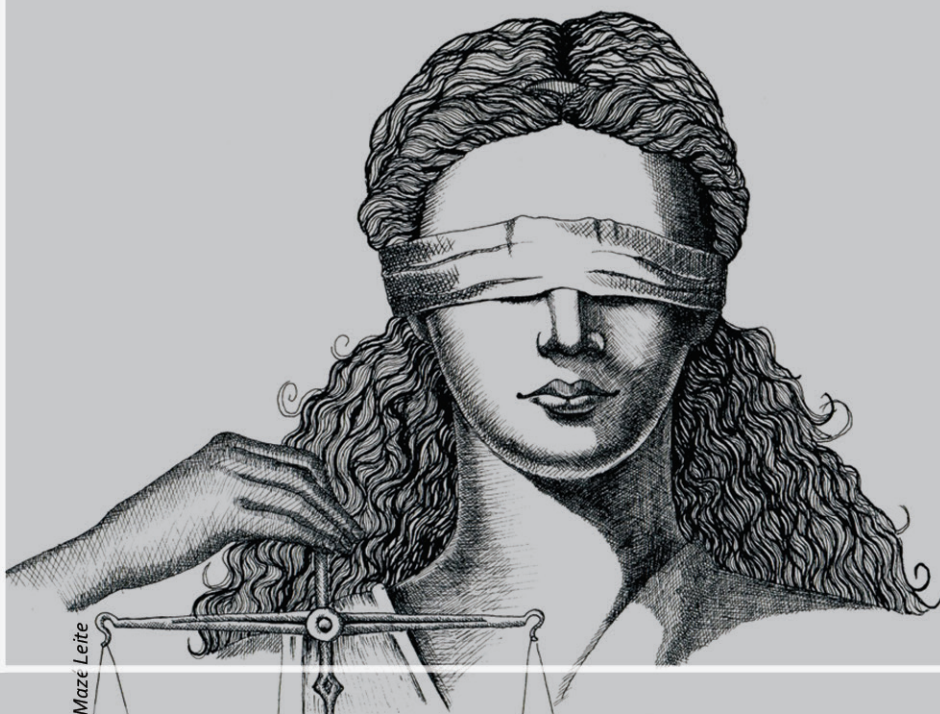
Portanto, não evidenciada a desvinculação das questões vergastadas em relação ao programa do exame da OAB, nem tampouco a existência de teratologia ou erro flagrante na correspondente formulação, correção ou atribuição de pontos, não há como prosperar a apelação.

Ante o exposto, *nega-se provimento* à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL

0003472-51.2013.4.03.6105

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E ORESTES MAZZARIOL JUNIOR
Apelado: JOAQUIM DE PAULA BARRETO FONSECA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/01/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SONEGAÇÃO DE VÁRIOS TRIBUTOS COMO DECORRÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDUTA. CRIME ÚNICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL EXASPERADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO MATERIAL.

1. Resta pacificado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o delito tipificado no art. 1º da Lei n. 8.137/90 é de natureza material e apenas se configura com a efetiva lesão aos cofres públicos, de maneira que o procedimento administrativo-fiscal constitui condição de procedibilidade da ação penal e, enquanto perdurar o processo administrativo, por iniciativa do contribuinte, suspende-se o curso da prescrição da ação penal (STF, Pleno, HC n. 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, j. 10.12.03). O mesmo tratamento jurídico deve ser dado ao delito previsto no art. 337-A do Código Penal, pois disciplina a mesma realidade fática especificamente em relação às contribuições previdenciárias (STF, HC n. 89.965, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.07; TRF da 3ª Região, HC n. 31.355, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 25.11.08).

2. Resta pacificado nos Tribunais Superiores o entendimento de que o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, uma vez que para sua consumação exige-se a efetiva frustração à arrecadação da Seguridade Social, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo (STF, Inq n. 2.537 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 10.03.08; STJ, HC n. 209.712, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 16.05.13; STJ, HC n. 186.200, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 14.05.13; STJ, AgRg no REsp n. 1.172.001, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.02.13). Também é nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF da 3ª Região, Ação Penal n. 0000767-76.2005.4.03.6003, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, Órgão Especial, j. 10.07.13; TRF da 3ª Região, Primeira Seção, Emb. Infr. n. 0002806-34.2011.4.03.6133, Rel. para acórdão Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 04.07.13).

3. A partir da Lei n. 12.234, de 05.05.10, que deu nova redação ao § 1º do art. 110 do Código Penal, a prescrição retroativa não pode ter data anterior à denúncia ou queixa. Essa nova regra é mais prejudicial ao agente, de modo que não se aplica retroativamente. No que se refere ao delito de apropriação indébita previdenciária, considera-se o tempo da ação (apropriação), não o do resultado (constituição do crédito), para determinar a aplicabilidade da nova disposição (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.08.000179-8, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 14.03.17).

4. Tendo em vista que não houve recurso da acusação em relação à condenação do acusado Orestes Mazzariol Junior, considera-se a pena aplicada para cada delito para fins de análise da prescrição (CP, art. 110, § 1º), sem o acréscimo pela continuidade delitiva (STF, Súmula n. 497). Alegação de prescrição da pretensão punitiva acolhida e declarada extinta a punibilidade do acusado Orestes Mazzariol Junior pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V, e 119, todos do Código Penal.

5. A perpetração de uma única conduta fraudulenta, posto que reduza o encargo fiscal de espécies tributárias distintas, não enseja a pluralidade de crimes pressuposto para o concurso formal. Assim, revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência (STJ, REsp n. 1294687, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15.10.13; TRF da 1ª Região, ACr n. 00158703020044013800, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, j. 01.10.13; TRF da 3ª Região, ACr n. 00082555720114036105, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Paulo Fontes, j. 04.09.17; ACr n. 00083665620024036105, Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita, j. 05.08.08; TRF da 5ª Região, ACr n. 200783000155622, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, j. 26.05.15).

6. Além do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), considera-se praticada uma única conduta fraudulenta mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, e reconhecida, de ofício, a prática de crime único, qual seja, o delito do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, pela supressão e redução de todas as contribuições.

7. Materialidade e autoria do réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca comprovadas.

8. As provas extraídas dos autos demonstram que o acusado foi o responsável, ainda que não isoladamente, pelo não recolhimento dos tributos no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a abril de 2007, e exclusivamente no período de maio a dezembro de 2007.

9. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura *ipso facto* causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições. Por sua vez, a falência nada mais é do que uma execução coletiva que se instaura em razão de uma crise de liquidez ou desequilíbrio patrimonial. Embora ela usualmente ocorra num quadro de dificuldades financeiras, não exclui a culpabilidade do agente que se apropria das contribuições previdenciárias dos empregados, em especial no período anterior à quebra (TRF da 3ª Região, ACr n. 98030965085, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 14.09.04; ACr n. 200203990354034, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 26.06.07; ACr n. 20056118007918, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 15.09.08; ACr n. 199961810073570, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 25.07.05; ACr n. 200203990386734, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 06.11.07).

10. Dosimetria da pena. Pena-base do delito de sonegação fiscal exasperada em 1/6 (um sexto) em razão das consequências do delito.

11. Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC

n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11). Observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

12. Reconhecida a continuidade delitiva, em razão da reiteração das condutas no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a dezembro de 2007 e, considerando o período da conduta delitiva, aumentada a pena na fração de 1/3 (um terço).

13. O crime de apropriação indébita previdenciária e o delito de sonegação fiscal foram praticados em concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal, pois decorreram de ações ou omissões distintas.

14. Recurso de Orestes Mazzariol Junior provido. Apelação da acusação parcialmente provida para condenar o réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação de Orestes Mazzariol Junior para acolher a alegação de prescrição da pretensão punitiva e declarar extinta a punibilidade pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V, e 119, todos do Código Penal, de ofício, reconhecer a prática do crime único do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90 e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca pela prática dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, c. c. os arts. 69 e 71, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Orestes Mazzariol Junior contra a sentença de fls. 737/739v., integrada pela sentença de fls. 745/745v., que absolveu Joaquim de Paula Barreto Fonseca da prática dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e condenou Orestes Mazzariol Junior pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts.

70 e 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo em favor da União Federal.

Pugna a acusação pela condenação do réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, alegando, em síntese, o quanto segue:

- a) restou comprovada a autoria delitiva do acusado;
- b) o contrato social comprova que o réu Joaquim possuía poderes de administração na empresa junto com o corréu Orestes até abril de 2007, e exclusivamente no período de maio a dezembro de 2007;
- c) o acusado demonstrou ter conhecimento da situação financeira da empresa;
- d) o réu não estava alheio à administração do grupo econômico, além de ter participação direta nas reuniões deliberativas (fls. 747/750v.).

A defesa de Orestes Mazzariol Junior apela alegando o seguinte:

- a) ocorrência da prescrição da pretensão punitiva entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia;
- b) a constituição do crédito tributário ocorreu após a sua saída da administração da empresa, em maio de 2007;
- c) inexigibilidade de conduta diversa em razão de dificuldades financeiras das empresas do grupo econômico;
- d) ausência de dolo;
- e) subsidiariamente, requer a incidência da circunstância atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal (fls. 765/781).

O réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca e o Ministério Público Federal apresentaram contrarrazões (fls. 856/858 e 860/864v., respectivamente).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Carlos Alberto Bermond Natal, manifestou-se pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público Federal e pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 866/870v.).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Imputação. Orestes Mazzariol Junior e Joaquim de Paula Barreto Fonseca foram denunciados pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, pois, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a abril de 2007, em conjunto, e de maio a dezembro de 2007, exclusivamente o réu Joaquim, enquanto administra-

dores da Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda., deixaram de recolher contribuições sociais descontadas dos empregados no montante de R\$ 108.845,49 (cento e oito mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e quarenta e nove centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.014-8, bem como suprimiram e reduziram, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, o pagamento de contribuição social previdenciária patronal de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 339.040,20 (trezentos e trinta e nove mil, quarenta reais e vinte centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.013-0, e suprimiram e reduziram, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, o pagamento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, de remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 88.447,74 (oitenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e setenta e quatro centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.015-6 (fls. 299/301v.).

Sonegação. Conclusão do procedimento administrativo. Exigibilidade. Resta pacificado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o delito tipificado no art. 1º da Lei n. 8.137/90 é de natureza material e apenas se configura com a efetiva lesão aos cofres públicos, de maneira que o procedimento administrativo-fiscal constitui condição de procedibilidade da ação penal e, enquanto perdurar o processo administrativo, por iniciativa do contribuinte, suspende-se o curso da prescrição da ação penal (STF, Pleno, HC n. 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, j. 10.12.03). O mesmo tratamento jurídico deve ser dado ao delito previsto no art. 337-A do Código Penal, pois disciplina a mesma realidade fática especificamente em relação às contribuições previdenciárias:

Habeas Corpus.

1. Pedido de trancamento da ação penal.
2. Crimes de: i) falsidade ideológica (CP, art. 299); ii) sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A); (...) e viii) sonegação fiscal (Lei nº 8.137/1990, art. 1º, I e art. 2º, I).
3. Alegações da defesa: a) falta de justa causa para a persecução penal quanto ao crime de sonegação fiscal pela inexistência do procedimento administrativo prévio para a sua apuração e; b) inépcia da denúncia oferecida pelo *Parquet* Federal em desfavor do paciente.
4. Descrição das etapas do procedimento administrativo e dos desdobramentos do processo administrativo-fiscal. No caso concreto, não há elementos que indiquem a existência de crédito definitivamente constituído em face do paciente. Não há, nos autos, indício de procedimento que tenha se exaurido de modo definitivo perante a instância administrativo-fiscal. Com relação aos delitos de sonegação fiscal que ainda não tenham sido devidamente apreciados, de modo definitivo, na instância administrativo-fiscal, configura-se patente situação de constrangimento ilegal apta a ensejar o deferimento da ordem, nos termos dos precedentes firmados por esta Corte (ADI nº 1.571/DF, de minha relatoria, Pleno, maioria, DJ 30.04.2004; HC nº 84.423/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, por maioria, DJ 24.09.2004; HC nº 85.207/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 29.04.2005; HC nº 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, maioria, DJ 13.05.2005; e HC nº 85.949/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, ordem parcialmente deferida, unânime, DJ 06.11.2006).
- (...)
6. Ordem parcialmente concedida para que a ação penal instaurada na origem seja trancada tão-somente com relação aos delitos de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/1990, art. 1º, inciso I e art. 2º, I) que ainda estejam em discussão no âmbito administrativo-fiscal, sem prejuí-

zo, porém, de que a persecução penal persista com relação aos demais tipos imputados ao paciente na denúncia.

(STF, HC n. 89.965, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.07)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR EVENTUAL PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 337-A, 168-A E 203, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º DA LEI 8.137/90. TRANCAMENTO. CRÉDITOS AINDA NÃO CONSTITUÍDOS DEFINITIVAMENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Colhe-se dos autos que pende discussão administrativa em relação ao débito tributário constante do auto de infração em questão. O paciente apresentou impugnação, estando o procedimento administrativo em andamento.

II - Embora ainda exista alguma divergência, o entendimento majoritário, atualmente, é no sentido da imprescindibilidade do prévio esgotamento da via administrativa para o ajuizamento da ação penal por crime contra a ordem tributária, notadamente no que tange às condutas descritas no artigo 1º, da Lei 8.137/90, as quais se constituem em delitos materiais, que se consumam apenas com a ocorrência concreta do resultado previsto abstratamente na lei (redução ou elisão do tributo).

III - O crime tipificado no artigo 337-A, do Código Penal é de natureza material, cuja consumação ocorre no momento da efetiva supressão ou redução da contribuição previdenciária. Como se sabe, a contribuição previdenciária possui natureza jurídica de tributo, motivo pelo qual mostra-se perfeitamente cabível a adoção do mesmo tratamento dado ao crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

(...)

(TRF da 3ª Região, HC n. 31.355, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 25.11.08)

Apropriação indébita previdenciária. Conclusão do procedimento administrativo. Exigibilidade. Resta pacificado nos Tribunais Superiores o entendimento de que o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, uma vez que para sua consumação exige-se a efetiva frustração à arrecadação da Seguridade Social, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo (STF, Inq n. 2.537 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 10.03.08; STJ, HC n. 209.712, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 16.05.13; STJ, HC n. 186.200, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 14.05.13; STJ, AgRg no REsp n. 1.172.001, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.02.13). Também é nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF da 3ª Região, Ação Penal n. 0000767-76.2005.4.03.6003, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, Órgão Especial, j. 10.07.13; TRF da 3ª Região, Primeira Seção, Emb. Infr. n. 0002806-34.2011.4.03.6133, Rel. para acórdão Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 04.07.13).

Apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A). Prescrição retroativa. Termo inicial anterior à denúncia. Tempo da ação. A partir da Lei n. 12.234, de 05.05.10, que deu nova redação ao § 1º do art. 110 do Código Penal, a prescrição retroativa não pode ter data anterior à denúncia ou queixa. Essa nova regra é mais prejudicial ao agente, de modo que não se aplica retroativamente. No que se refere ao delito de apropriação indébita previdenciária, considera-se o tempo da ação (apropriação), não o do resultado (constituição do crédito), para determinar a aplicabilidade da nova disposição (TRF da 3ª Região, ACr n. 2014.61.08.000179-8, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 14.03.17).

Do caso dos autos. O réu Orestes Mazzariol Junior aduz a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Assiste-lhe razão.

Para todos os crimes tratados nestes autos, dada a exigibilidade da conclusão do procedimento administrativo, consoante acima explicitado, é a partir desse ato que se inicia a contagem do prazo prescricional para fins penais, incidindo, no entanto, o disposto no art. 110 do Código Penal em sua redação anterior à Lei n. 12.234/10, considerando o tempo da ação delitiva.

No caso dos autos, portanto, o termo inicial, para fins do disposto no art. 107, IV, e no art. 109 do Código Penal, é a data de constituição definitiva do crédito tributário.

O trânsito em julgado administrativo (e, por consequência, a constituição definitiva do crédito) deu-se em 28.09.09 (fls. 292/295).

A denúncia foi recebida em 30.04.15 (fls. 303/303v.), a sentença condenatória do réu Orestes Mazzariol Junior foi publicada em 26.07.17 (fl. 740) e a dos embargos de declaração em 26.09.17 (fl. 746).

Tendo em vista que não houve recurso da acusação em relação à condenação do acusado Orestes Mazzariol Junior, considera-se a pena aplicada para cada delito para fins de análise da prescrição (CP, art. 110, § 1º), sem o acréscimo pela continuidade delitiva (STF, Súmula n. 497).

Foi fixada a pena de 2 (dois) anos de reclusão, para cada crime, sem o acréscimo pela continuidade delitiva, a que corresponde o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, conforme o art. 109, V, do Código Penal.

Dessa forma, cumpre reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com relação a todos os débitos, considerando o decurso de prazo superior a 4 (quatro) anos entre a data da constituição definitiva do crédito (28.09.09) e a do recebimento da denúncia (30.04.15).

Acolho, portanto, a alegação de prescrição da pretensão punitiva e declaro extinta a punibilidade do acusado Orestes Mazzariol Junior pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V, e 119, todos do Código Penal.

Concurso de crimes. Sonegação de vários tributos como decorrência de uma única conduta. Crime único. A perpetração de uma única conduta fraudulenta, posto que reduza o encargo fiscal de espécies tributárias distintas, não enseja a pluralidade de crimes pressuposto para o concurso formal. Assim, revejo meu entendimento para acompanhar a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPRESSÃO DE MAIS DE UM TRIBUTO. CONCURSO FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRIME ÚNICO.

1. No crime de sonegação fiscal o bem jurídico tutelado não é o patrimônio ou erário de cada pessoa jurídica de direito público titular de competência para instituir e arrecadar tributos - fiscais (entes federativos) ou parafiscais (entidades autárquicas) - mas, sim, a ordem jurídica tributária como um todo.

2. A conduta consistente em praticar qualquer uma ou todas as modalidades descritas nos incisos I a V do art. 1 da Lei nº 8.137/90 (crime misto alternativo) conduz à consumação de crime de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo, pouco importando se atingidos um ou mais impostos ou contribuições sociais.

3. Não há concurso formal, mas crime único, na hipótese em que o contribuinte, numa única conduta, declara Imposto de Renda de Pessoa Jurídica com a inserção de dados falsos, ainda que tal conduta tenha obstado o lançamento de mais de um tributo ou contribuição (...).

(STJ, REsp n. 1294687, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15.10.13)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. (ART. 1º, INC. II DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 71 DO CP). SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. (ART. 337-A C/C O ART. 71, AMBOS DO CP). FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. NULIDADE DA SENTENÇA. OFENSA AO ART. 384. INOCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 70, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59. MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASE. PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA REJEITADAS (...).

6. Inocorrência de concurso formal impróprio na hipótese, porquanto, embora as condutas do acusado tenham acarretado a supressão de vários tributos, a sonegação se deu em conjunto e em unidade de desígnio (...).

(TRF da 1ª Região, ACr n. 00158703020044013800, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, j. 01.10.13)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/1990). QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCURSO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (...).

5. Incabível a aplicação do concurso formal. O ilícito recai sobre a informação ou a declaração inverídica prestada para suprimir ou reduzir o pagamento dos tributos, inclusive caso o agente declare corretamente os dados, mas não pague os tributos, o crime não resta configurado. Logo, a criminalização não recai propriamente sobre o tributo em si. No caso dos autos, as declarações incompatíveis prestadas pelo réu ocasionaram a supressão do quantum devido aos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS e INSS, referentes ao exercício de 2005. Nesse contexto, a diversidade das espécies tributárias não constitui condição suficiente, por si só, para a incidência da regra do concurso formal.

6. Os vários tributos sonegados são uma consequência da informação inverídica prestada pelo agente, e não podem ser considerados, na presente hipótese, de forma isolada (...).

(TRF da 3ª Região, ACr n. 00082555720114036105, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Paulo Fontes, j. 04.09.17)

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APELAÇÕES DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRIBUTOS LANÇADOS POR ARBITRAMENTO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: NÃO DEMONSTRAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPUTAÇÃO DE UMA ÚNICA CONDUTA QUE IMPEDE O RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO. SUPRESSÃO DE DIVERSOS TRIBUTOS MEDIANTE OMISSÃO DE RECEITA QUE CONFIGURA CRIME ÚNICO E NÃO CONCURSO FORMAL (...).

8. O réu, mediante uma única conduta, omitiu do conhecimento do Fisco um único fato econômico - receita evidenciada pela movimentação financeira não justificada - que, por sua vez, dá origem ao fato gerador de vários tributos: imposto de renda pessoa jurídica - IRPJ, contribuição para o programa de integração social - PIS, contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS e contribuição social sobre o lucro - CSLL.

9. Assim, ocorre crime único, não havendo que se falar em concurso formal. Seria impossível sonegar apenas um dos tributos, pois a omissão da receita, na época dos fatos, implicava sempre em supressão do IRPJ, do PIS, da COFINS e da CSL e não é razoável imputar ao réu, que pratica uma única conduta, mais de um crime, em razão da supressão de mais de um tributo, se esse resultado era consequência necessária dessa única conduta.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 00083665620024036105, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, j. 05.08.08)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISOS I, C/C 12, I, DA LEI Nº 8.137/90 C/C ART. 70 E 71 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. AJUSTE. CONCURSO FORMAL PELA SONEGAÇÃO DE VÁRIOS TRIBUTOS COM UMA ÚNICA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. CRIME ÚNICO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO REFERENTE AO ARTIGO 70 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE (...).

22 - Acolhe-se o recurso para afastar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 70 do CP (concurso formal).

23 - Mediante apenas uma ação - declaração falsa de rendimentos -, houve supressão de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS. Entretanto, não se pode falar que houve a prática de dois ou mais crimes, porquanto é corolário lógico da falsidade em questão o não recolhimento de mais de um tributo, não sendo objeto do tipo incriminador somente o tributo isoladamente considerado, mas, sobretudo, a ordem tributária, bem jurídico tutelado pela norma penal.

24 - Já foi decidido neste Eg. Tribunal que “a discriminação dos valores referentes a este montante, em vista da natureza do tributo lançado (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), apesar de repercutir na esfera fiscal, não se reflete na seara penal, para efeito da aplicação da pena, haja vista a ocorrência de único resultado, revelando-se inaplicável a regra do concurso formal” (ACR 200783000051580, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 04/10/2012 - Página: 650). No mesmo sentido: ACR 8498, Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 03/05/2012 - Página: 304; ACR 10021, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 31/05/2013 - Página: 126.

25 - Em situação assemelhada, esta Corte Regional decidiu: “Ao contrário do estatuído na sentença, não há concurso formal na hipótese (CP, Art. 70); ainda quando se reconheça que, formalmente, foram vários os tributos sonegados (IRPJ, PIS, COFINS etc.), o fato é que a lesão cometida acabou, materialmente, significando uma única agressão ao bem jurídico protegido pela norma de incriminação; e se os valores finais dos quais o Fisco se viu privado -- considerados de modo já global, complessivo -- foram altos, isto repercute exatamente na 3ª fase dosimetria, como já visto; precedentes deste Tribunal Regional Federal”. Precedente: (TRF- 5ª REGIÃO - ACR11499/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 03/02/2015) (...).

(TRF da 5ª Região, ACr n. 200783000155622, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, j. 26.05.15)

Do caso dos autos. Além do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), a denúncia descreve a supressão e a redução de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, e de contribuições previdenciárias de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, tudo mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, imputando aos acusados a prática do delito do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, pela redução e supressão de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, e a prática do delito do art. 337-A do Código Penal, pela redução e supressão de contribuições previdenciárias de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais.

No entanto, considero praticada uma única conduta fraudulenta mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs e reconheço a prática de crime único, qual seja, o delito do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, pela supressão e redução de todas as contribuições.

Materialidade. Crime de apropriação indébita previdenciária. Está comprovada a materialidade delitiva, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 01/3v., Apenso I);

b) Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 10830.011663/2009-87, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 65.166,30 (sessenta e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta centavos), referente ao não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados e contribuintes individuais no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD n. 37.186.014-8) - (fls. 01/168, Apenso I);

c) Ofício n. 82/2015 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da 3ª Região informando que os débitos objeto da denúncia da empresa Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda. foram definitivamente constituídos em 28.09.09, não havendo parcelamento vigente (fls. 292/295).

Materialidade. Crime de sonegação fiscal. Está comprovada a materialidade delitiva, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 10830.010974/2009-29, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 200.355,20 (duzentos mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), referente ao não pagamento de contribuições previdenciárias, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD n. 37.186.013-0) - (Anexo I);

b) Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 10830.010976/2009-18, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 54.056,49 (cinquenta e quatro mil, cinquenta e seis reais e quarenta e nove centavos), referente ao não recolhimento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, de remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD n. 37.186.015-6) - (Anexo I);

c) Ofício n. 82/2015 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da 3ª Região informando que os débitos objeto da denúncia da empresa Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda. foram definitivamente constituídos em 28.09.09, não havendo parcelamento vigente (fls. 292/295).

Autoria. Está comprovada a autoria delitiva do réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca em relação a ambos os crimes.

A Consolidação dos Estatutos Sociais da empresa Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda. (fls. 33/43, Apenso I) demonstra que a gerência e a administração da sociedade serão exercidas pelos sócios, sempre em conjunto de dois e nos limites das atribuições, poderes e funções de cada cargo de Diretor, sendo um Diretor Executivo, um Diretor Comercial e um Diretor Administrativo, que comporão o Conselho Consultivo (cláusula VI). Consta, ainda, que o réu Joaquim era o Diretor Executivo da empresa até abril de 2007, competindo-lhe gerenciar

o Departamento Pessoal e o de Recursos Humanos, bem como assinar cheques, notas promissórias e demais documentos afins a serem emitidos pela sociedade, sempre em conjunto com o Diretor Comercial, o acusado Orestes.

O instrumento particular de venda e compra de participação societária e outras avenças comprova que o réu Joaquim passou a ser o único sócio e administrador da empresa a partir de maio de 2007 (fls. 196/210).

A testemunha de acusação Fernando José Simões Scravoni, contador, disse em Juízo que é contador e prestou serviços para a empresa nos anos de 2005 e 2006. Fazia a parte fiscal e a contabilidade. O setor de Recursos Humanos encaminhava a documentação da folha de pagamentos para contabilização. Fazia apuração e escrituração dos tributos devidos, como PIS, COFINS e Imposto de Renda. Afirmou que os três sócios administravam as empresas do grupo econômico, mas não sabe dizer quem tomava as decisões. Os pagamentos eram realizados por meio de cheques, sempre assinados por dois sócios, podendo ser quaisquer deles. Não eram sempre os mesmos sócios que assinavam. As questões fiscais eram tratadas com os funcionários da empresa, pois não mantinha contato direto com os sócios. Recebia a documentação a cada dez dias, fechava o mês e depois devolvia a documentação no arquivo morto para a empresa. Nunca esteve nas dependências da empresa. Tinha contato indireto com o sócio Orestes, como problemas de pagamento, despesas maiores do que as receitas e outros assuntos relacionados à contabilidade. Não entregava as GFIPs das empresas do grupo e não emitia as guias da Previdência Social para pagamento, só contabilizava. No balanço da empresa é possível verificar que o passivo do INSS a recolher aumentava todo mês. Confirmou que algumas guias da Previdência Social de contribuições dos empregados eram pagas, outras não. Não sabe dizer quem determinava o pagamento das contribuições previdenciárias e não sabe quem fazia a gestão interna da empresa. Não se recorda do depoimento que foi dado perante a autoridade policial. Além da Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda. prestou serviço para outra empresa do grupo. Dentro do grupo econômico, eram duas empresas pequenas. As empresas do grupo eram administradas pelos mesmos sócios e estavam em dificuldades financeiras, pois as despesas quase sempre eram maiores do que as receitas. Quando assumiu a contabilidade das empresas já havia prejuízo financeiro. As declarações eram enviadas diretamente à Receita Federal. Disse que não enviava as declarações relativas às contribuições previdenciárias, mas apenas de IRPJ, ISS, PIS, COFINS e CSSL. As despesas no balanço patrimonial eram pagamentos a funcionários e alguns fornecedores, pois muitos não eram pagos. Não havia distribuição de lucros e dividendos aos sócios. Informou que as dificuldades financeiras eram de todas as empresas do grupo. Nunca recebeu determinação do réu Orestes para não pagar tributos, pois esse pagamento era feito pelo setor administrativo da empresa, não era realizado pela sua empresa de contabilidade (mídia à fl. 363).

A testemunha de defesa Alfredo Zarins Filho informou em Juízo que as empresas do grupo enfrentavam muitas dificuldades financeiras, inclusive de efetuar pagamentos. Havia uma cisão entre os sócios e a gestão passou a ser centralizada na área comercial e financeira. Com isso, a Presidência do grupo ficou vencida em seus votos nas reuniões societárias. Afirmou que a animosidade entre os sócios culminou até em ameaça de morte, sendo registrado boletim de ocorrência. O ambiente era hostil e, com isso, o empreendimento não se desenvolveu como deveria. As empresas do grupo eram o Hospital, o Laboratório, a Micromed e o Centro de Diagnósticos. Todas as empresas enfrentavam dificuldades financeiras. O esforço de superar as dificuldades foi de todos os sócios, mas o mercado da área da saúde à época estava em declínio, com as receitas diminuindo e a concorrência aumentando. Os prestadores de serviço não queriam prestar serviço por conta da baixa remuneração. Por causa disso, as empresas não

tiveram capacidade financeira de honrar com todos os compromissos, inclusive pagamento de salários e encargos tributários. Informou que os sócios desfizeram-se de patrimônio particular. O réu Joaquim era o Presidente e utilizou suas economias próprias para suprir essa carência de recursos financeiros, mas isso não adiantou. Atualmente, a situação financeira do réu Joaquim é precária, não possuindo lastro financeiro, pois seus rendimentos estão bloqueados. Disse que é advogado e foi nomeado como representante do réu Joaquim na época dos fatos em várias diligências que buscavam apurar o que estava acontecendo para “minar” a empresa. Já era conhecido do réu Joaquim e estava aposentado quando o acusado lhe pediu ajuda para apurar o que estava acontecendo nas empresas. Para poder acessar repartições e empresas precisava de procuração. O Diretor financeiro e comercial do grupo, o acusado Orestes, não aceitava sua presença na empresa. A procuração era para assessorar o Presidente em todos os atos presenciais. Não autorizava pagamentos a terceiros. Os cheques eram assinados pelos sócios conjuntamente. As deliberações eram realizadas em assembleias pelos três sócios, sendo que o acusado Joaquim era voto vencido na prioridade de pagamentos de encargos tributários, mas os outros dois sócios se uniam em sentido contrário. Essas deliberações constam em atas nos livros de registro, mas esses livros desapareceram. Foi procurador do acusado Joaquim do ano de 2002 até o ano de 2005 ou de 2006. A gestão de todas as empresas do grupo era realizada do mesmo espaço físico, mas, quando passou a representar o réu Joaquim, os outros dois sócios passaram a ocupar outro espaço físico, em outro prédio. A cisão na gestão das empresas não permitiu a superação da crise financeira. Na apuração realizada, constatou que os dois sócios Orestes e Renato preteriram o acusado Joaquim, tirando vantagens que só foram descobertas posteriormente, inclusive um novo Hospital em Paulínea (SP) à revelia do acusado Joaquim, trabalhos realizados e receitas que reverteram apenas em favor do patrimônio de Orestes e Renato, havendo crescimento patrimonial e financeiro dos outros dois sócios. Ao réu Joaquim competia a direção executiva do grupo, como Presidente. O acusado Orestes cuidava da área comercial e financeira, inclusive demitiu o gerente financeiro, indicando para o cargo seu filho, o que impediu ainda mais a obtenção de informações, e o sócio Renato cuidava de questões técnicas. O Departamento Pessoal cuidava da gestão de recursos humanos e era de responsabilidade do réu Joaquim. Teve ciência da transação envolvendo a carteira da Irmandade, dos irmãos Penteado. O insucesso na compra da carteira ocorreu em razão da grande quantidade de idosos, que são os que mais se utilizam dos serviços de saúde, o que trouxe um prejuízo para todo o grupo empresarial. O Sindicato ajuizou ação de arresto contra o grupo de empresas. Foi nomeado um administrador indicado pela Agência Nacional de Saúde, Dr. Politano, que passou a administrar todo o grupo e os negócios das empresas. Nesse momento da transição já estava se desligando das empresas. A responsabilidade pelos livros contábeis era da Diretoria comercial e financeira e, no momento da mudança de espaço físico, a documentação financeira foi levada para o outro prédio. Afirmou que não houve deliberação dos sócios no sentido de não recolher as contribuições descontadas dos empregados. Ao contrário, nas reuniões entre os sócios o que mais se discutia era como pagar os tributos e as decisões eram de realizar os pagamentos. Recorda-se de um gerente financeiro de nome Simões a quem foi determinado o pagamento de todos os tributos e encargos. Esse funcionário informou que não havia recursos financeiros para realizar esse pagamento e, mesmo assim, os sócios determinaram o pagamento de maneira imperativa. Os pagamentos não foram realizados por causa das dificuldades financeiras do grupo, pois era necessário pagar prestadores de serviço, médicos e compra de medicamentos. A divergência entre os sócios era sobre a falta de receita e de informações sobre as atividades dos demais sócios, e sobre o modelo de gestão do grupo. O sócio Renato era representado pelo réu Orestes. Os três sócios tinham

conhecimento da ausência de pagamento dos tributos. A cada notificação da fiscalização os sócios faziam reuniões e destinavam recursos, mas não era suficiente. Retifica o que foi dito anteriormente no sentido de que o réu Joaquim era voto vencido quanto à necessidade de pagamentos dos tributos. Havia unanimidade dos sócios quanto à determinação de que esses pagamentos fossem feitos, mas o funcionário Simões não os realizou em razão da ausência de recursos suficientes, dando prioridade ao pagamento de fornecedores e de prestadores de serviço, contrariando a decisão dos sócios. A Diretoria tinha conhecimento de que, apesar da determinação, os tributos não estavam sendo pagos (mídia à fl. 363).

Interrogado em Juízo, o réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca declarou que é médico e atualmente está aposentado. Disse que é verdade que os pagamentos não foram realizados, mas porque não havia recursos financeiros. Fizeram esforço, inclusive desfazendo-se de patrimônio pessoal, mas não foi suficiente. Houve aumento de capital e se desfez de alguns imóveis. Todos os sócios tinham ciência da ausência de pagamentos. Alguns funcionários foram demitidos. Em determinado momento não havia mais recursos para pagar verbas trabalhistas. Havia um gerente financeiro que recebia a ordem da Diretoria para pagar os tributos, mas não foram pagos porque não havia recursos suficientes. Os sócios fizeram todo o esforço para honrar com todos os compromissos financeiros. Nos anos de 2005 a 2007 a administração da empresa competia aos três sócios, inclusive no período de maio de 2007 a dezembro de 2007. Havia um departamento especial no Hospital para realizar a contabilidade da empresa e um gerente na área técnico em contabilidade que prestava contas aos Diretores. Ao menos uma vez por semana os Diretores de reuniam e todos estavam cientes da situação financeira e muito preocupados. A empresa Sabin LabCenter deixou de funcionar no ano de 2008. Não houve determinação da Diretoria de omissão de informações ao Fisco. Houve acordo para saída dos demais sócios das empresas, antes do ano de 2008. Havia um gerente financeiro, Adair Simões, que era responsável em elaborar as guias e encaminhá-las ao Fisco. Cinco empresas faziam parte do grupo econômico. A crise financeira à época dos fatos era nacional e sem suporte financeiro governamental não era possível a recuperação financeira da empresa. Não houve distribuição de lucros entre os sócios. Adquiriu as cotas sociais dos sócios Orestes e Renato, por volta do ano de 2007 (mídia à fl. 705).

O acusado Orestes Mazzariol Junior disse em Juízo que o grupo Sabin era um grupo econômico constituído no ano de 1989 por diversas empresas. Passaram por dificuldades financeiras. No início eram cinco sócios, depois três sócios, e a administração das empresas era colegiada, com reuniões semanais. Atuava na Diretoria Comercial, mas nenhum sócio era responsável pela administração financeira isoladamente, conforme estatuto social. Sabe que houve atraso de contribuição, mas desconhece a omissão em GFIPs, pois eram elaboradas pelo departamento pessoal do grupo e esse departamento não era de sua responsabilidade. Os atrasos nos pagamentos decorreram das dificuldades financeiras que culminaram em um processo falimentar. Houve também um confisco determinado pela Justiça do Trabalho e requerido pelo Sindicato. Vendeu suas cotas sociais no ano de 2007 e toda a documentação ficou em poder do sócio. Precisaram optar entre pagar salários e comprar medicamentos para manter o Hospital funcionando ou pagar os tributos. Não recebeu pagamento pela venda das cotas sociais em maio de 2007. Em razão das dificuldades financeiras houve desatendimento aos beneficiários e, por isso, houve intervenção da Agência Nacional de Saúde - ANS. Sabe que, após o início da intervenção pelo Sindicato, a interventora da ANS chamada Edna foi proibida de entrar nas dependências das empresas do grupo Sabin. Posteriormente, a ANS pediu a falência do grupo econômico. Não houve prestação de contas pelo Sindicato na Justiça do Trabalho. O grupo Sabin tinha contadores próprios e as GFIPs eram elaboradas pelo setor de Recursos Humanos

da empresa. Não houve determinação da Diretoria ao gerente financeiro Adair para omitir informações às autoridades fazendárias ou fraudar GFIPs. O que levou o grupo econômico à falência foi a má administração do Sindicato. As dificuldades financeiras começaram por volta do ano de 2001. O plano Super Saúde era um plano da Santa Casa de Misericórdia de Campinas (SP) e fez parte de uma tentativa de ampliar o grupo Sabin. Inicialmente foi realizado um contrato de administração com opção de compra, mas a Santa Casa não repassou os valores devidos contratualmente por quatro meses. A sinistralidade do plano era muito grande e isso foi omitido na avaliação. Todas as deliberações societárias eram realizadas com os três sócios. Não houve questionamento de nenhum dos sócios à época sobre o contrato realizado com a Santa Casa e a aprovação foi por unanimidade. Afirmou que, quando se retirou da sociedade, o passivo do grupo econômico era de aproximadamente sete ou oito milhões de reais. Havia dívidas com fornecedores e médicos, além de passivo trabalhista e tributário. A Diretoria nunca deliberou para não pagar os tributos, mas todos os sócios sabiam que havia dívida tributária decorrente das dificuldades financeiras. A maior fonte de renda do grupo era a Micromed e se os médicos não fossem pagos parariam de atender os beneficiários do plano (mídia à fl. 705).

Embora a testemunha de defesa Alfredo Zarins Filho tenha informado inicialmente que o réu Joaquim era voto vencido quanto à prioridade de pagamentos de encargos tributários, retificou seu depoimento em Juízo dizendo que havia unanimidade dos sócios quanto à determinação de que esses pagamentos fossem feitos, mas o funcionário Simões não os realizou em razão da ausência de recursos suficientes, dando prioridade ao pagamento de fornecedores e prestadores de serviço e contrariando a decisão dos sócios. Afirmou, ainda, que a Diretoria tinha conhecimento que, apesar da determinação, os tributos não estavam sendo pagos (mídia à fl. 363).

Nem mesmo o réu Joaquim, em seu interrogatório em Juízo, disse que era voto vencido nas deliberações sociais, afirmando, ao contrário, que tinha conhecimento da ausência de pagamentos dos tributos, apenas alegando dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas do grupo econômico. Também confirmou que adquiriu as cotas sociais dos sócios Orestes e Renato por volta do ano de 2007 (mídia à fl. 705).

Tal fato está em consonância com o instrumento particular de venda e compra de participação societária das empresas do grupo econômico e outras avenças (fls. 196/210) e, portanto, no período de maio a dezembro de 2007 o réu Joaquim foi o único responsável pela ausência de recolhimento dos tributos devidos e de omissão de informações, não havendo prova de responsabilidade exclusiva de terceiros.

Ademais, o réu Joaquim assinava cheques, além de constar sua assinatura no Balanço Patrimonial e no Termo de Encerramento de Livro Diário (fls. 63/66, do Apenso I).

Por fim, o próprio acusado confirmou em Juízo que sabia do atraso no pagamento dos tributos e da situação financeira da empresa (mídia à fl. 515).

Dessa forma, as provas extraídas dos autos demonstram que o acusado foi o responsável, ainda que não isoladamente, pelo não recolhimento dos tributos no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a abril de 2007, e exclusivamente no período de maio a dezembro de 2007.

Dificuldades financeiras. Improcedência. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura *ipso facto* causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições:

PENAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA DOS SALÁRIOS DOS EMPREGADOS. OMISSÃO DOS RECOLHIMENTOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. (...). IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO PROVIDA.

(...)

4. A ocorrência de meras dificuldades financeiras não escusa a apropriação indébita de contribuições previdenciárias; para configurar-se o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa, é mister a efetiva comprovação, pela defesa, da absoluta impossibilidade de efetuarem-se os recolhimentos nas épocas próprias.

5. Apelação provida.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 98030965085, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 14.09.04)

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - (...) - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA RECHAÇADA (...).

(...)

3. Alegações genéricas de dificuldades financeiras não são capazes de acoimar o tipo penal contido na denúncia.

(...)

5. Negado provimento à apelação.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 200203990354034, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 26.06.07)

PENAL. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. (...) DIFICULDADES FINANCEIRAS DO AGENTE. (...).

(...)

3. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura ipso facto causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições.

(...)

6. Recurso da defesa parcialmente provido.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 20056118007918, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 15.09.08)

Anote-se que a recuperação judicial favorece a empresa devedora quanto ao pagamento de seus credores, os quais, porém, não fazem jus a receber seus créditos mediante o desvio de recursos destinados à Previdência Social. Nesse sentido, a isolada circunstância de a empresa ter-se beneficiado com a recuperação judicial não oblitera a caracterização do delito:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART.95, ALÍNEA 'D', DA LEI Nº 8.212/91, C.C. O ART. 71 DO CP. (...) NÃO DEMONSTRADA A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE POR DIFICULDADES FINANCEIRAS.(...) APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)

- Não restou provada relação entre a crise econômica que ensejou a falência da empresa e o cometimento do crime. O período delitivo iniciou-se em janeiro de 1993 e estendeu-se mesmo após a alegada decretação de concordata em novembro de 1996, até julho de 1998. Não foi demonstrado nos autos o pedido de concordata. Ainda que admitida, o réu não poderia ter dela se beneficiado, uma vez que não podem ocorrer os impedimentos do art. 140 da Lei de Falências e devem estar presentes as condições do seu art. 158 e os requisitos do art. 191 do CTN. Não conseguiu a defesa esgrimir nos autos a comprovação de que a situação comercial da empresa estaria a impedir o adimplemento da obrigação tributária.

(...)

- Preliminares de anistia e cerceamento do direito de defesa rejeitadas. Apelação desprovida. Reconhecida, de ofício, a prescrição em concreto de parte das condutas praticadas. (TRF da 3ª Região, ACr n. 199961810073570, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 25.07.05)

Por sua vez, a falência nada mais é do que uma execução coletiva que se instaura em razão de uma crise de liquidez ou desequilíbrio patrimonial. Embora ela usualmente ocorra num quadro de dificuldades financeiras, não exclui a culpabilidade do agente que se apropria das contribuições previdenciárias dos empregados, em especial no período anterior à quebra:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. (...). DIFICULDADES FINANCEIRAS. NÃO-COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. ESTADO DE NECESSIDADE. ART. 24, DO CP. PERIGO ATUAL. (...) RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NÃO PROVIMENTO. (...)

VIII - Mesmo no que diz respeito a eventual decreto de falência da empresa no período final da reiterada prática dos atos delituosos, considerando que o apelante deixou de recolher as contribuições descontadas dos salários de seus empregados desde a constituição da empresa trata-se de conduta pelo mesmo sempre adotada, que não é afastada pela quebra, ao contrário, a sua forma de administração poderá até mesmo ter contribuído sobremaneira para tal desfecho. Precedentes do STJ.

(...)

XXII - Recurso do réu improvido. De ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa dos fatos referentes aos períodos de julho/1988 a setembro de 1988; novembro de 1988 a janeiro de 1989 e março de 1989.”

(TRF da 3ª Região, ACr n. 200203990386734, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 06.11.07)

Do caso dos autos. Não restou demonstrada a inexigibilidade de conduta diversa decorrente de dificuldades financeiras. A prova produzida pela defesa acerca da precariedade financeira da empresa não permite concluir pela existência de circunstância excludente de culpabilidade, visto que não evidencia a situação deficitária da empresa e tampouco comprova se a situação financeira da empresa deu-se por má administração, por enriquecimento indevido dos sócios ou pela conjuntura econômica.

As crises econômicas fazem parte do risco inerente à atividade empresarial e o acúmulo de prejuízos por anos seguidos pode, ainda, resultar de uma má administração.

A cópia da ação judicial de falência juntada aos autos refere-se a outra empresa do grupo econômico, Micromed Assistência Médica Ltda., além de ser posterior ao período de apropriação das contribuições previdenciárias dos empregados e de sonegação fiscal (fls. 367/429).

A ação cautelar de arresto de bens ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Campinas (SP) foi ajuizada em março de 2008 (fls. 446/458, dos autos principais, e fls. 44/54, do Apenso I) e, também, é posterior aos fatos descritos na denúncia.

Ademais, houve tentativa de ampliação do grupo econômico na negociação do plano Super Saúde, da Santa Casa de Misericórdia de Campinas (SP), como informou em Juízo o acusado Orestes Mazzariol Junior (mídia à fl. 705), o que não é de se esperar de uma empresa que estaria em dificuldades financeiras.

Embora alegado, não houve comprovação documental de que os sócios se desfizeram de patrimônio particular e de que não houve distribuição de lucros e dividendos em todo o período.

Tudo indica que o acúmulo de prejuízos por anos seguidos resultou de uma má administração.

Dessa forma, conclui-se que não houve demonstração de que a empresa encontrava-se completamente impossibilitada de honrar seus compromissos com a Previdência Social, o que impede o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa.

Comprovada a omissão voluntária do recolhimento devido, caracteriza-se o dolo da conduta.

Crime continuado. Código Penal, art. 71. Conceito. O crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, ocorre “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

Os crimes ocorreram no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a dezembro de 2007.

Os crimes de apropriação indébita previdenciária foram praticados em continuidade delitiva, tendo em vista as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Os crimes de sonegação fiscal também foram praticados em continuidade delitiva, tendo em vista as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Concurso de crimes. O crime de apropriação indébita previdenciária e o delito de sonegação fiscal foram praticados em concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal, pois decorreram de ações ou omissões distintas.

Demonstrados o dolo, a autoria e a materialidade do delito, impõe-se a condenação de Joaquim de Paula Barreto Fonseca pela prática dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, c. c. os arts. 69 e 71, ambos do Código Penal.

Dosimetria. Crime de apropriação indébita previdenciária. O réu é primário e possui bons antecedentes. Não há elementos para valoração da personalidade e da conduta social do acusado. A culpabilidade não é acentuada e os motivos e as circunstâncias do crime são comuns à espécie. As consequências não são graves, pois o réu deixou de recolher contribuições sociais descontadas dos empregados no montante de R\$ 108.845,49 (cento e oito mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e quarenta e nove centavos), incluindo juros e multa.

Assim, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

O réu confessou os fatos descritos na denúncia, alegando apenas dificuldades financeiras. Assim, deve incidir a circunstância atenuante da confissão.

No entanto, deixo de reduzir a pena em observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, ficando mantida a pena fixada na primeira fase da dosimetria.

Ausentes causas de diminuição da pena. Reconheço a continuidade delitiva e, considerando o período da conduta delitiva, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, que torno definitiva.

Dosimetria. Crime de sonegação fiscal. O réu é primário e possui bons antecedentes. Não há elementos para valoração da personalidade e da conduta social do acusado. A culpabilidade não é acentuada e os motivos e as circunstâncias do crime são comuns à espécie.

No entanto, as consequências são graves, pois o réu suprimiu e reduziu o pagamento de contribuição social previdenciária patronal de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 339.040,20 (trezentos e trinta e nove mil, quarenta reais e vinte centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.013-0, e suprimiu e reduziu o pagamento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, de remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 88.447,74 (oitenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e setenta e quatro centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.015-6, totalizando R\$ 427.487,94 (quatrocentos e vinte e sete mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e noventa e quatro centavos).

Assim, a pena-base deve ser exasperada em 1/6 (um sexto), resultando em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

O réu confessou os fatos descritos na denúncia, alegando apenas dificuldades financeiras. Assim, deve incidir a circunstância atenuante da confissão, reduzindo as penas em 1/6 (um sexto), resultando em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ausentes causas de diminuição da pena. Reconheço a continuidade delitiva e, considerando o período da conduta delitiva, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, que torno definitiva.

As penas devem ser somadas, nos termos do art. 69 do Código Penal, totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Fixo o regime inicial semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b).

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade, pois não estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação de Orestes Mazzariol Junior para acolher a alegação de prescrição da pretensão punitiva e declaro extinta a punibilidade pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V, e 119, todos do Código Penal, *DE OFÍCIO*, reconheço a prática do crime único do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90 e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso do Ministério Público Federal para condenar o réu Joaquim de Paula Barreto Fonseca pela prática dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, c. c. os arts. 69 e 71, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral, para os fins previstos no art. 15, III, da Constituição da República.

Condene o réu em custas (CPP, art. 805).

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados (CR, art. 5º, LVII).

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO-VISTA

De início, ressalto a admiração que nutro pelo E. Relator do presente feito, Desembargador Federal *André Nekatschalow*.

Acompanho o E. Relator quanto à dar provimento à apelação de *Orestes Mazzariol Junior*, acolhendo a alegação de prescrição da pretensão punitiva e extinguindo a punibilidade pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, bem como para dar parcial provimento ao recurso da acusação, pedindo *venia* ao eminente colega para, dele divergir, de forma respeitosa, no que se refere à dosimetria imposta ao réu *Joaquim de Paula Barreto Fonseca*.

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo *Ministério Público Federal* e pela defesa de *Orestes Mazzariol Junior*, contra a sentença de fls. 737/745, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas/SP, que condenou *Orestes* à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa pela prática dos crimes previstos no artigo 168-A, §1º, inciso I, c.c. artigo 337-A, inciso III, CP e artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c.c. artigo 70 e 71 do CP, e absolveu *Joaquim de Paula Barreto Fonseca*.

O *Ministério Público Federal* interpôs embargos declaratórios (fl. 744), adequando a dosimetria à fundamentação jurídica da sentença, com o consequente aumento de pena, pela incidência do concurso formal, resultando na reprimenda definitiva de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

O *Ministério Público Federal*, em seu apelo, sustenta que a autoria de *Joaquim* restou comprovada por diversos documentos que demonstram sua participação ativa na administração da empresa durante o período da prática delituosa (fls. 747/750).

De outro lado, a defesa de *Orestes*, em seu apelo, preliminarmente, alega que restou prescrita a pretensão punitiva. No mérito aduz que foi absolvido em processo análogo; que os créditos foram constituídos em caráter definitivo somente após sua saída da administração

da empresa devedora; que a falta de recolhimento das contribuições se deu em razão de dificuldades financeiras (fls. 765/781).

Contrarrazões da defesa (fls. 857/858) e da acusação (fls. 860/864).

O voto do E. Relator é no sentido de dar provimento à apelação de *Orestes Mazzariol Junior* para acolher a alegação de prescrição da pretensão punitiva e declarar extinta a punibilidade pela prática dos crimes descritos nos artigos 168-A, §1º, inciso I e 337-A, inciso III, ambos do Código Penal, e artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c.c. artigos 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, e 119, todos do Código Penal e, de ofício, reconhecer a prática do crime único do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e dar parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu *Joaquim de Paulo Barreto Fonseca* pela prática dos delitos previstos nos artigos 168-A, §1º, inciso I, e artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c.c. os artigos 69 e 71, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

De início, quanto à alegação de prescrição da pretensão punitiva e extinção da punibilidade de *Orestes Mazzariol Junior*, concordo com o voto do Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, que acolheu a alegação da defesa.

A defesa pugna pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, entre a data da última contribuição apropriada/sonegada (abril de 2007) e o recebimento da denúncia (30 de abril de 2015).

Vejamos.

Segundo entendimento das nossas Cortes Superiores e deste Tribunal, os delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A ambos do Código Penal, da mesma forma que o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, consomem-se com o lançamento definitivo do débito.

Sendo assim, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do CP) e sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A do CP), por se tratarem de crimes materiais, o termo inicial do prazo prescricional corresponde ao término do processo administrativo fiscal, momento em que restará definitivamente constituído o crédito tributário.

In casu, o crédito tributário foi definitivamente constituído em 28 de setembro de 2009, conforme documento de fls. 292/295, momento em que deve ser iniciada a contagem da prescrição.

A denúncia foi recebida em 30 de abril de 2015 (fls. 303/303v.), a sentença condenatória do réu *Orestes Mazzariol Junior* foi publicada em 26 de julho de 2017 (fl. 740) e a dos embargos de declaração em 26 de setembro de 2017 (fl. 746).

Além disso, durante o transcurso daquele interregno não está noticiada nos autos a ocorrência de nenhuma das causas arroladas nos artigos 116 e 117, ambos do Código Penal, que, respectivamente, impedem e interrompem o fluxo da prescrição da pretensão punitiva.

Destaque-se que a Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o §2.º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa é inaplicável ao caso, uma vez que configurada novação legislativa em prejuízo do apelante, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor do réu (cf. art. 5.º, XL, da Constituição Federal).

Tendo em vista que não houve recurso da acusação em relação à condenação do acusado *Orestes Mazzariol Junior*, considera-se a pena aplicada para cada delito para fins de análise da prescrição (CP, art. 110, § 1º), sem o acréscimo pela continuidade delitiva (STF, Súmula nº 497).

Desse modo, fixada a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, para cada crime, sem o acréscimo pela continuidade delitiva, a que corresponde o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, conforme o artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Dessa forma, para cada um dos delitos, verifica-se que transcorreu lapso superior a 4 (quatro) anos entre a data da constituição do débito tributário (28 de setembro de 2009) e o recebimento da denúncia (30 de abril de 2015).

Por conseguinte, assiste sorte à defesa, posto que ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, extinguindo a punibilidade do acusado *Orestes Mazzariol Junior* pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71, ambos do Código Penal, com fundamento nos arts. 107, IV, 109, V, e 119, todos do Código Penal.

Passo à análise do recurso ministerial.

A apelação ministerial pugna pela condenação de *Joaquim de Paula Barreto Fonseca* pela prática dos crimes descritos nos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, todos c. c. os arts. 70 e 71 ambos do Código Penal.

A denúncia imputa aos acusados a prática do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), bem como descreve a supressão e a redução de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, e de contribuições previdenciárias de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, tudo mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, imputando aos acusados a prática do delito do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e a prática do delito do art. 337-A do Código Penal, respectivamente.

Da materialidade delitiva do crime de apropriação indébita previdenciária.

A materialidade delitiva está demonstrada pelos seguintes documentos: Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 01/3v., Apenso I); Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 10830.011663/2009-87, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 65.166,30 (sessenta e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta centavos), referente ao não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados e contribuintes individuais no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário; dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD n. 37.186.014-8) - (fls. 01/168, Apenso I); cópias das folhas de pagamento (fls. 67 a 111 do Apenso I); Ofício nº 82/2015 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da 3ª Região informando que os débitos objeto da denúncia da empresa “Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda.” foram definitivamente constituídos em 28.09.09, não havendo parcelamento vigente (fls. 292/295).

Da materialidade delitiva dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária e sonegação fiscal.

A materialidade delitiva está comprovada pelos seguintes documentos: Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 10830.010974/2009-29, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 200.355,20 (duzentos mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), referente ao não pagamento de contribuições previdenciárias, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o

13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD n. 37.186.013-0) - (Anexo I); Processo Administrativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 10830.010976/2009-18, no bojo do qual foi apurado o débito no valor originário de R\$ 54.056,49 (cinquenta e quatro mil, cinquenta e seis reais e quarenta e nove centavos), referente ao não recolhimento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, Sesi, e SEBRAE) e seus acessórios, mediante a omissão nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIPs, de remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário (DEBCAD nº 37.186.015-6) - (Anexo I); Ofício nº 82/2015 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da 3ª Região informando que os débitos objeto da denúncia da empresa “Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda.” foram definitivamente constituídos em 28.09.09, não havendo parcelamento vigente (fls. 292/295).

De outro lado, no que se refere ao crime do artigo 337-A, inciso III, do Código Penal, considerando a conduta como crime único que se subsume ao delito do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, revejo meu posicionamento anterior, acompanhando o E. Relator quanto ao entendimento de que a perpetração de uma única conduta fraudulenta, ainda que reduza o encargo fiscal de espécies tributárias distintas, não enseja a pluralidade de crimes.

In casu, de acordo com o teor da Representação Fiscal para Fins Penais, os réus, na direção da empresa, deixaram de informar em GFIP's e/ou informaram de forma equivocada os salários pagos a seus empregados. Ademais, ao deixar de apresentar GFIP's com as informações necessárias, os réus suprimiram também as contribuições do Sistema “S”, relativo às contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas a terceiros (Salário Educação; INCRA; SENAI; Sesi e SEBRAE).

Todavia, tais condutas são consequência da informação inverídica prestada pelo agente pelo meio da GFIP e não podem ser consideradas de forma isolada. Desse modo, a diversidade das espécies tributárias não constitui condição suficiente, por si só, para a incidência da regra de concurso de crimes.

Logo, reconhece-se a existência de crime único (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) entre as condutas perpetradas pelos acusados com relação à supressão ou redução das contribuições previdenciárias e à das contribuições sociais referentes a outras entidades e fundos.

Da autoria delitiva e do dolo.

No que se refere à autoria delitiva, voto em conformidade com o entendimento do Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, visto que demonstrada a autoria do réu *Joaquim de Paula Barreto Fonseca* em relação a ambos os crimes.

Compulsando-se os autos, verifica-se que ocorreram sérios desentendimentos entre os sócios diretores da empresa, especialmente, entre *Joaquim* e *Orestes*, que culminaram em ameaças à integridade física por parte de *Orestes* com relação a *Joaquim*, dando ensejo ao Inquérito Policial nº 76/10-4, instaurado na Delegacia de Polícia Federal de Campinas/SP.

Aliás, consta do Instrumento Particular de Venda e Compra de Participação Societária e Outras Avenças (fls. 186/210), entre os sócios *Orestes Mazzariol Júnior* e *Renato Rossi*, na qualidade de vendedores e *Joaquim de Paula Barreto Fonseca*, na qualidade de comprador das cotas de todas as empresas do “Grupo Sabin”, que o motivo da venda seria “a perda de afeição social recíproca entre os vendedores e o comprador, tornando impossível a manutenção do quadro societário” (cf. cláusula 1.2 - fl. 188).

Diante desse contexto, o Juízo *a quo* entendeu que o sócio *Joaquim* estaria excluído das decisões da empresa a respeito do pagamento dos tributos e sequer teria consciência da real situação da empresa quanto à pendências de ordem tributária.

No entanto, referida tese não se sustenta diante das provas colhidas durante a instrução probatória.

Do exame mais acurado dos autos, constata-se que *Joaquim* tinha plena consciência da política da empresa quanto à reiterada ausência de declaração e/ou declaração deficiente sem o pagamento dos tributos por meio das GFIPs, bem como dos valores descontados na folha de pagamento dos empregados e do não repasse dos valores descontados aos cofres da Previdência Social.

De acordo com a Consolidação dos Estatutos Sociais da empresa “Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda.” (fls. 33/43, Apenso I), o réu *Joaquim* era o Diretor Executivo da empresa até abril de 2007, competindo-lhe gerenciar o Departamento Pessoal e o de Recursos Humanos, bem como assinar cheques, notas promissórias e demais documentos afins a serem emitidos pela sociedade, sempre em conjunto com o Diretor Comercial, o acusado *Orestes*.

Desse modo, o réu *Joaquim* assinava cheques, além de constar sua assinatura no Balanço Patrimonial e no Termo de Encerramento de Livro Diário (fls. 63/66, do Apenso I).

Contudo, relevante para demonstrar, de forma clara e contundente, a autoria delitiva de *Joaquim* é o teor de seu depoimento judicial. Com efeito, o réu admitiu que tinha plena ciência das dívidas tributárias da empresa, bem como da ausência de repasse dos valores descontados dos empregados nas folhas de pagamento. Afirmou, outrossim, que todos os sócios tinham ciência da ausência de pagamentos; que eram realizadas semanalmente reuniões com todos os sócios da diretoria nas quais eram transmitidas as informações referentes às questões tributárias e demais débitos da empresa; que alguns funcionários foram demitidos e em determinado momento não havia mais recursos para pagar verbas trabalhistas. Informou, ainda, que havia um gerente financeiro que recebia ordem da Diretoria para pagar os tributos, os quais não foram quitados porque não havia recursos suficientes. Sustentou que os sócios fizeram todo o esforço para honrar todos os compromissos financeiros, mas não lograram êxito (cf. mídia à fls. 515 e 705).

Além disso, o réu *Joaquim* figura no Instrumento Particular de Venda e Compra de Participação Societária e Outras Avenças como único sócio e administrador da empresa a partir de maio de 2007 (fls. 196/210), sendo certo que nesse período, a política da empresa com relação aos tributos permaneceu a mesma quanto à prática reiterada da omissão dos valores pagos aos empregados nas guias de recolhimento (GFIPs), bem como quanto ao desconto dos tributos e ausência do repasse dos valores descontados aos cofres da Previdência Social.

Ademais, não obstante, a testemunha de defesa *Alfredo Zarins Filho* embora tenha informado inicialmente que o réu *Joaquim* era voto vencido quanto à prioridade de pagamentos de encargos tributários, retificou seu depoimento em Juízo dizendo que havia unanimidade dos sócios quanto à determinação de que esses pagamentos fossem feitos, mas o funcionário *Simões* não os realizou em razão da ausência de recursos suficientes, dando prioridade ao pagamento de fornecedores e prestadores de serviço, contrariando a decisão dos sócios. Afirmou, ainda, que a Diretoria tinha conhecimento que, apesar da determinação, os tributos não estavam sendo pagos (mídia à fl. 363).

Note-se que o réu *Joaquim* não disse que era voto vencido nas deliberações sociais quanto ao pagamento dos tributos, mas, pelo contrário, admitiu que tinha conhecimento da ausência de pagamentos dos tributos, alegando dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas do grupo econômico (cf. mídia à fl. 705).

Logo, em que pese a existência de desavenças entre os sócios, as provas extraídas dos autos demonstram que o acusado *Joaquim* foi o responsável, ainda que não isoladamente, pelo não recolhimento dos tributos no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a abril de 2007, e exclusivamente no período de maio a dezembro de 2007.

Da inexigibilidade de conduta diversa.

De outro lado, quanto à existência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias (artigo 168-A do CP), comungo do entendimento do Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, que em seu voto afastou a mencionada excludente.

O apelante alega que, enfrentando uma situação financeira difícil, optou por pagar os salários e as dívidas trabalhistas que tinha com os empregados da empresa em detrimento do pagamento das contribuições sociais ao INSS.

A alegação de que a empresa passava por dificuldades financeiras corresponde à tese embasada na suposta impossibilidade do recolhimento dos tributos, que diz respeito à configuração ou não da inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal excludente de culpabilidade.

Como sabido, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade nos casos em que o agente não tem condições efetivas de se comportar conforme a lei, de tal modo que sua ação não é considerada reprovável naquela situação concreta.

O reconhecimento da exculpante em referência, faz-se imprescindível a prova inequívoca dos fatos - que hão de ser excepcionais, frise-se - que lhe dão suporte, não se afigurando suficientes, por razões de ordem intuitiva, meras declarações prestadas pelo réu e pelas testemunhas de defesa.

In casu, aponta a defesa que a sociedade firmada gerou o *Grupo Sabin*, formado por cinco empresas: MICROMED - Assistência Médica Ltda.; Central de Diagnoses por Imagem de Campinas S/C Ltda.; Hospital e Maternidade Alberto Sabin S/B Ltda.; Sabin Labcenter Diagnóstico e Terapia S/C Ltda. e Fundação Alberto Sabin.

A defesa trouxe aos autos cópia da ação judicial de falência que se refere à principal empresa do grupo econômico, Micromed Assistência Médica Ltda. No entanto, ainda que exista ligação econômica e financeira pelas empresas componentes do grupo, e haja responsabilidade solidária entre as empresas componentes do grupo (cf. artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91), a data da decretação da falência, qual seja, 14 de abril de 2015, é bem posterior ao período de apropriação das contribuições previdenciárias dos empregados e da sonegação fiscal, não justificando a aplicação da excludente (fls. 367/429).

Com efeito, os fatos geradores dos débitos tributários objeto do crime de apropriação indébita previdenciária, ocorridos entre janeiro de 2005 a dezembro de 2005, incluindo o 13º salário, e dezembro de 2006 a dezembro de 2007, incluindo o 13º salário, antecederam o pedido de falência em tempo não razoável para justificar a incidência da excludente ao caso sob estudo. Destarte, os períodos da dívida tributária devem ser contemporâneos ou em épocas próximas ao pedido de recuperação judicial e/ou falência para autorizar a incidência da excludente.

Também foi ajuizada a ação cautelar de arresto de bens ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Campinas/SP em face da empresa, mas em data posterior aos fatos (fls. 446/458, dos autos principais, e fls. 44/54, do Apenso I).

É cediço que, para se acatar a exclusão da culpabilidade no crime em voga - medida excepcional -, necessária se faz a comprovação de que o contribuinte passava por sérias dificuldades

financeiras na mesma época em que efetuou o desconto das contribuições previdenciárias não repassadas de seus empregados.

Em contrapartida, não existe nos autos sequer um balanço ou alguma cópia dos livros e notas fiscais, bem como não há comprovação documental acerca da suposta falta de pagamento dos fornecedores, das dívidas em instituições financeiras, não sendo possível, assim, verificar-se sua situação financeira.

Conclui-se, portanto, que os depoimentos das testemunhas não são suficientes para corroborar a alegação de impossibilidade de cumprimento das obrigações tributárias, não tendo sido as eventuais dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa devidamente comprovadas, nos termos do artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

Diante desse contexto, conclui-se que a prova acusatória é subsistente e hábil a comprovar a materialidade, a autoria e o dolo do delito de apropriação indébita previdenciária.

Logo, imperiosa a manutenção da condenação dos réus quanto ao delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal.

No que se refere ao crime de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei nº 8.137/90), incabível ao delito a aplicação da excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, já que o delito ora tratado cuida da administração tributária das empresas, e do correto lançamento de sua contabilidade, não havendo, assim, como entender-se que eventual dificuldade financeira possa justificar a errônea anotação contábil da empresa, com o fim de prejudicar a fiscalização tributária.

Diante desse contexto, conclui-se que a prova acusatória é subsistente e hábil a comprovar a materialidade, a autoria e o dolo, sendo imperiosa a condenação do réu *Joaquim*.

Da dosimetria

No tópico relativo à dosimetria, o voto do E. Relator, assim dispôs:

“Dosimetria. Crime de apropriação indébita previdenciária. O réu é primário e possui bons antecedentes. Não há elementos para valoração da personalidade e da conduta social do acusado. A culpabilidade não é acentuada e os motivos e as circunstâncias do crime são comuns à espécie. As consequências não são graves, pois o réu deixou de recolher contribuições sociais descontadas dos empregados no montante de R\$ 108.845,49 (cento e oito mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e quarenta e nove centavos), incluindo juros e multa.

Assim, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

O réu confessou os fatos descritos na denúncia, alegando apenas dificuldades financeiras. Assim, deve incidir a circunstância atenuante da confissão.

No entanto, deixo de reduzir a pena em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, ficando mantida a pena fixada na primeira fase da dosimetria.

Ausentes causas de diminuição da pena. Reconheço a continuidade delitiva e, considerando o período da conduta delitiva, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, que torno definitiva.

Dosimetria. Crime de sonegação fiscal. O réu é primário e possui bons antecedentes. Não há elementos para valoração da personalidade e da conduta social do acusado. A culpabilidade não é acentuada e os motivos e as circunstâncias do crime são comuns à espécie.

No entanto, as consequências são graves, pois o réu suprimiu e reduziu o pagamento de contribuição social previdenciária patronal de valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 339.040,20 (trezentos e trinta e nove mil, quarenta reais e vinte centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.013-0, e suprimiu e reduziu o pagamento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) e seus acessórios, de remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais no montante de R\$ 88.447,74 (oitenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e setenta e quatro centavos), incluindo juros e multa, conforme DEBCAD n. 37.186.015-6, totalizando R\$ 427.487,94 (quatrocentos e vinte e sete mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e noventa e quatro centavos).

Assim, a pena-base deve ser exasperada em 1/6 (um sexto), resultando em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes.

Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

O réu confessou os fatos descritos na denúncia, alegando apenas dificuldades financeiras. Assim, deve incidir a circunstância atenuante da confissão, reduzindo as penas em 1/6 (um sexto), resultando em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ausentes causas de diminuição da pena. Reconheço a continuidade delitiva e, considerando o período da conduta delitiva, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, que torno definitiva.

As penas devem ser somadas, nos termos do art. 69 do Código Penal, totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Fixo o regime inicial semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b).

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade, pois não estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.”

O Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu *Joaquim de Paula Barreto Fonseca* pela prática dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, inciso I, do CP e art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, c. os arts. 69 e 71, ambos do Código Penal, a cumprir as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Todavia, nesse tópico ousou divergir do nobre Relator.

No caso dos autos, determinada a condenação do réu *Joaquim* nos delitos de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do CP) e sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos.

Com efeito, acerca do tema, acolho entendimento jurisprudencial no sentido de que os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A do CP) e sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) são delitos da mesma espécie, que violam os mesmos bens jurídicos, ensejando, assim, a aplicação do instituto da continuidade delitiva.

A figura criada no artigo 71 do Código penal é uma medida de política criminal em benefício do réu, segundo a qual lei considera como um único crime diversas condutas típicas.

Desse modo, o agente mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução são considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Contudo, ressalve-se que pende controvérsia a respeito do que se considera como “*crimes de mesma espécie*”. A propósito, o Código Penal, não dispôs sobre a expressão para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Segundo *Guilherme de Souza Nucci*, em sua obra “Código Penal Comentado”, 15ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, dois posicionamentos consolidados existem na doutrina acerca do tema:

“(…)

a) são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Assim: Hungria, Frederico Marques - com a ressalva de que não precisam estar no mesmo artigo (ex: furto e furto de coisa comum, arts. 155 e 156, CP) -, Damásio, Jair Leonardo Lopes - embora admita, excepcionalmente, casos não previstos no mesmo tipo penal.

(…)

b) são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes. É a lição de Basileu, Fragoso, Delmanto, Paulo José da Costa Jr., Walter Vieira do Nascimento. Assim, seriam delitos da mesma espécie o roubo e o furto, pois ambos protegem o patrimônio.

(…)”.

Filio-me ao entendimento de que crimes de mesma espécie são aqueles que tenham elementos objetivos e subjetivos semelhantes, os quais não estão necessariamente descritos no mesmo tipo penal, mas buscam a tutela do mesmo bem jurídico.

Na hipótese, observa-se que os delitos se assemelham em relação aos elementos subjetivos e objetivos, de forma que é possível o reconhecimento da continuidade delitiva.

A respeito do tema há posicionamento na doutrina:

“É possível o reconhecimento do crime continuado em razão da prática dos crimes tipificados nos artigos 168-A, § 1º, inciso I, e 337-A, inciso III, ambos do Código Penal, pois embora sejam tipos penais distintos, possuem características próprias, tutelam o mesmo bem jurídico (arrecadação previdenciária)”.

(HIROSE, Tadaaqui e JUNIOR, José Paulo Baltazar. Curso Modular de Direito Penal. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010).

Igualmente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu a questão no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ARTS. 71, 168-A E 337-A, III, DO CP. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. POSSIBILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAS EM CURSO NÃO CONFIGURAM PERSONALIDADE NEGATIVA DO AGENTE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessária a prática sucessiva de ações criminosas de semelhante espécie que guardem, entre si, vínculos em relação ao tempo, ao lugar e à forma de execução, de modo a revelar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações desdobramentos da primeira (art. 71 do CP).

2. No caso, o réu responde por delitos descritos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal - em continuidade delitiva -, nas Apelações Criminais n. 2004.71.038480-8, 2003.71.00.042734-7 e 2004.71.00.021296-7.

3. Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por isso, topograficamente dispares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

4. O agente cometeu delitos análogos, descritos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial, durante semelhante período, no mesmo espaço geográfico (cidade de Porto Alegre/RS) e mediante similar maneira de execução, portanto tem lugar a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).

5. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

6. O acórdão regional firmou-se em sentido contrário à jurisprudência deste Tribunal ao considerar os inquéritos e as ações penais em andamento como aspectos desfavoráveis à personalidade do réu.

7. Recurso especial improvido. De ofício, *habeas corpus* concedido para afastar a majoração da pena-base em razão do juízo negativo sobre a circunstância da personalidade do recorrido. (REsp 1212911/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6 T., DJe 09.04.2012). (Grifado).

No mesmo sentido, o entendimento acolhido pela jurisprudência pátria. Confira-se:

PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CP). SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A DO CP). SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO.

1. Recursos interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo acusado contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia oferecida pelo *Parquet*, para condenar o réu pela

prática dos crimes tipificados nos art. 337-A, I (sonegação de contribuição previdenciária), e art. 168-A (Apropriação indébita previdenciária), ambos do Código Penal, além do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 (crime contra a ordem tributária) - todos em continuidade delitiva (art. 71 do CP).

2. Na sentença recorrida reconheceu-se que estavam devidamente comprovadas a autoria e materialidade dos crimes imputados, mas não seria o caso de se aplicar a regra do concurso material, vez que todas as condutas praticadas cuidam de sonegação de tributos, único fim do agente, razão pela qual aplicou a regra do crime continuado. A pena definitiva foi fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto (art. 33, § 2º, “b”, do CPB), acrescida de multa de 6 (seis) salários mínimos, realizando-se a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direito: a) prestação de serviço a entidade pública; e b) prestação pecuniária, no importe mensal de R\$ 300,00 (trezentos reais), durante todo o período da pena substituída.

3. Com relação à alegação de inexigibilidade de conduta diversa, observa-se que não basta ao réu fazer afirmações das dificuldades financeiras da empresa, sem, contudo, produzir provas robustas de sua insolvência. De fato, os documentos acostados referem-se a dificuldades financeiras da empresa, mas em períodos distintos dos que são objeto da denúncia. O auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, por ocasião da fiscalização que culminou na denúncia, esclareceu que a empresa, no ano de 2010, “continua em plena atividade, sendo uma churrascaria, possui bom movimento de clientes, conforme constatação *in loco*, aparentemente sendo injustificável o não recolhimento dos tributos”.

4. As supostas dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa a que vinculado o Réu deveriam ser por ele cabalmente demonstradas, consoante dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal, prova esta que não restou produzida.

5. No tocante à dosimetria da pena (fixação da pena-base), verifica-se que sentença aquilidou a culpabilidade do agente, seus antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias relativas ao contexto do fato criminoso, isto é, todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tendo valorado negativamente apenas duas circunstâncias judiciais, a saber: as consequências do crime e o comportamento da vítima.

6. O montante tributário envolvido nos crimes em questão é elevado. Igualmente, o comportamento da vítima, no caso, em nenhum momento pode ser encarado como provocador da conduta do réu, justificando-se a elevação da pena base, com acréscimo de 06 (seis) meses.

7. O valor do tributo suprimido consolidado nos autos de infração que deram azo às representações fiscais objeto desta ação criminal é significativo (Representação nº 10.480.724.148/2010-11 - R\$ 148.325,54 e R\$ 450.076,95 e Representação nº 10.480.724.150/2010-91 - R\$ 99.497,63). Ambas as circunstâncias foram devidamente fundamentadas, não merecendo reparos a dosimetria penal nesses pontos.

8. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “é possível a exasperação da pena-base aplicada ao crime de sonegação fiscal pela análise do montante de crédito tributário suprimido ou reduzido a partir da ação delituosa”. (STJ, AGARESP 201400265889, Reynaldo Soares Da Fonseca - Quinta Turma, DJE: 13/12/2017).

9. A sentença estabeleceu as seguintes penalidades: a) penas de multa de 6 (seis) salários mínimos; b) prestação pecuniária em substituição à pena privativa de liberdade no valor mensal de R\$ 300,00 (trezentos reais). A fixação da pena deve ter como baliza, entre outros parâmetros, a capacidade econômica do réu. Na hipótese, não há nenhuma evidência de que a sentença deixou de observar os critérios legais. O réu não apresentou provas da alegada hipossuficiência econômica que incorresse na inviabilidade do cumprimento ao pagamento das multas, razão pela qual não há fundamentos para se reformar o provimento de primeiro grau nesse tocante.

10. O entendimento jurisprudencial predominante firmou-se no sentido de que os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), sonegação de contribuição previ-

denciária (art. 337-A do CP) e sonegação de contribuição social (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90) são delitos da mesma espécie, que violam os mesmos bens jurídicos, ensejando, assim, a aplicação do instituto da continuidade delitiva. Precedentes.

11. Apelações do réu e do Ministério Público Federal improvidas. UNÂNIME.

(ACR - Apelação Criminal - 14349 0008097-51.2014.4.05.8300, Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::27/07/2018 - Página::62.)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CRIMES DOS ARTIGOS 168-A, § 1º, DO CP E 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/90. UNIFICAÇÃO DAS REPRIMENDAS. CÁLCULO. MAJORANTE DA CONTINUIDADE. “BIS IN IDEM” NÃO CONFIGURADO. PENA DE MULTA. MODIFICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO DO VALOR.

1 - Reconhecida a possibilidade de continuidade delitiva entre os crimes capitulados nos artigos 168-A, § 1º, do CP, e 2º, II, da Lei nº 8.137/90, pela semelhança dos seus elementos descritivos, bem como por tutelarem a ordem tributária, além das circunstâncias objetivas, correta a unificação das reprimendas impostas.

2 - No cálculo da reprimenda unificada, feito em sede de execução, o acréscimo decorrente da continuidade delitiva deve incidir uma única vez, sob pena de “bis in idem”, tomando-se a pena da condenação mais grave, com o percentual de aumento calculado com base no número de condutas delituosas em ambas as condenações, forte no disposto no art. 71 do CP.

3 - Se a pena de multa, embora proporcional e seguindo o mesmo critério da pena privativa de liberdade unificada, ultrapassar a soma das penas de multa individualmente fixadas em cada processo, deve ser recalculada.

4 - Às penas restritivas de direitos não se aplica o regime de unificação das penas, devendo ser feita nova substituição, sendo que a pena pecuniária arbitrada deve ser proporcional e não deve ultrapassar os valores fixados em cada uma das ações.

(TRF4 - AGEPN - 2004.71.07.007557-6, Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Pentead - Oitava Turma, DJE - Data: 26/04/2006 - Página: 1233).

Ante o exposto, afasto o concurso material de delitos e aplico a pena base de um só dos crimes, sobre a qual deve incidir a causa de aumento de pena do artigo 71 do Código Penal. Desse modo, aplico a pena do crime mais grave, qual seja, o delito de sonegação fiscal com base no valor do prejuízo suportado pelos cofres públicos.

Vejamos.

No voto do Relator, na primeira fase, a pena-base cominada ao réu pela prática do delito do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 foi fixada em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, somente por força da gravidade das consequências delitivas, tendo em vista o montante do prejuízo suportado pelos cofres públicos.

Todavia, os valores originários sonegados pelo réu, descontados a multa e os juros, quais sejam, R\$ 200.355,20 (duzentos mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos), referente ao não pagamento de contribuições previdenciárias e R\$ 54.056,49 (cinquenta e quatro mil, cinquenta e seis reais e quarenta e nove centavos), referente ao não recolhimento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI, e SEBRAE) perfazem um total de R\$ 254.114,69 (duzentos e cinquenta e quatro mil e cento e quatorze reais e sessenta e nove centavos).

Sendo assim, de acordo com os parâmetros adotados por esta E. Corte, o fator de acréscimo que incide na hipótese é de 1/4 (um quarto) e não de 1/6 (um sexto) como estabelecido no voto.

Desse modo, redimensiono a pena-base cominada ao réu para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, tendo em vista as consequências do crime por força do prejuízo causado aos cofres públicos.

Na segunda fase, o Relator reconheceu a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em observância à Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa fase, mantenho a atenuante da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, do CP), visto que o réu admitiu ter ciência dos débitos tributários, não obstante afirmar a impossibilidade dos pagamentos por força de dificuldades financeiras da empresa.

Desse modo, aplico o fator redutor de 1/6 (um sexto), perfazendo a pena intermediária 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, o E. Relator considerou inexistentes causas de diminuição. No entanto, ante o reconhecimento da continuidade delitiva e, considerando o período da conduta, aumentou a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Nessa etapa, em razão da continuidade delitiva ocorrida por cerca de 2 (dois) anos e 1 (um) mês (no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2005 e dezembro de 2006 a dezembro de 2007), aplico o fator de acréscimo de 1/4 (um quarto), uma vez que em conformidade com os parâmetros estabelecidos por esta E. Corte.

Desse modo, fixo a pena definitiva cominada ao réu *Joaquim* em 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantido o valor unitário em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nos moldes do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal, não havendo circunstância que torne recomendável a fixação em regime mais gravoso, bem como são favoráveis os critérios fixados no artigo 59 do CP, estabeleço o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com esteio no disposto no artigo 44 do Código Penal, bem como por estarem presentes os requisitos previstos nos incisos I, II e III, do mencionado dispositivo legal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que se apresenta recomendável para a recomposição ético-social do réu.

Sendo assim, substituo a reprimenda corporal imposta ao réu por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções penais.

Desta forma, após detida análise dos autos, divirjo parcialmente do E. Relator para dar parcial provimento à apelação do *Ministério Público Federal*, condenando o réu *Joaquim de Paula Barreto Fonseca* pela prática dos delitos previstos nos artigos 168-A, § 1º, I, e artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal, aplicada a continuidade delitiva entre os delitos, fixando a pena definitiva ao réu em 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais e pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantido o

valor unitário em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Acompanhamento, no mais, o Relator.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES

APELAÇÃO CRIMINAL

0003881-45.2014.4.03.6120

Apelante: ALENCAR DA SILVA SANTOS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2021

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, I, DA LEI N.º 8.137/1990. ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADO. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADOS. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DAS CONSEQUÊNCIAS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA EM PARTE.

1. A consumação do crime previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/1990, não depende de qualquer norma integrativa, bastando supressão ou redução do tributo, de modo que haja efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, com prejuízo patrimonial ao erário público, bem como o lançamento definitivo do crédito tributário, nos termos da Súmula Vinculante n.º 24.

2. A materialidade delitiva não foi questionada e está comprovada pelo procedimento administrativo fiscal, no qual se apurou que o acusado omitiu rendimentos da atividade rural e suprimiu tributos ao não apresentar sua declaração de imposto de renda pessoa física - DIRPF do exercício de 2008 (no ano-calendário 2007), embora tivesse auferido no período renda de R\$ 1.443.860,80 (um milhão quatrocentos e quarenta e três mil oitocentos e sessenta reais e oitenta centavos) com a venda de 110.750,70 caixas de laranja. Em decorrência da omissão, a fiscalização lavrou auto de infração de R\$ 203.914,76 (duzentos e três mil novecentos e quatorze reais e setenta e seis centavos), cujo crédito tributário foi definitivamente constituído em 03.06.2012, restando cumpridos os requisitos da Súmula n.º 24 do STF.

3. A autoria também não foi impugnada e está comprovada pelo conjunto probatório, tendo o réu confessado em seu interrogatório judicial que não apresentou a DIRPF em 2008, referente ao ano-calendário 2007. Também assumiu que nos idos de 2007 era arrendatário de terras para o cultivo de cítricos, atuando também como atravessador de frutas, que adquiria de produtores para revender por preço superior à indústria, embolsando a diferença.

4. Nos crimes contra a ordem tributária, basta o dolo genérico, consubstanciado na supressão voluntária de tributos federais mediante a omissão de informação ao Fisco, não havendo necessidade de comprovação de que houve intenção em sua conduta. No caso concreto, o dolo decorre das circunstâncias fáticas, pois o réu era o responsável pelas informações fornecidas em suas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física e omitiu ao Fisco vultosos rendimentos decorrentes da atividade rural, o que evidencia o intuito fraudulento de sonegar tributo.

5. Nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal, “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” Anote-se que os crimes tributários (arts. 1º a 3º da Lei nº 8.137/1990) somente são puníveis a título de dolo, assim, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, a consequência do erro de tipo em crimes desta espécie é a atipicidade da conduta (“salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”). A supressão ou redução do tributo incide sobre elemento constitutivo do tipo e somente seria possível se falar em erro de tipo em havendo a sonegação no recolhimento do tributo em razão de erro na interpretação tributária. No caso concreto, o acusado, produtor rural, forneceu à indústria de sucos, no ano de 2007, mais de cento e dez mil caixas de laranja, pelas quais recebeu a quantia de R\$ 1.443.860,80; todavia, não prestou essas informações devidas ao Fisco, omitindo-se de seu dever de oferecer as receitas por ele auferidas à tributação. E o dever de pagar tributos é de conhecimento geral, sobretudo em se tratando de valores tão elevados, refutando-se a tese defensiva.

6. O erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato igualmente não foi comprovado pela defesa. A ignorância da lei é inescusável e não se confunde com a ausência de potencial conhecimento da ilicitude, já que a consciência da ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal (STJ, RHC 4772/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T. RSTJ, v. 100, p. 287). Inclusive, para a reprovação penal, sequer é necessária a real consciência da ilicitude, bastando a possibilidade de obtê-la (consciência potencial), isto é, a possibilidade de extraí-la das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. No caso concreto, o réu alega, tão-somente, que era pessoa inexperiente, não costumava declarar imposto de renda e manteve essa praxe em relação àquele ano-calendário de 2007, desconhecendo por completo a obrigação de pagar imposto de renda, argumentos que não configuram o erro de proibição.

7. Dosimetria. Em que pese a exclusão de um dos vetores negativos (consequências do crime), a subsistência de uma única circunstância negativa (maus antecedentes) justifica a manutenção da pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. O Código Penal não estabelece patamares para as circunstâncias judiciais previstas em seu artigo 59, de modo que, a princípio, mostra-se possível o aumento da pena base até o seu limite máximo em razão de uma única circunstância considerada desfavorável.

8. Na segunda fase o Juízo *a quo* corretamente reconheceu a atenuante da confissão, bem como a incidência da reincidência. Conforme pretendido em sede recursal, deve ser efetuada a compensação integral entre ambas, nos termos do entendimento já consolidado pelo STJ.

9. Ausentes causas de aumento e de diminuição, torna-se definitiva a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

10. O número de dias-multa deve ser revisto, pois, conforme precedentes desta Turma, o seu cálculo deve ser proporcional à pena privativa de liberdade, seguindo os mesmos parâmetros e frações de majoração e de redução.

11. Tendo em vista a existência de circunstância judicial negativa, bem como o reconhecimento da reincidência, deve ser mantido o regime inicial de cumprimento semiaberto, conforme estabelecido pelo juízo *a quo*.

12. No caso em análise, estão presentes os requisitos que permitem a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos (art. 44, §

2º, do Código Penal), consistentes em prestação pecuniária a ser entregue a entidade assistencial idônea designada pelo juízo da execução penal, e prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena substituída, em instituição a ser escolhida pelo juízo da execução. No tocante ao valor da prestação pecuniária, considerando o prejuízo causado ao erário (R\$ 69.900,85, cf. Auto de Infração) e as condições socioeconômicas do réu, a prestação pecuniária deve ser fixada em 10 (dez) salários mínimos vigentes na data da sentença, tendo em vista que tal somatória atende ao princípio da individualização da pena e se mostra razoável à substituição da reprimenda imposta.

13. Apelação do réu provida em parte.

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 do réu para reduzir a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como para substituí-la por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do Código Penal), consistentes em prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos vigentes na data da sentença, a ser entregue a entidade assistencial idônea designada pelo juízo da execução penal, e prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena substituída, em instituição a ser escolhida pelo juízo da execução, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator; prosseguindo, a Turma, por maioria, decide reduzir a pena de multa para 11 (onze) dias-multa, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Nino Toldo, com quem votou o Desembargador Federal José Lunardelli, vencido o Desembargador Federal Relator, que mantinha a pena de multa de 30 dias-multa, nos termos do relatório e votos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2020.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de Apelação Criminal interposta por ALENCAR DA SILVA SANTOS, nascido em 08.10.1984, em face da r. sentença acostada às fls. 76/81, proferida pelo Exmo. Juiz Federal Substituto Márcio Cristiano Ebert (1ª Vara Federal de Araraquara/SP), que julgou PROCEDENTE o pedido formulado na inicial para CONDENAR o réu pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/1990, à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial SEMIABERTO, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Não houve substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de ALENCAR DA SILVA SANTOS nos seguintes termos (fls. 12/14):

(...)

O denunciado, consciente e voluntariamente, deixou de apresentar sua declaração de imposto de renda da pessoa física do exercício de 2008 (ano-calendário 2007), embora tivesse auferido rendimentos tributáveis no ano-calendário.

Deveras, em procedimento de fiscalização, ficou constatado que o denunciado, produtor rural, forneceu à Sucocítrico Cutrale Ltda., no ano de 2007, 110.750,70 caixas de laranja, recebendo por isso a quantia de R\$ 1.443.860,80. Tais dados foram obtidos pela autoridade fiscal perante a pessoa jurídica adquirente dos produtos.

Confrontado pelo fato e instado pela fiscalização, o denunciado apresentou, em 05.04.2012, a declaração omitida, fazendo constar tais valores. Importante destacar que a declaração apresentada após o início do procedimento fiscal não afasta a penalidade tributária nem o dolo. Ao contrário, constitui confissão.

Diante desses fatos, foi lavrado auto de infração de imposto sobre a renda da pessoa física, no valor de R\$ 203.914,76, incluindo multa de ofício e juros de mora até 04/2012. A constituição definitiva se deu em 05/2012, uma vez que não houve impugnação. Em 06/2012, o denunciado requereu o parcelamento do débito e, em 10/2012, foi excluído do sistema, tendo em vista que ficou inadimplente por três meses consecutivos.

Verifica-se de todo o narrado, que o denunciado, consciente e voluntariamente, suprimiu tributo, mediante a conduta de omitir informação às autoridades fazendárias.

Sendo assim, denuncio ALENCAR DA SILVA SANTOS como incurso no artigo 1º, I, da Lei 8.137/90, requerendo recebimento e regular processamento.

(...)

A denúncia foi recebida em 28 de abril de 2014 (fls. 15/16).

Após regular prosseguimento do feito, sobreveio a sentença publicada em 16 de fevereiro de 2016 (fl. 82).

A Defesa interpôs Apelação nos termos do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal (fl. 87). Em razões recursais, oferecidas nesta instância, o réu pleiteia sua absolvição alegando que ignorava o dever de informar suas atividades ao Fisco, bem como o de recolher tributo federal e, portanto, não teria agido com o intuito de suprimir ou reduzir tributos, fatos que ensejariam a aplicação do erro de tipo ou do erro de proibição. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base para o mínimo legal, o afastamento da reincidência ou sua compensação com a atenuante da confissão, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 104/122).

Após a apresentação das contrarrazões pelo *Parquet* Federal na Vara de origem (fls. 126/128v.), subiram os autos a esta E. Corte.

Nesta instância, o Ministério Público Federal ofertou parecer no qual opina pelo parcial provimento do apelo defensivo apenas para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau. Manifesta-se, ainda, pelo início da execução da pena (fls. 134/138v.).

Enquanto o feito aguardava julgamento nesta E. Corte, foi proferida liminar no Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n.º 1.055.941 e, considerando que a instauração do presente processo ocorreu com base no compartilhamento de informações bancárias e/ou fiscais diretamente do Fisco com o Ministério Público Federal, houve o reconhecimento de que esta Ação Penal se enquadra na hipótese de sobrestamento determinada naquela decisão proferida pela Suprema Corte (fl. 148).

Todavia, em 28.11.2019, foi concluído o julgamento do referido Recurso Extraordinário, oportunidade em que foi revogada a tutela provisória anteriormente concedida, razão pela qual o feito e o prazo prescricional retomaram seu curso normal, conforme decisão proferida à fl. 151 e v.

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

DO MÉRITO

Do crime previsto no artigo 1º da Lei n.º 8.137/1990

O réu foi condenado em primeiro grau pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/1990, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

(...)

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O crime de sonegação fiscal previsto no artigo 1º da Lei n.º 8.137/1990 exige efetivo prejuízo ao erário, mediante a supressão do tributo pelo não pagamento e a redução quando o agente recolhe a menor o valor devido, sempre mediante fraude, de modo que o resultado material decorre da prática das condutas constantes dos incisos do referido dispositivo (supressão ou redução de tributo, contribuição social e qualquer acessório).

Consoante estabelecido pela Súmula Vinculante n.º 24, é necessário o lançamento definitivo para a configuração do crime contra a Ordem Tributária estatuído no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/1990, cuidando-se, portanto, de crime material.

Para que o delito previsto no artigo 1º da legislação em comento reste perfectibilizado, não bastaria a simples omissão ou prestação de declaração falsa. Há a necessidade da efetiva supressão ou redução do tributo, exigindo-se, portanto, conduta fraudulenta, com eficácia de ofensa ao bem jurídico e efetivo prejuízo patrimonial ao erário público.

É dizer, a consumação do crime delineado no artigo 1º da referida lei somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, inclusive, a partir daí, a prescrição penal (STF, HC n.º 85051/MG, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 07.06.2005).

No caso dos autos, verifica-se que a ação fiscal se encerrou em 23.04.2012 (fl. 53 do Apenso), tendo o réu sido intimado por via postal em 03.05.2012 (fl. 56 do Apenso), não apresentando qualquer impugnação no prazo subsequente de trinta dias. Observe-se que o requerimento de parcelamento do débito ocorreu após escoado o prazo recursal, em 11.06.2012 (fl. 57 do Apenso). Nesse contexto, a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 03.06.2012, restando cumpridos os requisitos da Súmula Vinculante n.º 24.

A materialidade delitiva e a autoria não foram questionadas e restaram comprovadas pelo conjunto probatório, conforme bem fundamentou a r. sentença de primeiro grau (fls. 77/78):

(...)

No mérito, o Ministério Público Federal denunciou ALENCAR DA SILVA SANTOS pela prática do crime tipificado no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

Fundamentando-se em dados apurados em procedimento fiscal pela Receita Federal, o MPF afirmou que o contribuinte omitiu rendimentos da atividade rural e suprimiu tributos ao não apresentar sua declaração de imposto de renda pessoa física - DIRPF do exercício de 2008 (no ano-calendário 2007), embora tivesse auferido no período renda de R\$ 1.443.860,80 (um milhão e quatrocentos e quarenta e três mil e oitocentos e sessenta reais e oitenta centavos) com a venda de 110.750,709 caixas de laranja à empresa Sucocítrico Cutrale Ltda.

Calha salientar que a Receita Federal arbitrou o percentual de 20% sobre o resultado, concluindo pelo valor tributável de R\$ 288.772,15 (demonstrativo de apuração de fls. 49 do apenso). A materialidade restou comprovada pelo procedimento administrativo fiscal n. 18088.720.170/2012-07 (em apenso) e representação fiscal para fins penais n. 18088.720.173/2012-32, (fls. 03/06).

Em decorrência da omissão, a fiscalização lavrou auto de infração de R\$ 203.914,76 (duzentos e três mil e novecentos e quatorze reais e setenta e seis centavos) (Auto de Infração de fls. 47 do apenso).

Intimado pela fiscalização a informar mês a mês a receita bruta de atividade rural auferida no ano-calendário de 2007, o contribuinte juntou ao procedimento fiscal comprovante endereço (boleto de pagamento de prestação de casa financiada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano - CDHU - fls. 13 do apenso), cópia de instrumento particular de arrendamento de imóvel rural Sítio Santa Paula de 02/01/2007 (fls. 15/16 do apenso) e demonstrativo de receitas e planilhas de caixas de laranja (fls. 26/37 do apenso).

Conta do procedimento declaração da Sucocítrico Cutrale de que o réu forneceu-lhe 110.750,70 caixas de laranja em 2007, totalizando R\$ 1.443.860,80 (fls. 22 do apenso).

O réu também foi intimado pela Receita a apresentar declaração de ajuste anual do exercício 2008, já que não a havia apresentado na época devida (fls. 32 do apenso).

No procedimento administrativo (em apenso), foram juntados relatório fiscal (fls. 42/45) narrando a omissão de receitas, auto de infração (fls. 47/48), e demonstrativo de débito para inscrição em dívida ativa (fls. 70/72 do apenso), restando comprovada a materialidade.

A autoria também está comprovada, já que o réu confessou no interrogatório judicial não ter apresentado DIRPF em 2008, referente ao ano-calendário 2007. Também assumiu que nos idos de 2007 era arrendatário de terras para o cultivo de cítricos, atuando também como atravessador de frutas, que adquiria de produtores para revender por preço superior à indústria, embolsando a diferença.

Com efeito, em seu interrogatório judicial, o réu confirmou que na época dos fatos havia arrendado um pomar de laranja e vendeu a produção para a Cutrale. Contou que, além de vender a produção própria, atuava como “atravessador”, comprando e vendendo a fruta de terceiros. A intermediação consistia na maior parte do seu negócio, assegurou o réu. Afirmou que pagava em cheque e não dava recibo, porque comprava somente de produtores conhecidos seus, e confirmou que a movimentação financeira passava por sua conta pessoa-física. Alegou não ter empresa regularmente constituída. Ao ser perguntado sobre o recolhimento de tributos, declarou que “nem achava” que teria a obrigação de apresentar declaração de IR, alegando nunca ter declarado IR antes dos fatos descritos na denúncia; ressaltou que depois disso passou a declarar. Informou não ter conseguido pagar o parcelamento, o que acarretou a sua exclusão do programa.

Calha abrir um parêntese para registrar que a atuação do réu no mercado de frutas no ano de 2007 soa estranha, para dizer o mínimo. Não há dados referentes ao exercício de atividade profissional do réu antes e depois de 2007 - em seu interrogatório disse que atualmente trabalha como vendedor de suco -, mas é provável que sua carreira de atravessador de frutas para a indústria de sucos tenha se limitado àquele ano-calendário. E segundo informações prestadas pela adquirente dos produtos, em 2007 o réu vendeu à indústria mais de 110 mil caixas de cítricos, pelo que recebeu R\$ 1.443.860,80.

Tendo em vista que a propriedade arrendada pelo réu não chegava a 9 hectares, está claro que a maior parte do volume de frutas vendidas veio da atividade de atravessador. Aliás, no curso

do processo administrativo fiscal o réu informou que das mais de 110 mil caixas entregues à Cutrale, pouco mais de 20 mil decorrem do arrendamento, sendo que o restante (mais de 90 mil) foram adquiridas de outros produtores, de modo informal, sem sequer a documentação por meio de recibos.
(...)

Outrossim, não foram fornecidos elementos pelo acusado que pudessem ilidir a presunção de veracidade, legitimidade e legalidade de que goza o Procedimento Administrativo Fiscal levado a efeito pela autarquia federal, restando consolidada a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/1990.

Em se tratando de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) a apuração do valor devido é obtida com base nas informações constantes da Declaração de Ajuste Anual, cuja responsabilidade é do contribuinte e, no caso dos autos, restou claro que o réu não cumpriu o seu dever de prestar tais informações ao Fisco, o que culminou com a supressão de tributos, não pairando dúvidas sobre a autoria.

DAS TESES DEFENSIVAS

Em razões recursais o réu pleiteia sua absolvição alegando que era pessoa simples, um homem do campo, e ignorava o dever de informar suas atividades ao Fisco, bem como o de recolher tributo federal e, portanto, não teria agido com o intuito de suprimir ou reduzir tributos, fatos que ensejariam a aplicação do erro de tipo ou do erro de proibição.

Referidas teses não merecem guarida.

De início, vale ressaltar que o tipo penal descrito no artigo 1º e seus incisos, da Lei n.º 8.137/1990, prescinde de dolo específico, ou seja, de um especial estado de ânimo dirigido à sonegação fiscal. Basta o dolo genérico à sua configuração, consistente na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo por meio das condutas elencadas no dispositivo legal. Não importa o motivo pelo qual o agente foi levado à prática do crime, sendo suficiente que sua conduta se amolde ao comportamento descrito na norma.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECEITA DA PESSOA JURÍDICA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. RECONHECIMENTO DE ERRO DE PROIBIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO DEMONSTRADA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 12 DA LEI Nº 8.137/90. IMPROCEDÊNCIA. RELEVANTE VALOR SONEGADO E GRAVE DANO À COLETIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. DESTINAÇÃO DE OFÍCIO PARA A UNIÃO. APELO DESPROVIDO.

1- Imputa-se ao apelante, na qualidade de responsável pela empresa, a prática do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, por suprimir o pagamento de tributos no total de R\$1.793.949,40, mediante declaração falsa e inexata, na declaração de imposto de renda da pessoa jurídica no ano-calendário 2002.

2- Materialidade demonstrada pela prova documental coligida (extratos bancários, livro caixa, livro de saída de mercadorias, etc.) que aponta que o réu realizou as vendas escrituradas em seu livro caixa, omitindo, no entanto, tais rendimentos de sua declaração à Receita Federal. Em razão de tais omissões (declarações falsas e inexatas) foi suprimido tributo no montante de R\$1.793.949,40 (um milhão setecentos e noventa e três mil novecentos e quarenta e nove reais e quarenta centavos).

3 - A autoria restou incontestada: o conjunto probatório demonstra que o réu era o titular da empresa e único responsável pelas declarações falsas e inexatas prestadas à Receita Federal.

4 - *A alegação de ausência de dolo não convence. O dolo do tipo penal do art. 1º da Lei nº 8.137/90 é genérico, bastando, para a tipicidade da conduta, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito.*

5 - A incidência de tributos é inerente ao exercício da atividade mercantil. Além disso, o réu laborava no ramo habitualmente desde 1995, não se tratando, desse modo, de pessoa ignorante. Ademais, o art. 21, 1ª parte, do Código Penal, é expresso: “O desconhecimento da lei é inescusável.”

6 - Afastada a alegação de inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade em razão de dificuldades financeiras.

7 - Para que caracterizem a excludente, as adversidades devem ser de tal ordem que coloquem em risco a própria existência do negócio, sendo certo que apenas a impossibilidade financeira devidamente comprovada nos autos poderia justificar a omissão nos recolhimentos. No caso dos autos, no entanto, os meses nos quais houve omissão de receita foram justamente aqueles nos quais a empresa auferiu maior rendimento.

8 - Não há demonstração da impossibilidade financeira alegada no período dos ilícitos, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de provar o quanto alegado, nos termos do artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

9 - A dosimetria da pena não comporta reparos. A pena base foi fixada no mínimo legal, inexistindo atenuantes ou agravantes.

10 - A sonegação de vultosa quantia (R\$ 1.793.949,40) não é ínsita ao tipo penal, vale dizer, não consubstancia elementar da figura típica e justifica a incidência da majorante específica em comento (art. 12, I, da Lei nº 8.137/90), na terceira fase do sistema trifásico, disso não resultando *bis in idem* ou ofensa à taxatividade.

11- Mantida a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, eis que presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.

12 - Alterada, de ofício, a destinação da pena pecuniária em favor da União.

13 - Apelo desprovido.

(ACR 00126649020084036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2014) (grifei).

Verifica-se no caso em concreto que o dolo exsurge das circunstâncias fáticas, pois era dever do réu o fornecimento de informações sobre suas receitas em Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física e omitiu ao Fisco rendimentos decorrentes da atividade rural no valor de R\$ 1.443.860,80 (um milhão, quatrocentos e quarenta e três mil, oitocentos e sessenta reais e oitenta centavos), o que evidencia o intuito fraudulento de sonegar tributo, sobretudo em um cenário em que o imposto de renda suprimido originariamente correspondeu a R\$ 69.900,85 (sessenta e nove mil, novecentos reais e oitenta e cinco centavos). Após o acréscimo de juros de mora e multa o crédito tributário alcançou a cifra de R\$ 203.914,76 (duzentos e três mil, novecentos e catorze reais e setenta e seis centavos - fl. 47 do Apenso).

Em relação à tese defensiva, observe-se que, nos termos do art. 20, *caput*, do Código Penal, “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Anote-se que os crimes tributários (arts. 1º a 3º da Lei nº 8.137/1990) somente são puníveis a título de dolo, assim, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, a consequência do erro de tipo em crimes desta espécie é a atipicidade da conduta (“salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”).

A supressão ou redução do tributo incide sobre elemento constitutivo do tipo e somente seria possível se falar em erro de tipo em havendo a sonegação no recolhimento do tributo em razão de erro na interpretação tributária. Seria o caso, por exemplo, do contribuinte adotar um tipo de tributação com alíquota inferior ao sistema pretendido pelo erário, o qual, todavia, refletiria operação lícita e factível no âmbito tributário.

Não é esse o caso dos autos, pois o increpado, arrendatário de terras para o cultivo de cítricos e atravessador de frutas, que adquiria de produtores para revender por preço superior à indústria, embolsando a diferença (cf. sentença), forneceu à Sucocítrico Cutrale Ltda., no ano de 2007, mais de cento e dez mil caixas de laranja, pelas quais recebeu a quantia de R\$ 1.443.860,80 (vide informação à fl. 22 do Apenso), tendo sido por ele confirmado, em juízo, que toda essa movimentação financeira transitara por sua conta pessoa física e, neste cenário, não é crível que desconhecia a obrigação de informar seus rendimentos ao Fisco para tributação. Ainda que se considere que o réu é pessoa simples e não estava habituado a declarar imposto de renda, a transação de valores tão elevados é capaz de despertar no homem médio a percepção acerca de suas obrigações tributárias.

De outra senda, a tese defensiva sobre desconhecimento da lei repousa no artigo 21 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato não se equipara ao mero desconhecimento da lei, mas ao desconhecimento de que a conduta é contrária à legislação.

A ignorância da lei é inescusável e não se confunde com a ausência de potencial conhecimento da ilicitude, já que a consciência da ilicitude resulta da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal (STJ, RHC 4772/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T. RSTJ, v. 100, p. 287). Inclusive, para a reprovação penal, sequer é necessária a real consciência da ilicitude, bastando a possibilidade de obtê-la (consciência potencial), isto é, a possibilidade de extraí-la das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade.

A perquirição sobre a incidência de erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato nos crimes tributários pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de um acusado que tenha parcelado o débito tributário, todavia o pagamento das prestações avençadas tenha ocorrido sem a incidência da taxa SELIC, em afronta ao disposto no artigo 13 da Lei n.º 10.522/2002.

No caso em concreto, o réu alega, tão-somente, que era pessoa inexperiente, não costumava declarar seus rendimentos ao Fisco e manteve essa praxe em relação àquele ano-calendário de 2007, desconhecendo por completo a obrigação de pagar imposto de renda. Esse argumento não se enquadra na tese pretendida, tampouco se mostra aceitável diante do que constou nos autos, pois houve a negociação de valores superiores a um milhão de reais, não sendo apontada nenhuma situação que pudesse levar o increpado a acreditar que poderia se eximir do recolhimento de tributos sobre essa quantia.

Anote-se que as teses invocadas pela Defesa já foram rebatidas pela r. sentença recorrida, conforme trecho a seguir transcrito (fls. 78v./79):

(...)

A fraude restou configurada, nos termos do inciso I do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90 (omitir), já que o agente deixou de declarar receitas rurais. Na verdade, ao que parece o réu sequer apresentou declaração de imposto de renda à Receita Federal referente ao ano-calendário de 2007. Embora o réu tenha admitido que não informou seus rendimentos à Receita Federal no ano de 2007, justificou a omissão na alegação de que não tinha conhecimento da obrigação de prestar contas ao fisco. Essa tese foi encampada pela Defesa técnica, que sustentou a ocorrência de erro de tipo ou erro de proibição, já que o acusado ALENCAR é pessoa inexperiente e desavisada quanto ao tema tributação.

Essas escusas não se sustentam.

A configuração do erro de proibição depende da demonstração cabal de que o agente desconhecia por completo o caráter ilícito de sua conduta. Por sua vez, o erro de tipo configura-se por uma falsa percepção da realidade.

Já se disse nesta sentença que o volume de operações levadas a efeito pelo réu no ano de 2007 traz em si a suspeita de que outras pessoas poderiam estar por trás desse negócio, mas isso em razão da aparente falta de cacife financeiro do réu para levar à frente as operações de compra e venda de frutas no ano de 2007, e não por conta de uma autoproclamada ingenuidade. Com efeito, a noção da obrigação de pagar impostos está ao alcance de qualquer pessoa, de modo que não é crível que o réu acreditasse com sinceridade que não tinha estava obrigado a declarar imposto de renda no ano em que vestiu a camisa de citricultor e, por conta dessas atividades, movimentou mais de um milhão de reais, de modo que insubsistente a alegação de erro de proibição.

Da mesma forma, e pelas mesmas razões, não se pode afirmar que o réu omitiu os rendimentos em razão de uma falsa percepção da realidade, acreditando que sua atividade de atravessador não gerava a incidência de imposto de renda.

(...)

Além disso, conforme consignado pelo *Parquet* Federal, “o dever de pagar imposto é de conhecimento de todos, não sendo crível a alegação de que o réu desconhecia essa obrigação. Além disso, para o reconhecimento do erro de proibição e do erro de tipo se faz necessária a prova cabal das situações descritas, a qual recai sobre a defesa, nos termos do artigo 156 do CPP. Uma vez que não foram trazidas provas das alegações, não pode se fazer incidir estes institutos” (trecho extraído do Parecer à fl. 12v.).

Sendo assim, restou demonstrado pelo conjunto probatório carreado aos autos que o réu agiu deliberadamente com o intuito de sonegar tributos, a partir da não entrega da declaração de imposto de renda, incorrendo na conduta elencada no inciso I do artigo 1º da Lei n.º 8.137/1990.

Nesta toada, comprovados materialidade, autoria e elemento subjetivo, deve ser mantida a condenação do increpado nos termos aludidos na sentença recorrida.

DA DOSIMETRIA DA PENA

O cálculo da pena deve atentar aos critérios dispostos no artigo 68 do Código Penal, de modo que, na primeira etapa da dosimetria, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o magistrado deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, a partir de uma análise individualizada e simultânea de todas as circunstâncias judiciais.

Na segunda fase de fixação da pena, o juiz deve considerar as agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 a 66, todos do Código Penal.

Finalmente, na terceira etapa, incidem as causas de diminuição e de aumento da pena. Atento a estes elementos o sentenciante efetuou a dosimetria nos seguintes termos (fls. 79/81):

(...)

Passo a dosar a pena.

As circunstâncias judiciais demonstram que a culpabilidade do acusado ALENCAR se insere no grau médio.

No que diz respeito aos antecedentes, a primeira observação que se faz é que o réu possui duas condenações transitadas em julgado.

A primeira refere-se ao processo 0001963-10.2006.8.26.0236, Ordem n. 2011/001187, da Vara Criminal do Foro da Comarca de Ibitinga/SP, por fato ocorrido em 06/01/2006, tipificado no art. 304 do CP. Nesse processo o réu foi condenado à pena de dois anos de reclusão em regime aberto, sendo que a sentença transitou em julgado em 30/09/2011 (fls. 73/74).

A segunda condenação resulta do processo 0003411-60.2012.8.26.0236, Ordem n. 2012/000738, da Vara Criminal do Foro da Comarca de Ibitinga/SP, por fato ocorrido em 01/05/2012 e tipificado no art. 129, 9º, do CP. Nesse caso, o réu está condenado por decisão definitiva que transitou em julgado em 26/01/2015 (certidão - fls. 71).

Conforme já dito em outro momento, a Súmula Vinculante nº 24 do STF estabelece que “Não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Com isso se quer dizer que independentemente do momento em que praticada a conduta que configurou a fraude que resultou na sonegação fiscal (a omissão no caso dos autos), o crime só restará consumado na data do lançamento definitivo.

Dado que o crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990 é material, faz todo sentido entender que sua configuração depende da comprovação da supressão ou redução do tributo, o que só se tem por configurado após o lançamento definitivo do débito pela autoridade fiscal. Ainda assim, tenho certa dificuldade em aceitar a solução preconizada pela súmula vinculante nº 24, que é bom que se diga, não pode ser qualificada como ponto de inflexão na matéria, uma vez que apenas consagrou entendimento consolidado na jurisprudência. No meu sentir, o principal problema dessa orientação é que ela se afasta da regra básica do Código Penal para a identificação da consumação do crime, segundo a qual considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (art. 4º do CP). Aplicada essa mecânica ao crime de sonegação fiscal, a consumação do delito deveria ser o momento em que praticado o ato fraudulento que permitiu a supressão ou redução do tributo, vale dizer, o momento em que o agente, omitiu informação, prestou declaração falsa, inseriu elementos inexatos em documento ou livro exigido pela lei fiscal ..., em suma, praticou qualquer das condutas descritas nos incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/1990. Se a confirmação de que essas condutas resultaram na ocorrência de redução ou supressão de tributos depende do lançamento definitivo, é se de supor que esse ato constitui uma condição objetiva de procedibilidade, mas não deveria, a meu juízo, interferir na identificação do momento em que o crime foi praticado.

Contudo, atualmente essa questão não comporta mais discussão, mas quando muito solilóquios de vagas pretensões acadêmicas, como o do parágrafo anterior. A edição de súmula vinculante sobre a matéria é um dado da realidade que se impõe, de modo que o que resta ao operador é trabalhar com a compreensão de que o crime se consumou na data em que constituído o crédito tributário.

Aplicada essa diretriz ao caso concreto, percebe-se que a condenação imposta no processo nº 001963-10.2006.8.26.0236 deve ser valorada como reincidência, uma vez que o trânsito em julgado da condenação (30/09/2011) é anterior à constituição definitiva do crédito tributário que resultou nesta ação penal, embora seja posterior à omissão por meio da qual se suprimiu imposto de renda.

Já a condenação referente ao processo nº 0003411-60.2012.8.26.0236 não forja reincidência, mas sim antecedentes. Assim se dá porque o fato delituoso que resultou na condenação ocorreu antes da consumação do crime ora enfocado, mas o trânsito em julgado só se implementou depois.

Prosseguindo na análise das circunstâncias judiciais, avalio que as consequências do crime devem ser valoradas de forma negativa em razão do prejuízo suportado pelo fisco, que superou um milhão de reais, cifra deveras expressiva para a sonegação de imposto de renda de pessoa física. As circunstâncias não trazem particularidades dignas de nota. O motivo alegado foi o desconhecimento da norma, escusa afastada nesta sentença. O comportamento da vítima foi indiferente para a prática do delito. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a conduta social e personalidade do agente.

Assim, havendo duas circunstâncias desfavoráveis ao réu - antecedentes e consequências do crime - fixo a pena-base um pouco acima do mínimo, em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Presente a atenuante da confissão (art. 65, III, "d", do Código Penal) e a agravante da reincidência (art. 61, I do CP). De acordo com o art. 67 do Código Penal, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve se aproximar do limite indicado pela circunstância preponderante, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Assim, considerando que no caso concreto a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão, não há como esta neutralizar por completo a aplicação daquela. Em vez disso, a solução consiste em atenuar o rigor da agravante da reincidência por conta da atenuante da confissão. Tomada isoladamente, a reincidência deveria implicar num aumento da pena-base de no mínimo 1/6. No entanto, em razão da atenuante da confissão, limito o aumento decorrente da reincidência em 1/8, o que resulta na pena provisória de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Não há outras causas de aumento nem de diminuição, por isso, fixo a pena privativa de liberdade definitiva em 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Condeno o réu também ao pagamento de 30 dias multa, fixado o dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente em maio de 2012. Tendo em vista a reincidência, o regime inicial para o cumprimento da pena será o semiaberto (art. 33, 2º, "c" do CP). Também em razão da reincidência, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

Em sede de Apelação o acusado requer a redução da pena-base para o mínimo legal, o afastamento da reincidência ou sua compensação com a atenuante da confissão, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O apelo defensivo merece parcial acolhida.

Ao contrário do argumentado na sentença, o prejuízo originário causado pelo réu ao erário foi de R\$ 69.900,85 (sessenta e nove mil, novecentos reais e oitenta e cinco centavos), conforme se confere no Auto de Infração acostado à fl. 47 do Apenso. Embora não se trate de valor irrisório, referida quantia não justifica a majoração da pena-base acima do mínimo legal, conforme entendimento adotado por esta E. Décima Primeira Turma, devendo ser excluída essa circunstância na análise da dosimetria.

De outra senda, deve ser mantido o vetor dos maus antecedentes reconhecido pelo Juízo *a quo*. Com efeito, o registro criminal acostado à fl. 71, traz a informação de que o réu foi condenado nos autos nº 0003511-60.2012.8.26.0236, pela prática do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal, cujos fatos remontam a 01.05.2012, ou seja anteriores aos tratados nestes autos (constituição do crédito tributário em 03.06.2012 - fl. 56 do Apenso), cujo trânsito em julgado perfizera-se em 26.01.2015.

Não obstante a exclusão de um dos vetores negativos, a subsistência de uma única circunstância negativa (maus antecedentes) justifica a manutenção da pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

O Código Penal não estabelece patamares para as circunstâncias judiciais previstas em seu artigo 59, de modo que, a princípio, mostra-se possível o aumento da pena base até o seu limite máximo em razão de uma única circunstância considerada desfavorável. Nesse sentido, transcrevo o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Na hipótese, analisando o aumento da pena-base efetivado pelo magistrado e mantido pelo eg. Tribunal de origem, a r. sentença condenatória evidenciou, com base em dados empíricos, o desvalor das consequências do crime, quais sejam: “Quanto às consequências, verifico que as lesões provocadas na vítima resultaram em incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, conforme atesta o auto de exame de corpo de delito de fl. 305-A.

Considero essas circunstâncias algo de excepcional no contexto dos fatos, e compreendo que não estão valoradas automaticamente no tipo penal do homicídio tentado, levando-se em conta que uma tentativa de homicídio pode não resultar em lesões corporais (no caso de tentativa branca), e mesmo uma tentativa cruenta pode resultar em lesões menos graves ou duradouras- Isso exige aumento de pena nesta fase, em um ano de reclusão.” Desse modo, não há que se falar em ilegalidade na exasperação da reprimenda-base, porquanto demonstrado as consequências do crime desfavoráveis ao paciente, o que exige resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Precedentes.

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que “A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.” (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). No presente caso, em relação ao *quantum* de exasperação na primeira fase da dosimetria, não há desproporção na reprimenda-base aplicada, porquanto existe motivação particularizada, vinculada à discricionariedade e à fundamentação da r. sentença, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

IV - Em relação à fração da tentativa, observa-se que as instâncias ordinárias destacaram a adequação da fração mínima aplicada, levando em conta o critério do *iter criminis*, que foi substancialmente percorrido e chegou muito próximo da consumação, uma vez que o paciente: “acertou a vítima com dois tiros, um na região axilar, outro na região do abdômen, tendo percorrido os atos executórios à integralidade. Por outro lado, entendo que também deve ser sopesada, neste quesito, a proximidade de violação ao bem jurídico protegido (a ofendida correu risco de morte). Assim, dadas as peculiaridades do caso, correta a redução da repri-

menda no patamar de 1/3 da pena.” Portanto, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera idôneo, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido. Ademais, a alteração da fração correspondente à tentativa exigiria o reexame do *iter criminis* percorrido pela agente, o que é inviável nesta sede, de cognição sumária, onde é vedado o exame aprofundado das provas.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (grifei)

(HC 426.444/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018).

Cumpra anotar entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça em precedente no qual autoriza, inclusive, que, diante do efeito devolutivo amplo da Apelação, instada a rever a individualização da pena, a Corte reavalore negativamente novas circunstâncias, desde que a situação final do réu não seja agravada. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REVALORAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. PENA-BASE MANTIDA. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR DA RES FURTIVA. ACRÉSCIMO FUNDAMENTADO. INOVAÇÃO RECURSAL. VEDAÇÃO. *WRIT* DO QUAL NÃO SE CONHECEU. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte de origem, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e a rever a individualização da pena, seja para manter ou para reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

2. Na hipótese, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta na primeira fase foi mantida.

3. A respeito da avaliação negativa das consequências do delito, de acordo com os precedentes desta Corte Superior, o valor do prejuízo nos crimes patrimoniais somente pode ser considerado para elevar a pena-base quando a lesão se revele exacerbada, transcendendo as consequências normais descritas para o tipo penal violado.

4. No caso concreto, do fundamento indicado em primeira instância, ou seja, de que “a estimativa do prejuízo é superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (e-STJ fl. 167), e considerando que “as vítimas não recuperaram os seus bens” (e-STJ fl. 242), denota-se a excepcionalidade do valor da res furtiva, justificando-se a avaliação negativa das consequências do crime.

5. É inviável a análise de pretensão não veiculada no *habeas corpus* impetrado nesta Corte, e por tal razão não analisada no decisum singular, mas somente trazida à discussão em agravo regimental, por tratar-se de inovação recursal.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 529.483/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 20/04/2020).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ART. 213 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA.

POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA BASILAR. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A questão acerca do afastamento dos maus antecedentes não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

2. No presente caso, o magistrado considerou desfavoráveis ao recorrente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e as consequências do crime. A Corte de origem, por sua vez, apesar de excluir a culpabilidade, a personalidade e as consequências do crime e acrescentar como desfavorável as circunstâncias do crime, manteve inalterada a pena-base. Nesse ponto, inexistente a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1632311/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020, DJe 16/04/2020).

Na segunda fase o r. Juízo *a quo* corretamente reconheceu a incidência da reincidência. Com efeito, nos autos n.º 0001963-10.2006.8.26.0236, o réu foi condenado por crime de uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal), praticado em 06.01.2006, com trânsito em julgado para o réu em 30.09.2011 (vide registro acostado à fls. 73/74). Tendo em vista que a constituição do crédito tributário do presente feito ocorreu em 03.06.2012 (fl. 56 do Apenso), conforme já abordado acima, justifica-se a aplicação dessa agravante.

Da mesma forma agiu corretamente o sentenciante ao reconhecer a atenuante da confissão, porquanto o réu, confirmou em seu interrogatório judicial que arrendou um pomar de laranja e vendeu a produção para a Cutrale, não tendo declarado essa operação ao Fisco.

Todavia, não efetuou a compensação entre ambas, ponto de insurgência do recurso defensivo que merece acolhida, pois em sede de recurso repetitivo (EREsp nº 1.341.370/MT) em 10/04/2013, a Terceira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância, sendo possível a compensação integral entre confissão e reincidência:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido.

(REsp nº 1.341.370/MT, 3ª Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17/04/2013).

Nesse contexto, deve ser mantida a pena privativa de liberdade até então fixada (02 anos e 04 meses), a qual se torna definitiva em razão da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

No que tange à pena de multa, a aplicação do critério da proporcionalidade, adotado por este Julgador, implicaria em fixação de reprimenda acima do estabelecido pelo magistrado, o que resta vedado ante o exclusivo recurso da defesa. Sendo assim, devem ser mantidos os 30 (trinta) dias-multa no valor unitário mínimo legal.

Em atenção à existência de circunstância judicial negativa, bem como do reconhecimento da reincidência, deve ser mantido o regime inicial de cumprimento SEMIABERTO, conforme estabelecido pelo r. Juízo *a quo*.

A despeito disso, entendo que no caso em análise se encontram presentes os requisitos que permitem a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do Código Penal), consistentes em prestação pecuniária a ser entregue a entidade assistencial idônea designada pelo Juízo das Execuções Penais, e prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena substituída, em instituição a ser escolhida pelo Juízo da Execução.

No tocante ao valor da prestação pecuniária, deve-se observar que o artigo 45, §1º, do Código Penal, dispõe que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 01 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Assim, considerando o prejuízo causado ao erário (R\$ 69.900,85, cf. Auto de Infração à fl. 47 do Apenso) e as condições socioeconômicas do réu, a prestação pecuniária deve ser fixada em *10 (dez) salários mínimos* vigentes na data da sentença, tendo em vista que tal somatória atende ao princípio da individualização da pena e se mostra razoável à substituição da reprimenda imposta.

DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Postulou a Procuradoria Regional da República a execução provisória da pena tão logo esgotadas as vias ordinárias.

Ocorre, entretanto, que o C. Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 07 de novembro de 2019, por maioria de votos, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, entendeu por bem firmar posicionamento no sentido de que o art. 283 do Código de Processo Penal (Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva) é constitucional, razão pela qual somente se mostra possível a prisão para fins de cumprimento de pena após a sobrevivência do trânsito em julgado do édito penal condenatório - ademais, o mencionado C. Tribunal assentou entendimento segundo o qual a prisão antes de formada a coisa julgada deve estar fincada nas hipóteses legais que permitem a segregação cautelar.

À luz de que provimentos exarados em sede de controle abstrato de constitucionalidade possuem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal), cumpre aderir ao novel posicionamento firmado sobre a matéria oriundo do C. Supremo Tribunal Federal, o que culmina no indeferimento do pleito formulado pelo Ministério Público Federal oficiante junto a este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU para reduzir a pena privativa de liberdade para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como para substituí-la por duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do Código Penal), consistentes em prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos vigentes na data

da sentença, a ser entregue a entidade assistencial idônea designada pelo Juízo das Execuções Penais, e prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena substituída, em substituição a ser escolhida pelo Juízo da Execução, mantendo-se, no mais a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO: Divirjo do e. Relator, com a devida vênia, quanto à pena de multa, pois, conforme precedentes desta Turma, sua fixação deve se dar de forma proporcional à pena privativa de liberdade, seguindo os mesmos parâmetros e frações de majoração e de redução.

Assim, seguindo os mesmos parâmetros utilizados pelo e. Relator na dosimetria da pena privativa de liberdade, refaço a dosimetria da pena de multa para fixá-la em 11 (onze) dias-multa.

Posto isso, divirjo do e. Relator para DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do acusado ALENCAR DA SILVA SANTOS em maior extensão, apenas para reduzir a pena de multa para 11 (onze) dias-multa, acompanhando-o em todo o mais.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator para o Acórdão

VOTO-VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Cuida o caso, consoante relatório da lavra do e. Des. Fed. FAUSTO DE SANCTIS, ao qual me reporto para fins descritivos, de Apelação Criminal interposta por ALENCAR DA SILVA SANTOS em face da r. sentença de fls. 76/81, por meio da qual o ora recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/1990, à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial SEMIABERTO, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, sem substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Pedi vista dos autos para analisar mais detidamente o conjunto probatório.

Após apreciar as provas amealhadas aos autos, acompanho integralmente as conclusões do e. Relator no que tange à manutenção da condenação do réu.

Peço vênia ao e. Relator para divergir de seu judicioso voto apenas quanto à pena de multa, que fixo em 11 (onze) dias-multa, a fim de que guarde com a pena corporal a devida proporção.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, divirjo do e. Relator para DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do acusado ALENCAR DA SILVA SANTOS em maior extensão, apenas para reduzir a pena de multa para 11 (onze) dias-multa, acompanhando-o em todo o mais.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELAÇÃO CRIMINAL

0007988-38.2014.4.03.6119

Apelantes: ANDRÉ MONETTI MISSIAS E WANDERLEY MISSIAS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/01/2021

EMENTA

PENAL. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997. CRIME DE DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE TELECOMUNICAÇÕES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. TIPICIDADE. COMPROVAÇÃO DE INTERFERÊNCIA EM ATIVIDADES REGULARES DE TELECOMUNICAÇÃO. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. VETOR PERSONALIDADE. AFASTADO. ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL (SER O AGENTE MAIOR DE 70 ANOS NA DATA DA SENTENÇA). REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUSPENSÃO CONDI-CIONAL DA PENA. APELAÇÃO DA DEFESA DE UM DOS CORRÉUS DESPROVIDA. APELAÇÃO DA DEFESA DO OUTRO CORRÉU PARCIALMENTE PROVIDA.

- O desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação é delito de natureza formal, sendo prescindível resultado naturalístico para a sua consumação, razão pela qual não se mostra necessário que a conduta do agente cause efetivo prejuízo a outrem (embora, nessa hipótese, a lei estabeleça que a pena deva ser aumentada).

- Trata-se de crime de perigo abstrato, cuja lesividade é presumida, ou seja, para a sua caracterização, basta a comprovação de que o agente desenvolveu atividade de telecomunicação sem a devida autorização do órgão competente, já que a lei traz uma presunção *juris et de jure* de que tal conduta gera perigo, isto é, compromete, por si só, a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país.

- A jurisprudência pátria rechaça a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (a fim de excluir a tipicidade material da conduta) na senda de crimes contra as telecomunicações.

- Em decorrência das características apontadas (crime formal e de perigo abstrato, não exigindo para a sua consumação resultado naturalístico), a comprovação da materialidade delitiva prescinde da realização de exame pericial e, portanto, despidiend a apreensão dos equipamentos, sendo plenamente possível a prolação de uma condenação acaso as provas constantes dos autos referendem a execução da prática infracional.

- Tem-se que autoria e materialidade delitivas, além do elemento subjetivo do tipo, restaram bem delineados em relação a ambos os acusados.

- Por se tratar de crime formal e de perigo abstrato, portanto sem exigência de resultado naturalístico, a despeito da falta de apreensão dos equipamentos de transmissão, não pode ser afastada a materialidade do crime em análise. Isso porque toda a documentação elaborada pela autoridade administrativa reguladora da atividade e corroborada pelas demais provas dos autos, principalmente a prova oral, produzida sob o manto do contraditório e ampla defesa, comprovam o efetivo funcionamento da rádio clandestina.

- Testemunha de acusação, agente da ANATEL, confirmou a potencialidade lesiva dos equipamentos de transmissão, afirmando que, apesar de esporádica, há interferências em aeronaves.

- O conjunto probatório demonstra não se tratarem de gravações isoladas, ou feitas por terceiro indivíduo para a divulgação da associação dos acusados, mas sim revelam produção de gravação de programação das rádios de cunho religioso. A alegação dos acusados de suposto amadorismo e simplicidade das gravações não se sustenta se confrontados com o conteúdo dos áudios das mesmas. Verifica-se o funcionamento de uma verdadeira rádio, que intercala programação musical com divulgações religiosas, além de insistir na divulgação dos telefones e endereços para atendimento pessoal dos ouvintes.

- As ações de instalar, desenvolver e/ou utilizar serviços de telecomunicações, sem prévia autorização do órgão competente, configuram o crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. Observa-se, com efeito, que o crime se consuma no momento da realização da conduta prevista no tipo penal. Conjunto probatório no sentido de que os réus eram locutores de programas religiosos via rádio, em frequências específicas, e sem autorização da ANATEL.

- O bem jurídico aqui tutelado é a segurança das telecomunicações, uma vez que a radiodifusão e o uso de aparelhos de telecomunicação de forma clandestina podem gerar interferência em serviços regulares de rádio e televisão, bem como as comunicações de órgãos oficiais (como polícia, navegação marítima ou aérea).

- Dosimetria da pena. O cálculo da pena deve ater-se aos critérios dispostos no artigo 68 do Código Penal, de modo que, na primeira etapa da dosimetria, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o magistrado deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, a partir de uma análise individualizada e simultânea de todas as circunstâncias judiciais. Na segunda fase de fixação da pena, o juiz deve considerar as agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 a 66, todos do Código Penal. Finalmente, na terceira etapa, incidem as causas de diminuição e de aumento da pena.

- Quanto ao vetor “personalidade”, cumpre esclarecer que é controversa na doutrina a possibilidade de o julgador valorá-lo sem auxílio técnico, uma vez que se trata de conceito que envolve outras ciências como psicologia e psiquiatria e que requer avaliação da índole e do caráter do agente. Não obstante, entende-se que a “personalidade” do agente pode ser aferida pelo julgador a partir de seu modo de agir, ou seja, avaliando-se a *agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade* eventualmente demonstradas na consecução do delito (STJ, 5ª Turma, HC 50331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06.08.2007, pág. 550), mas desde que existam nos autos elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Portanto, a personalidade refere-se ao modo de agir do autor do crime, não podendo ser deduzida automaticamente do histórico criminal do réu.

- Da forma como aplicadas as causas da segunda fase da dosimetria (reincidência e atenuante referente à idade do agente), verifica-se que o juízo de origem acabou por dar valoração superior à agravante em detrimento da atenuante. Hipótese em que não

deve haver prevalência entre elas, restando compensadas a agravante e a atenuante na pena de um dos corréus. Entendimento sufragado pelo STJ no REsp 1341370/MT (representativo da controvérsia).

- Uma vez que condenado um dos corréus a uma pena na casa de 02 (dois) anos de detenção, o que, em tese, admitiria a imposição do regime aberto como inicial de cumprimento da reprimenda, porém consta dos autos prova de sua reincidência, donde se infere que o regime deve ser adequado ao SEMIABERTO tendo em vista que a hipótese dos autos se encaixa perfeitamente ao Enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis a circunstâncias judiciais*. (Súmula 269/STJ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135).

- Embora o preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/1997 determine a aplicação de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é consolidado o entendimento, nesta Corte, no sentido de que a pena de multa estabelecida na Lei nº 9.472/1997 viola o princípio da individualização da pena. Inclusive, em sessão de julgamento realizada em 29.06.2011, o Órgão Especial desta Corte declarou, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº. 0005455-18.2000.4.03.6113, a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00”, a qual consta do preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/1997.

- É vedada a suspensão condicional da pena, nos exatos termos do artigo 77, inciso I, do Código Penal, na medida em que, havendo a reincidência, não há os requisitos necessários à sua concessão.

- Inexistência de insurgência quanto à dosimetria da pena do outro corréu, tendo sido fixada no mínimo legal, e sem qualquer ilegalidade.

- Apelação da Defesa de um corréu a que se nega provimento.

- Apelação da Defesa do outro corréu a que se dá parcial provimento

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à Apelação de ANDRÉ MONETTI MISSIAS e DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de WANDERLEY MISSIAS, reduzindo sua pena para 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial SEMIABERTO, e 10 (dez) dias-multa, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte da integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Trata-se de ação penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de ANDRÉ MONETTI MISSIAS, nascido em 07.11.1981, e WANDERLEY MISSIAS, nascido em 28.11.1944, pela prática do crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

Inicialmente, em decisão proferida aos 22.01.2015, foi rejeitada a denúncia por falta de justa causa para o exercício da ação penal, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 134/136-verso - publicada em 23.01.2015). Interposto Recurso em Sentido Estrito pelo Ministério Público Federal (fls. 139/149), em juízo de retratação, datado de 18.05.2015, ficou mantida a decisão *por seus próprios e jurídicos fundamentos* (fl. 167).

Em decisão proferida em 15.12.2015 (fls. 188/190-verso), a 11ª Turma deste Tribunal Regional Federal, por unanimidade, deu provimento ao recurso ministerial para determinar o recebimento da denúncia e dar regular prosseguimento ao feito.

A denúncia foi recebida pelo Juízo de origem em 15.06.2016 (fls. 194/195).

Narra a denúncia (fls. 127/131):

(...)

André Moretti Missias e Wanderley Missias, ao menos até 03 de abril de 2013, agindo de forma livre e consciente, desenvolveram atividade clandestina de telecomunicação ao se utilizarem aleatoriamente dos espectros de radiofrequência 101,5, 101,1 e 106,5 MHz, a partir da mata do Parque Estadual da Cantareira, em Mairiporã/SP, sem a competente autorização legal.

Extraí-se dos autos que, em razão de denúncia registrada no serviço de fiscalização da Agência Nacional de Telecomunicação - ANATEL, foi identificado o uso não autorizado de radiofrequências na faixa de radiodifusão FM, em meio à mata do Parque Estadual da Cantareira.

Diante disso, os agentes da ANATEL gravaram as programações das rádios clandestinas que operavam nas frequências 101,5, 101,1 e 106,5 MHz, conforme Relatórios de Rádio Monitoração de fls. 16, 33, 47 e 61, e áudios gravados na mídias de fls. 24, 38, 52 e 66, e constataram que se tratava de programação de cunho religioso, em que o atendimento era realizado, entre outros, por “Pai Andrés” e “Professor Euclides”, identificados posteriormente como sendo André Monetti Missias e Wanderley Missias, respectivamente.

Com efeito, de acordo com os Relatórios de Fiscalização de fls. 17/22, 34/37v, 48/51v e 61/65v, os denunciados são os responsáveis pelos telefones e endereço anunciados na programação da emissora clandestina, sendo repetidos diversas vezes ao longo da programação.

André Monetti Missias foi identificado como o responsável pela linha telefônica 2031-1827, instalada no endereço Professor Antonio Gama de Cerqueira, 37, Vila Americana, São Paulo/SP, local onde eram prestados os atendimentos religiosos pelos denunciados.

Por seu turno, Wanderley Missias foi identificado como o responsável pela linha telefônica 4726-1762, também instalada no endereço acima mencionado.

Tais números de telefone e endereço eram constantemente anunciados durante e programação na rádio clandestina, entremeados por músicas sertanejas.

Em decorrência de tal apuração foram lavrados os Autos de Infração nº 0026SP20130124 (fl. 15/v), 0027SP20130124 (fl. 32/v), 0028SP20130124 (fl. 46/v) e 0029SP20130124 (fl. 60/v) em desfavor dos denunciados, pelo ‘uso não autorizado de radiofrequência, ocupando e em usufruto das frequências 101,5, 101,1 e 106,6 MHz através do serviço de radiodifusão sonora em FM’.

Cumprir destacar ainda que os agentes da ANATEL procederam à localização das emissoras clandestinas de frequências 101,5, 101,1 e 106,5 MHz, em meio à mata do Parque Estadual da Cantareira. Todavia, quando da chegada dos agentes, certamente avisados por olheiros, dado o grau de organização que o delito atingiu, o transmissor foi desligado e removido, impedindo a localização e a efetiva apreensão e interrupção dos equipamentos de transmissão.

Ouvido em sede policial, o denunciado André Monetti Missias afirmou que entre os anos de 2011 e 2012, conheceu um publicitário de nome ‘Cesar’, através da Associação Espírita ‘Canto dos Anjos’, pertencente a seu pai, o ora denunciado Wanderley Missias. Tal publicitário propôs ao declarante que gravasse um texto para divulgação em rádios comunitárias, oportunidades em que recebeu o apelido de ‘Pai Andrés’, porém, disse que nunca prestou atendimento espiritual. Afirmou não saber quem são os responsáveis pelas rádios clandestinas que operavam nas frequências 101,5, 101,1 e 106,5 MHz (fl. 109).

Por sua vez, o denunciado Wanderley Missias afirmou que possuía um escritório de atendimento espiritual denominado 'Canto dos Anjos', localizado na Rua Brás Cubas, 516-A, em Mogi das Cruzes. Disse que é conhecido como 'Pai Euclides', sendo que antigamente era chamado de 'Professor Euclides'. Contou que as gravações veiculadas na rádio clandestina foram realizadas por um indivíduo de nome 'César Cassiano', que disse que iria transmiti-las em rádios comunitárias de Mogi das Cruzes. Afirmou desconhecer os responsáveis pela rádio clandestina que operava na frequência 106,5 MHz (fl. 110).

II - MATERIALIDADE DELITIVA

A materialidade do delito, descoberto em virtude da atividade de fiscalização da ANATEL, restou demonstrada, em especial, pelos seguintes documentos: Termo de Representação de fls. 14, 31, 45 e 59; Autos de Infração de fls. 15/v, 32/v, 46/v e 60/v; Relatórios de Rádio Monitoração de fls. 16, 33, 47 e 61; Relatórios de Fiscalização de fls. 17/22, 34/37v, 48/51v, 62/65v; mídias de fls. 24, 38, 52 e 66, contendo os registros e gravações.

Inexoravelmente, aludidos documentos comprovam que André Monetti Missias e Wanderley Missias desenvolveram de forma clandestina atividades de telecomunicações, sem qualquer autorização da ANATEL, oferecendo risco de dano aos diversos tipos de serviços alocados no espaço radioelétrico em que atuavam, tais como serviço aeronáutico.

III - AUTORIA

Quanto à autoria delitiva, constata-se pela farta documentação produzida pela ANATEL que as rádios clandestinas eram utilizadas pelos denunciados para anunciar os telefones e endereço do local onde prestavam atendimento religioso.

(...)

A sentença proferida pela Juíza Federal Substituta Etiene Coelho Martins (4ª Vara Federal de Guarulhos/SP - fls. 289/298-verso), e declarada em 22.02.2017 (publicada em - fl. 22.02.2017 - fls. 308/308-verso), julgou procedente a ação penal para *condenar* ANDRÉ MONETTI MISSIAS e WANDERLEY MISSIAS pela prática do crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, respectivamente, às penas de *02 (dois) anos de detenção, em regime ABERTO, e 10 (dez) dias-multa, e 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, em regime FECHADO, e 11 (onze) dias-multa*, em ambos os casos restou fixado cada dia-multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato.

A r. sentença substituiu a pena privativa de liberdade do acusado ANDRÉ MONETTI MISSIAS por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: *prestação de serviços à comunidade* em entidade a ser indicada pelo juízo das execuções, pelo período de pena privativa de liberdade imposta e em tempo não inferior a sete horas semanais; e *prestação pecuniária*, no valor de 05 (cinco) salários mínimos, também em favor de entidade pública a ser designada pelo juízo da execução (fl. 298).

Quanto ao acusado WANDERLEY MISSIAS, a r. Sentença condenatória deixou de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade em razão de sua reincidência, nos termos do artigo 44, II, do Código Penal (fl. 298-verso).

Apela a Defesa do corréu WANDERLEY MISSIAS requerendo, em síntese, sua absolvição por falta de provas da autoria e materialidade, afirma não ter o réu realizado o núcleo do tipo penal, bem como entende não comprovada a interferência de sinais nos equipamentos ou a potencial lesividade da conduta. Também pleiteia a aplicação do Princípio da Insignificância. Subsidiariamente, requer o aumento na redução da pena decorrente da aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (ser o agente maior de 70 anos na data da

sentença), regime inicial mais brando e a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77, §2º, do Código Penal (fls. 313/325).

A Defesa do acusado ANDRÉ MONETTI MISSIAS, por seu turno, requer a absolvição do apelante por ausência de provas de sua autoria ou materialidade. Afirma que não pode ser atribuída a titularidade das rádios ao apelante. Entende não comprovada a interferência causada pela atividade ou a potencial lesividade da conduta. Também requer a aplicação do Princípio da Insignificância. Por fim, também defende que o corréu não haveria praticado o núcleo do tipo penal (fls. 326/339).

Em suas contrarrazões, requer o Ministério Público Federal o improvimento das apelações interpostas (fls.343/355).

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento dos Apelos Defensivos (fls. 357/362).

É o relatório.

Sujeito à Revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

Os réus ANDRÉ MONETTI MISSIAS e WANDERLEY MISSIAS foram condenados pela prática do delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, *in verbis*:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

De acordo com a denúncia, na data de 03.04.2013, constatou-se que os réus ANDRÉ MONETTI MISSIAS e WANDERLEY MISSIAS desenvolviam clandestinamente atividade de telecomunicações, na modalidade radiodifusão sonora, sem a devida autorização do órgão regulador competente (fls. 127/131).

Em razões de Apelação, a Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS pugna por sua absolvição por falta de provas da autoria e materialidade, afirma não ter o réu realizado o núcleo do tipo penal, bem como entende não comprovada a interferência de sinais nos equipamentos. Requer a aplicação do Princípio da Insignificância. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena na aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (ser o agente maior de 70 anos na data da sentença), regime inicial mais brando e a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77, §2º, do Código Penal (fls. 313/325).

A Defesa do acusado ANDRÉ MONETTI MISSIAS, por seu turno, requer a absolvição do apelante por ausência de provas de sua autoria ou materialidade. Afirma que não pode ser atribuída a titularidade dos rádios ao apelante. Entende não comprovada a interferência causada pela atividade. Requer a aplicação do Princípio da Insignificância. Por fim, também defende que o corréu não haveria praticado o núcleo do tipo penal (fls. 326/339).

Portanto, a análise da Apelação cinge-se aos temas devolvidos.

DO CRIME DE DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES - ART. 183 DA LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997 - DELITO FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS: DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DOS EQUIPAMENTOS SE AS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS DENOTAM A PRÁTICA DELITIVA

Com efeito, cumpre destacar, de início, que o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação é delito de natureza formal, sendo prescindível resultado naturalístico para a sua consumação, razão pela qual não se mostra necessário que a conduta do agente cause efetivo prejuízo a outrem (embora, nessa hipótese, a lei estabeleça que a pena deva ser aumentada).

Além disso, trata-se de crime de perigo abstrato, cuja lesividade é presumida, ou seja, para a sua caracterização, basta a comprovação de que o agente desenvolveu atividade de telecomunicação sem a devida autorização do órgão competente, já que a lei traz uma presunção *juris et de jure* de que tal conduta gera perigo, isto é, compromete, por si só, a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO E DA MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA EM OUTROS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES REGULARMENTE INSTALADOS. ORDEM DENEGADA. (...) 3. O crime de exploração clandestina de atividade de telecomunicação é formal (= não exige resultado naturalístico), cuja consumação se dá com o mero desenvolvimento clandestino da atividade. Havendo dano a terceiro, porém, a parte final do preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/1997 estabelece um aumento de metade da pena. Por não ser elementar do tipo penal, a configuração desse crime não tem como pressuposto a ocorrência de prejuízo econômico, objetivamente quantificável, mas a proteção de um bem difuso, que corresponde ao potencial risco de lesão ao regular funcionamento do sistema de telecomunicações. Doutrina. (...) (STF, HC 119.580/BA, Segunda Turma, v.u., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.06.2014, Processo Eletrônico DJe-160 DIVULG 19.08.2014 PUBLIC 20.08.2014) - destaque nosso.

PENAL. PROCESSO PENAL. ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/97. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Não é aplicável o princípio da insignificância ao crime de atividade clandestina de telecomunicações, pois, independentemente de grave lesão ou dolo, trata-se de crime de perigo, com emissão de sinais no espaço eletromagnético à revelia dos sistemas de segurança estabelecidos pelo Poder Público. O simples funcionamento de aparelho de telecomunicação sem autorização legal, independentemente de ser em baixa ou alta potência, coloca em risco o bem comum e a paz social (STJ, AgRg no AREsp n. 659.737, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 06.08.15; AgRg no AREsp n. 634.699, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 16.06.15; AgRg no AREsp n. 655.208, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.06.15). (...) (TRF3, ACR 00025344320154036119, Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017) - destaque nosso.

Justamente em razão dos apontamentos acima realizados, a jurisprudência pátria rechaça a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância (a fim de excluir a tipicidade material da conduta) na senda de crimes contra as telecomunicações - a propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 183 DA LEI N. 9.472/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME FORMAL, DE PERIGO ABSTRATO.

I - A eg. Corte *a quo* entendeu pelo reconhecimento da atipicidade da conduta prevista no art. 183 da Lei 9.472/97, ao argumento de que ausente potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado, bem como em razão de o agente já haver possuído autorização para explorar o serviço de radiotáxi, a qual expirou por razões alheias à segurança da coletividade.

II - Contudo, de acordo com o entendimento firmado nesta Corte, 'o delito do art. 183 da Lei n. 9.472/1997 é crime formal, de perigo abstrato, razão pela qual não cabe a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ' (AgRg no AREsp 1.012.489/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 22/09/2017). (...) (STJ, AgRg no AREsp 1336955/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018) - destaque nosso.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE CLANDESTINA DE RADIO-DIFUSÃO. ART. 183, DA LEI N. 9.472/1997. CRIME FORMAL DE PERIGO ABSTRATO. COMPROVAÇÃO DO DANO. PRESCINDIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VESTÍGIOS. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO. (...)

3. O crime de exercício clandestino de radiodifusão, tipificado no art. 183, da Lei 9.472/97, por constituir delito formal e de perigo abstrato, não necessita da demonstração de dano efetivo para fins de justificar a tutela da lei penal, sendo, portanto, descabida a exigência de exame pericial quando a materialidade delitiva e a autoria ficarem comprovadas por outros elementos de provas existentes nos autos. Precedentes.

4. Inexistindo a imprescindibilidade de mensuração do dano para a configuração do mencionado delito, a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça posiciona-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime do art. 183, da Lei 9.472/1997. Precedente. (...) (STJ, AgRg no REsp 1480873/RO, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCAMINHO. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. ART. 183 DA LEI 9.472/97. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (...)

3. O crime de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicações é formal, de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado são os meios de comunicação, pois a exploração de radiodifusão sem a devida autorização da agência reguladora pode causar interferência em vários sistemas de comunicação, em relação ao qual é incabível a aplicação do princípio da insignificância, independentemente da potência da rádio. (...)

(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 67673 - 0007970-55.2011.4.03.6108, Rel. Des. Fed. NINO TOLDO, julgado em 23/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2018) - destaque nosso.

Ainda em decorrência das características apontadas (crime formal e de perigo abstrato, não exigindo para a sua consumação resultado naturalístico), a comprovação da materialidade delitiva prescinde da realização de exame pericial e, portanto, despicinda a apreensão dos equipamentos, sendo plenamente possível a prolação de uma condenação acaso as provas constantes dos autos referendem a execução da prática infracional - nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ATIVIDADE CLANDESTINA OU IRREGULAR DE RADIODIFUSÃO. PROVA PERICIAL. AFERIÇÃO DA BAIXA POTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE DA CONDUTA. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A prova tem como destinatário o magistrado, a quem cabe avaliar quanto a sua suficiência, necessidade e relevância, de modo que não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de prova considerada inútil ou protelatória. *In casu*, a produção da prova pericial mostra-se despropositada para a formação da convicção do juiz acerca do exame de adequação típica material da conduta de radiodifusão clandestina ou irregular, seja ao art. 183 da Lei n. 9.472/1997, seja ao art. 70 da Lei n. 4.117/1962. (...)

(STJ, RHC 59.568/DF, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 21/10/2015) - destaque nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. CRIME FORMAL DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE DA CONDUTA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. (...)

3. Sendo assim, a despeito de se tratar de crime que deixa vestígios, o que obrigaria, em tese, a realização da perícia, consoante o art. 158 do Código de Processo Penal, o laudo pericial no aparelho de radiodifusão mostra-se prescindível para demonstrar a materialidade do tipo em questão, notadamente se outros meios de prova foram idôneos a fazê-lo. (...)

(STJ, AgRg no REsp 1430241/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 10/06/2014) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TELECOMUNICAÇÕES. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

1. O crime tipificado no art. 183 da Lei nº 9.472/1997 é formal, de perigo abstrato. A lesividade da rádio clandestina independe da potência do seu transmissor ou da antena, de modo que a simples constatação da existência de um transmissor instalado e em funcionamento sem a devida autorização é suficiente para consumir o crime e comprovar a materialidade. Dessa forma, é despropositada a realização de perícia técnica para comprovar o que já está comprovado pelo conjunto probatório. (...)

(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 76033 - 0005022-22.2015.4.03.6102, Rel. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA, julgado em 11/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2018) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. JUSTIÇA GRATUITA. ADEQUAÇÃO TÍPICA. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 243 DO STJ. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA LEGALIDADE E DA OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATERIALIDADE COMPROVADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUTORIA COMPROVADA. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. (...)

9. A ausência de perícia técnica de parte dos equipamentos não prejudica a comprovação da materialidade delitiva, vez que esta se encontra plenamente provada pelos demais elementos constantes dos autos. Precedentes do STJ. (...)

(TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 50105 - 0000747-94.2009.4.03.6181, Rel. Des. Fed. NINO TOLDO, julgado em 08/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016) - destaque nosso.

Superadas as premissas teóricas indicadas, adentrando-se no caso dos autos, verifica-se que, em razão de denúncia registrada na ANATEL, agentes de fiscalização identificaram o uso não autorizado de radiofrequência na faixa de radiodifusão FM, em meio à mata do Parque Estadual da Cantareira.

Narra a denúncia que os agentes da ANATEL gravaram as programações das rádios que operavam nas frequências 101,5, 101,1 e 106,5 MHz e, conforme informações constantes dos apuratórios (Relatórios de Rádios Monitoração de fls. 16, 33, 47 e 61), verificaram tratar-se de programação de cunho religioso, com atendimento realizado por “Pai Andrés” e “Professor Euclides”, posteriormente identificados como os apelantes ANDRÉ MONETTI MISSIAS e WANDERLEY MISSIAS.

Atento à análise de autoria e materialidade delitivas, o juízo *a quo* fundamentou a decisão nos seguintes termos (fls. 291/295-verso):

(...)

DECIDO. Sem preliminares a serem apreciadas, passo diretamente à análise do mérito. 1. Materialidade Nesse tópico, ao contrário do que sustenta a defesa, tenho que a materialidade delitiva da infração prevista no artigo 183, da Lei nº 9.472/97 ficou comprovada. Inicialmente, observo que a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, definiu e estabeleceu parâmetros e diretrizes para a sua exploração. Também definiu o conceito legal do termo “telecomunicação”, assim redigido em seu artigo 60, 1º: 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Para que se possa utilizar e explorar o serviço de telecomunicação é imprescindível a autorização do Poder Público, sem o qual se caracterizará o desenvolvimento clandestino dessa atividade. Com efeito, o Capítulo II da citada lei, dispõe em seu artigo 131 e 1º, sob o título “Da autorização de Serviço de Telecomunicações”: Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. Na sequência, o artigo 163 da mencionada lei dispõe sobre a autorização e o uso de radiofrequência, o qual dependerá de prévia outorga da Agência, estabelecendo, em seu 1º: 1º Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação e serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares. Tais normas condicionam o uso de radiofrequência na exploração de serviço de telecomunicações no regime privado à prévia outorga concedida pela Agência Nacional de Telecomunicações, de modo que, na ausência desta, o fato será típico. No caso dos autos, agentes de fiscalização da Anatel constataram que, entre os dias 18/04/2013 a 23/04/2013, em local ermo em meio à mata do Parque Estadual da Cantareira, nas proximidades da Rua das Acácias, s/n, e da Rua Jacarandá, s/n, Bairro Hortolândia, Mairiporã/SP, estava instalada uma estação clandestina que explorava serviço de radiodifusão sonora em FM, conforme comprovam os Termos de Representação de fls. 14, 31 e 45, os Autos de Infração de fls. 15, 32 e 46, os Relatórios de Rádio Monitoração de fls. 16, 33 e 47, os Relatórios de Fiscalização de fls. 17/23, 34/37 e 48/51, bem como as gravações das programações das rádios - 101,5 MHz, 101, MHz e 106,5 MHz - (mídias acostadas às fls. 24, 38 e 66). Todos esses documentos demonstram o funcionamento das rádios. No ponto, ressalto que o fato de os equipamentos de transmissão não terem sido apreendidos não é capaz, por si só, de afastar a materialidade do delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97. E isso porque há outras provas que revelam a existência da materialidade, conforme acima

citado. Com relação à potencialidade lesiva dos equipamentos de transmissão, indagada sobre a interferência com as aeronaves, a testemunha afirmou que existem interferências esporádicas, mas existem sim. Disse que ali é uma fonte de problemas porque a instalação é muito precária, a antena fica pendurada em uma árvore, o transmissor é colocado em cima de dois ou três blocos, cobre com plástico e um pedaço de madeira; fez as gravações a partir da ANATEL, que fica na Rua Vergueiro; essas rádios estão instaladas num dos pontos mais altos da cidade de São Paulo, onde se faz uma concha voltada à Zona Leste e ao Centro de São Paulo; tem memória de ter recebido essa emissora desde a Zona Oeste de São Paulo, mas funcionava com maior potência na Zona Leste e Mogi das Cruzes e região, de Suzano até perto do ABC; a potência era grande. Ademais, conforme sustentado pela acusação em alegações finais, a Serra da Cantareira é local notório onde se situam rádios clandestinas que colocam em risco a vida de centenas de pessoas que usam o Aeroporto Internacional de Guarulhos, sendo que este fica cerca de 10 km do Parque Estadual da Cantareira, como afirmado pela testemunha. Ou seja, houve perigo concreto com a atividade irregular. Portanto, tenho como configurada a materialidade do delito.²

Autoria Antes de entrar na análise da autoria propriamente dita, convém tecer algumas considerações sobre a prova produzida, baseadas nos princípios constitucionais que regem a persecução penal no Brasil. O primeiro ponto a ser considerado é que os acusados em geral não são obrigados a produzir prova contra si mesmos, asserção que deflui do direito constitucional de permanecerem calados sem que tal postura lhes seja reputada desfavoravelmente. Com base nessa premissa, parece até compreensível que os acusados, além de omitirem aspectos que possam, em tese, prejudicar seu natural interesse em ficar, ao final, livres da acusação, venham a mentir em juízo, no interrogatório. A consequência dessa premissa é que as afirmações declaradas pelos réus nos respectivos interrogatórios terão o peso probatório diretamente proporcional ao amparo que possuírem nos demais elementos colhidos no curso da investigação e da instrução. Por outro lado, a testemunha, ao prestar uma declaração num inquérito ou num processo judicial, presta o compromisso legal de dizer a verdade, sem “fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade”, sob pena de incorrer em crime de falso testemunho (artigo 342 do CP). Dessa forma, vê-se que o nosso ordenamento dá grande atenção à prova testemunhal, tanto que é objeto de tutela penal, justamente em função das consequências que um testemunho inidôneo pode trazer ao processo e à administração da Justiça, seja pela absolvição de um culpado, seja pela condenação de um inocente, situações abominadas pelo direito e pela justiça. A consequência dessa premissa é de que a prova testemunhal tem maior peso probatório do que as declarações do interrogatório, justamente em função dos deveres legais e restrições que o ordenamento impõe às testemunhas, sendo certo que eventuais divergências verificadas entre depoimentos prestados no inquérito e em juízo somente abalam a pretensão punitiva se tais contradições versarem sobre aspectos relevantes e essenciais à apuração do fato tido por delituoso. Especificamente quanto ao testemunho prestado por agentes policiais e/ou administrativos que participaram da apuração dos fatos, resta superada na jurisprudência a alegação de que não seria válida a prova obtida exclusivamente a partir do testemunho dos policiais que participaram da apuração, pois “a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/54)”, sendo “inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório. (TACrimSP, RT 530/372)”, na anotação feita ao artigo 214 do CPP por DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, que grifamos. Tal raciocínio, obviamente, vale para agentes administrativos, como no presente caso, os fiscais da ANATEL. Pois bem. Em seus interrogatórios (os interrogatórios encontram-se transcritos no anexo a esta sentença), os acusados negaram que utilizavam as frequências 101,5 MHz, 101,1 MHz e 106,5 MHz, limitando-se a alegar, em síntese, que uma pessoa chamada Cesar, frequentador da associação

religiosa que ambos os acusados frequentam, ofereceu-se para gravar um anúncio para ser veiculado em rádios comunitárias. Todavia, a versão apresentada pelos acusados não convenceu este Juízo. Conforme bem ressaltado pela acusação em suas alegações finais, nenhum dos acusados soube declinar qualquer dado identificativo de Cesar, tampouco fizeram qualquer esforço para buscar informações sobre tal indivíduo. Na verdade, os acusados sequer demonstraram preocupação com o fato de um desconhecido ter gravado suas vozes, fazendo propaganda da associação que frequentam, sem sequer terem certeza de quem é essa pessoa e em que rádio as gravações seriam usadas. Vale ressaltar que o acusado Andre Monetti Missias é bacharel em Direito e o acusado Wanderley Missias, no alto de seus 72 anos, possui vasta experiência com processos criminais, especialmente estelionato, justamente por questões religiosas, como ele próprio afirmou. Assim, longe de demonstrar ingenuidade ou boa-fé por parte dos acusados, a versão por eles apresentada não possui mínimos contornos de verossimilhança. Ademais, também segundo mencionado pelo MPF em alegações finais, quando prestou declarações perante a autoridade policial, em 21/08/2014, o acusado Wanderley Missias disse que desconhece o telefone 4726-1762 (fl. 110), o qual, todavia, está em seu nome. Outro ponto chama a atenção deste Juízo: naquela mesma ocasião, o acusado disse que Cesar Cassiano havia falecido há 7 meses, mas não soube explicar por que a gravação foi veiculada em 01/04/2013. Além disso, de acordo com os Relatórios de Rádio Monitoração de fls. 16, 33 e 47, e com os Relatórios de Fiscalização de fls. 17/23, 34/37 e 48/51, as frequências 101,5 MHz, 101,1 MHz e 101,5 MHz são usadas exclusivamente para divulgar os telefones 2031-1837 e 4726-1762 e o endereço Rua Antônio Gama de Cerqueira, nº 37, Centro de São Miguel Paulista, o que foi ratificado por este Juízo, ao ouvir as mídias acostadas às fls. 24, 38 e 52. Na verdade, ouvindo as gravações feitas pelos agentes da ANATEL (fls. 24, 38 e 52), verifica-se rapidamente que não se trata do mero uso de um “pequeno gravador” levado por Cesar até a associação. Ambos os acusados, em seus interrogatórios, pretendem fazer crer que apenas gravaram anúncios de divulgação da associação que frequentam. Todavia, ao escutar as gravações, facilmente se constata o funcionamento de uma rádio, a qual veicula pregações religiosas feitas por “Pai Andres”, “Pai Roberto de Ogum”, “Professor Euclides” e “Professor Souza”, bem como insistente divulgação dos telefones e endereço de atendimento, intercalados com músicas sertanejas. Na gravação realizada pelos fiscais da ANATEL da frequência 101,5 MHz (atividade 0026 - 19/04/2013), o acusado Andre Monetti Missias, divulga seu telefone (20311837) e endereço (Rua Antônio Gama de Cerqueira, nº 37, Centro de São Miguel Paulista) e após duas músicas sertanejas, identificando-se como “Pai Andres”, inicia a apresentação do programa “Canto dos Anjos”. O programa inicia-se aos 11min51seg da gravação e é voltado à ajuda espiritual. “Pai Andres”, inclusive, agradece às pessoas que estão enviando e-mails e palpites agradecendo a defesa que ele fez da sua religião. Pai Andres faz uma pregação sobre a necessidade de oferendas a Orixás, mencionando que, juntamente com “Pai Roberto” se dirige a matas, praias, estradas e encruzilhadas para fazer oferendas. Pai Andres diz que “vai voltar” para explicar sobre cada Orixá, suas oferendas e seus dias, mas não na sequência. Pai Andres finaliza dizendo: “continue na sintonia do programa O Canto dos Anjos” (21min37seg). Após tocarem mais três músicas, o programa “Canto dos Anjos” continua na locução de “Pai Roberto de Ogum”. Na gravação da frequência 101,1 MHz (atividade 0027 - 19/04/2013), aos 39min12seg, Pai Andres inicia sua locução no programa “Canto dos Anjos”, com pregações sobre ajuda espiritual. Pai Andres menciona que estão recebendo muitos e-mails e cita um deles. Pai Andres diz o nome da pessoa que enviou o e-mail e lê a íntegra do e-mail, no qual a pessoa relata seu problema. Após a leitura do e-mail, Pai Andres faz uma consulta para Leandro. Toda a locução é acompanhada de música ao fundo. Finalmente, na gravação da frequência 106,5 MHz (atividades 0028 e 0029 - 19/04/2013), Pai Andres também conta o caso de uma pessoa que lhe escreveu e pede para a pessoa procurá-lo pessoalmente. Tais dizeres demonstram claramente que não se trata de uma simples gravação feita por Cesar para divulgar a associação, mas sim de uma típica programação de rádio de cunho religioso.

Assim, considerando que os telefones 2031-1837 e 4726-1762 estão em nome dos acusados Andre e Wanderley, respectivamente, não há dúvidas de que as rádios piratas em questão são usadas exclusivamente para suas pregações religiosas e divulgação dos telefones e endereço do local onde atendem pessoalmente, ficando comprovado que os acusados utilizavam as frequências 101,5MHz, 101,1 MHz e 106,5MHz sem prévia autorização da ANATEL, estando, portanto, demonstrada a autoria delitiva quanto ao crime descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. 2. Tipicidade Nesse tópico, o crime que se imputa aos réus é descrito nos seguintes termos: Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$10.000,00 (dez mil reais).(...) Da análise dos autos, conclui-se que a conduta de Andre Monetti Missias e Wanderley Missias subsume-se perfeitamente às atividades previstas no dispositivo. Em outras palavras, transpondo-se a descrição legal para a hipótese em apreço, observo que os acusados guardavam e mantinham em funcionamento equipamentos de telecomunicação, sem a devida autorização da Agência Nacional de Telecomunicações, consoante devidamente demonstrado no tópico que tratou da materialidade e autoria delitivas. Noutros termos, o simples fato de desenvolver atividade de telecomunicação sem prévia autorização do poder concedente e em desacordo com o estatuído na Lei nº 9.472/97, configura a clandestinidade e sujeita o seu responsável às penas do tipo descrito no artigo acima descrito. Nesse ponto, cabe ressaltar, novamente, que, por se tratar de crime de natureza formal e de perigo abstrato, prescinde-se da ocorrência de prejuízo ou dano a terceiro para que a infração se consuma, bem como presume-se a periculosidade da situação, já que o desenvolvimento clandestino do serviço “rádio do cidadão” e congêneres pode causar sérias interferências prejudiciais em serviços públicos relevantes, tais como ambulâncias, bombeiros, polícia, aeroportos, dentre outros, além de interferências em aparelhos residenciais, razão pela qual não é possível aplicar-se o princípio da insignificância à conduta, tal como sustentado pela defesa. De outra parte, também ficou demonstrado, pelo conteúdo das provas colhidas, que os réus agiram com o dolo exigido pelo tipo, conforme acima fundamentado. Diante do exposto, reconheço a tipicidade da ação praticada por Andre Monetti Missias e Wanderley Missias, como adequada ao art. 183 da Lei nº 9.472/97.3. Dispositivo Diante de todo o exposto, julgo procedente o pedido condenatório formulado pelo Ministério Público na denúncia apresentada para condenar Andre Monetti Missias, brasileiro, solteiro, empresário, nascido aos 07/11/1981, natural de Curitiba/PR, filho de Wanderley Missias e de Norma Cristina Fontour A Moneti Missias, com endereço na Rua Senador Carlos Teixeira de Carvalho, 375, Guarulhos/SP, e Wanderley Missias, brasileiro, casado, comerciante, nascido aos 28/11/1944, natural de Minas Gerais, filho de Martins Missias Ferreira e de Portília Maria de Jesus, com endereço na Rua Senador Carlos Teixeira de Carvalho, 375, Guarulhos/SP às sanções previstas no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 (...)

A despeito da tese Defensiva, tem-se que autoria e materialidade delitivas, além do elemento subjetivo do tipo, restaram bem delineados em relação a ambos os acusados.

A prova da materialidade dos fatos vem devidamente demonstrada nos autos, principalmente por meio dos Termos de Representação de fls. 14, 31, 45 e 59, Autos de Infração de fls. 15, 32, 46 e 60, Relatórios de Rádio Monitoração acostados às fls. 16, 33, 47 e 61, Relatórios de Fiscalização de fls. 17/23, 34/37, 48/51 e 62/65, bem como pelos registros das gravações das transmissões da emissora (mídias de fls. 24, 38, 52 e 66).

Repita-se que, por se tratar de crime formal e de perigo abstrato, portanto sem exigência de resultado naturalístico, a despeito da falta de apreensão dos equipamentos de transmissão, não pode ser afastada a materialidade do crime em análise. Isso porque toda a documentação elaborada pela autoridade administrativa reguladora da atividade e corroborada pelas demais provas dos autos, principalmente a prova oral, produzida sob o manto do contraditório e ampla defesa (mídia à fl. 280), comprovam o efetivo funcionamento da rádio clandestina.

A testemunha de acusação Márcio Rodrigues Maciel, agente da ANATEL, confirmou a potencialidade lesiva dos equipamentos de transmissão, afirmando que, apesar de esporádica, há interferências em aeronaves (mídia à fl. 280). O testigo também foi categórico ao destacar que na Serra da Cantareira há diversas rádios clandestinas, que trazem grande risco a centenas de pessoas que se utilizam do Aeroporto de Guarulhos (mídia à fl. 280).

Conforme transcrição pelo juízo *a quo*, referida testemunha evidenciou o elevado alcance da operação da rádio: *tem memória de ter recebido essa emissora desde a Zona Oeste de São Paulo, mas funcionava com maior potência na Zona Leste e Mogi das Cruzes e região, de Suzano até perto do ABC; a potência era grande* (fl. 292-verso).

Ademais, a instalação dos equipamentos na Serra da Cantareira, a que se verifica, era exatamente para ampliar o alcance da transmissão e dificultar a localização pela fiscalização própria. Essa testemunha (Márcio Rodrigues Maciel), quando ouvida em sede policial, informou *que a partir de levantamento anterior na atividade de fiscalização 0001SP2013010010, (sic) foram identificadas várias frequências de radiodifusão FM sem autorização, que através de atividade de radiogonometria verificou-se que todos os transmissores estavam instalados na Serra da Cantareira, sem a possibilidade de localização técnica pela ANATEL* (fl. 74). Ainda, conforme destacado na sentença de primeiro grau, perante aquele juízo afirmou *que essas rádios estão instaladas num dos pontos mais altos da cidade de São Paulo, onde faz uma concha voltada à Zona Leste e ao Centro (...) a Serra da Cantareira é um local notório onde se situam rádios clandestinas que colocam em risco a vida de centenas de pessoas que usam o Aeroporto Internacional de Guarulhos, sendo que este fica cerca de 10 km do Parque Estadual da Cantareira* (fls. 292/292-verso).

Ouvidos em juízo, os acusados WANDERLEY MISSIAS e ANDRÉ MONETTI MISSIAS negaram os fatos relacionados às transmissões clandestinas, e apontam um terceiro de nome César como a pessoa que teria gravado brevemente suas vozes para veiculação nas rádios comunitárias.

Contudo, a versão trazida pelos acusados em sua autodefesa não é corroborada pelas demais provas carreadas aos autos.

O conjunto probatório demonstra não se tratarem de gravações isoladas, ou feitas por terceiro indivíduo para a divulgação da associação dos acusados, mas sim revelam produção profissionalizada de gravação de programação das rádios de cunho religioso.

Conforme bem salientado pelo juízo *a quo*, a pessoa supostamente apontada como a autora das gravações das vozes dos corréus foi muito superficialmente indicada, além do que eles não empreenderam esforços na busca de informações acerca desse indivíduo, a fim de dar suporte às suas alegações.

Ainda, conforme os Relatórios de Fiscalização de fls. 17/23, 34/37 e 48/51, bem como os Relatórios de Monitoração de fls. 16, 33 e 47, as frequências apontadas na denúncia eram utilizadas para a divulgação dos telefones 2031-1837, em nome de ANDRÉ MONETTI MISSIAS, e 4726-1762, em nome de WANDERLEY MISSIAS, bem como do endereço da Rua Antônio Gama de Cerqueira, nº 37, Centro, São Miguel Paulista, local de instalação da primeira linha telefônica e onde eram prestados os atendimentos religiosos.

A alegação dos acusados de suposto amadorismo e simplicidade das gravações não se sustenta se confrontados com o conteúdo dos áudios das mesmas (fls. 24, 38 e 52). Verifica-se o funcionamento de uma verdadeira rádio, que intercala programação musical com divulgações religiosas, feitas por *Pai Andrés, Pai Roberto de Ogum, Professor Euclides e Professor Souza*, além de insistir na divulgação dos telefones e endereços do atendimento, acima citados.

Na gravação realizada na frequência 101,5 MHz, é divulgado telefone e endereço (2031-1827, Rua Professor Antônio Gama de Cerqueira, nº 37, Centro, São Miguel Paulista), o locutor identifica-se como *Pai Andrés*, e inicia a apresentação do programa “Canto dos Anjos”. Também participa da locução do programa *Pai Roberto de Ogum* (mídia à fl. 24, atividade 26, 19.04.2013).

Também nas frequências 101,1 MHz e 106,5 MHz, *Pai Andrés* faz pregações sobre ajuda espiritual no programa “Canto dos Anjos”, lê e-mails e discute os casos pessoais dos ouvintes, tudo isso com músicas de fundo, o que afasta a alegação Defensiva de amadorismo e denota o profissionalismo e experiência da programação veiculada (mídia à fl. 24, atividades 0028, 19.04.2013 e 0029, 19.04.2013).

Considerando que as linhas telefônicas nºs 2031-1827 e 4726-1762 estão em nome dos acusados ANDRÉ MONETTI MISSIAS e WANDERLEY MISSIAS, forçoso concluir que as faixas de frequência 101,5, 101,1 e 106,5 MHz, eram utilizadas, sem autorização da ANATEL, para a divulgação de pregações religiosas e dos contatos (telefones e endereço) para atendimento, incidindo na conduta descrita no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

Igualmente não merece guarida a tese Defensiva no sentido de que os acusados não haveriam praticado o núcleo do tipo penal.

As ações de instalar, desenvolver e/ou utilizar serviços de telecomunicações, sem prévia autorização do órgão competente, configuram o crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997

Observa-se, com efeito, que o crime se consuma no momento da realização da conduta prevista no tipo penal.

No caso dos autos, nota-se, pelo conjunto probatório (já abordado na análise de autoria e materialidade delitivas), que os acusados eram locutores de programas religiosos via rádio, em frequências específicas, e sem autorização da ANATEL.

A jurisprudência deste Tribunal é pacífica ao apontar as condutas de desenvolver, instalar ou utilizar-se de serviços de telecomunicação sem prévia autorização do órgão regulador para a configuração do tipo penal previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU AMBIGUIDADE. EMBARGOS DESPROVIDOS.

1. Inexiste, no r. Acórdão ora embargado, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a sanar via destes declaratórios.
2. O embargante deixa clara a sua intenção de alterar o julgado, o que não se coaduna com os objetivos traçados pelos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal. Os embargos de declaração não se prestam a rediscutir a matéria julgada, para que desse modo se logre obter efeitos infringentes. Precedentes.
3. *O acórdão manifestou-se expressamente quanto a tipicidade do delito. As ações de instalar, desenvolver e/ou utilizar serviços de telecomunicações, sem prévia autorização do órgão competente, por si mesmas, configuram o crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.*
4. Subsumida a conduta do réu ao tipo inscrito no art. 183 da Lei nº 9.472/97, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, mesmo que de baixa potência e sem a obrigatoriedade de autorização por parte do órgão regulador, como na hipótese de serviço de valor adicionado (SVA), posto tratar-se de delito formal de perigo abstrato.
5. A Anatel informou que o caso dos autos não se enquadrava na hipótese de dispensa de autorização, pois o SCM foi prestado por pessoa física, enquanto somente pessoas jurídicas devidamente inscritas na Receita Federal são elegíveis à prestação do serviço com dispensa de autorização.

6. Embargos desprovidos.

(TRF 3ª Região, Quinta Turma, Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº. 2015.61.81.000336-7, Rel. Paulo Fontes, 27.05.2019) (grifo nosso)

Ademais, a par do quanto examinado nos autos, dispondo os réus de conteúdo sonoro e comprovada estrutura necessária para a transmissão de programação, resulta manifesto o propósito da exploração da atividade, com a consequente aptidão para interferir danosamente no sistema de telecomunicações, não podendo tal conduta ser tida como atípica.

Configurada, assim, a adequação típica da conduta praticada pelos réus, além de sua autoria e materialidade, razão pela qual devem ser mantidas as condenações.

DOSIMETRIA DA PENA

A Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS pleiteia a redução da pena na aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (ser o agente maior de 70 anos na data da sentença), regime inicial mais brando e a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77, §2º, do Código Penal (fls. 313/325).

O cálculo da pena deve ater-se aos critérios dispostos no artigo 68 do Código Penal, de modo que, na primeira etapa da dosimetria, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, o magistrado deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecer a quantidade de pena aplicável, dentro de uma discricionariedade juridicamente vinculada, a partir de uma análise individualizada e simultânea de todas as circunstâncias judiciais.

Na segunda fase de fixação da pena, o juiz deve considerar as agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 a 66, todos do Código Penal.

Finalmente, na terceira etapa, incidem as causas de diminuição e de aumento da pena.

A pena dos réus restou fixada em primeiro grau nos seguintes termos (fls. 289/298-verso):

(...) Dosimetria da pena 3.1.1 Andre Moneti Missiasa) Na primeira fase de fixação da pena, em relação às circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determinem necessidade de acentuação. Quanto aos antecedentes, trata-se de requisito objetivo que impede qualquer análise subjetiva do julgador. No caso concreto, não há informação no sentido de que o réu possua antecedentes criminais. Não há elementos nos autos que permitam a aferição da conduta social e da personalidade do acusado, não sendo o caso de considerá-las negativamente. Os motivos do crime são normais à espécie. As consequências são próprias da infração em questão, não sendo o prejuízo às atividades de comunicação (polícia, bombeiros...) algo que possa aumentar a pena, já que é inerente ao próprio tipo. Se tivesse havido uma interferência exacerbada com as consequências graves, poder-se-ia considerar, mas, no presente caso, não houve qualquer alegação neste sentido. A vítima não favoreceu a ocorrência dos fatos delitivos. Em face do acima exposto, fixo a pena base privativa de liberdade para o crime em 2 (dois) anos de detenção. b) Na segunda fase da aplicação da pena, não há atenuantes e/ou agravantes, permanecendo a pena em 2 (dois) anos de detenção. c) Na terceira fase da aplicação da pena, não há causas de aumento e/ou diminuição da pena. Diante disso, fixo a pena definitiva em 2

(dois) anos de detenção, estabelecendo, ainda, o regime inicial aberto, nos termos do artigo 33, *caput*, e 2º, “c”, do Código Penal. d) Quanto à sanção pecuniária, prevê a norma penal incriminadora montante fixo, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse ponto, tenho que tal norma é inconstitucional, por afronta ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. De fato, ao privar o Juízo da realização da individualização da pena, prevista no artigo 68 do Código Penal, especificamente da verificação das condições econômicas do acusado, possibilita, por via transversa, que pessoas em situação diversa sejam tratadas de maneira idêntica, em patente violação ao princípio da isonomia. Dessa forma, reconheço incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, adotando, em caráter subsidiário, a regra prevista no artigo 49 do Código Penal. Por conseguinte, fixo a pena base em 10 (dez) dias multa, em atenção às circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, também, à correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo. Considerando a inexistência de causas de aumento e de diminuição, torno tal pena definitiva. Arbitro o valor do dia multa em um décimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, uma vez que consta nos autos que o réu tem renda mensal de R\$ 3.000,00.

3.1.2 Wanderley Missias a) Na primeira fase de fixação da pena, em relação às circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determinem necessidade de acentuação. Quanto aos antecedentes, trata-se de requisito objetivo que impede qualquer análise subjetiva do julgador. Segundo demonstram os registros do IIRGD (fls. 205/220), o acusado possui várias passagens policiais, com condenações por contravenções penais e estelionato, durante o longo de sua vida (desde 1966), o que demonstra a sua personalidade voltada para o crime e, consequentemente, deve ser levada em conta na dosimetria em seu desfavor. Não há elementos nos autos que permitam a aferição da conduta social do acusado, não sendo o caso de considerá-la negativamente. Os motivos do crime são normais à espécie. As consequências são próprias da infração em questão, não sendo o prejuízo às atividades de comunicação (polícia, bombeiros...) algo que possa aumentar a pena, já que é inerente ao próprio tipo. Se tivesse havido uma interferência exacerbada com as consequências graves, poder-se-ia considerar, mas, no presente caso, não houve qualquer alegação n este sentido. A vítima não favoreceu a ocorrência dos fatos delitivos. Em face do acima exposto, fixo a pena base privativa de liberdade para o crime em 2 anos e três meses de detenção. b) Na segunda fase da aplicação da pena, não há atenuantes. Como já mencionado, o acusado foi condenado pelo crime de estelionato nos autos do processo nº 1183/2003 (atual 0041860-16.2003.8.26.0506, conforme fl. 231), da 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e 20 dias-multa (fl. 214). Conforme fl. 216, em 02/03/2015, a pena privativa de liberdade foi extinta nos autos da Execução Penal nº 105637, da 5ª Vara das Execuções Criminais Central. Em pesquisa realizada no site www.jsp.jus.br, este Juízo verificou que o trânsito em julgado para ambas as partes ocorreu em 15/12/2011. Assim, nos termos dos artigos 63 e 64, I, do Código Penal, verifica-se a incidência da agravante da reincidência. Assim, fixo a pena em 2 anos e 9 meses de detenção. c) Na terceira fase da aplicação da pena, não há causas de aumento e/ou diminuição da pena. Diante disso, fixo a pena definitiva em 2 anos e 9 meses de detenção, devendo ser cumpridos em regime inicial fechado (primeira parte da alínea “c” do 2º do artigo 33 do Código Penal). d) Quanto à sanção pecuniária, prevê a norma penal incriminadora montante fixo, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). De acordo com o já analisado, tal norma é inconstitucional. Por conseguinte, fixo a pena em 12 (dez) dias multa, em atenção às circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, também, à cor-

respondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo. Arbitro o valor do dia multa em um décimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, uma vez que consta nos autos que o réu tem renda mensal de R\$ 3.000,00. 3.2. Substituição e suspensão da pena privativa de liberdade 3.2.1. Substituição e suspensão da pena privativa de liberdade do acusado Andre Monetti Missias Nesse ponto, aplica-se a hipótese prevista no art. 77, *caput*, III, do Código Penal, razão pela qual, embora, em tese, seja cabível o *sursis*, é mais adequada a substituição prevista no art. 44 do mesmo diploma legal. Tal norma vincula a substituição à aplicação de pena não superior a quatro anos, não reincidência em crime doloso e circunstâncias judiciais que indiquem ser a medida suficiente. No caso do acusado Andre Monetti Missias, não há registros de personalidade negativa e, tampouco, de motivos e circunstâncias que importem atribuição de maior gravidade à ação. Diante disso e considerando a disposição contida no artigo 44, 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direito, a seguir discriminadas: prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo Juízo da execução penal, pelo período da pena privativa de liberdade imposta e em tempo não inferior a sete horas semanais e prestação pecuniária, no valor de 5 salários mínimos, também em favor de entidade pública a ser designada pelo Juízo da execução. A pena de multa deve ser aplicada independentemente das demais. 3.2.2 Substituição e suspensão da pena privativa de liberdade do acusado Wanderley Missias Nesse item, tenho que não é cabível a suspensão da pena privativa de liberdade ou sua substituição por penas restritivas de direito, tendo em vista a reincidência, nos termos do artigo 44, II, do CP. Assim, nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixo o regime inicial fechado para cumprimento da pena, tendo em vista tratar-se o réu de reincidente. 4. Das custas processuais Condeno os réus ao pagamento das custas processuais. 5. Providências Finais Após o trânsito em julgado, registre-se o nome dos réus no rol dos culpados, comuniquem-se os órgãos de estatísticas criminais, à Justiça Eleitoral para fins do artigo 15, III, da Constituição Federal, bem como ao SEDI para alteração da situação dos réus para CONDENADO. Ainda após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão do acusado Wanderley Missias. A presente servirá de ofício e/ou carta precatória, que poderá ser enviado por e-mail. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Comuniquem-se. Guarulhos, 31 de janeiro de 2017.

Opostos embargos de declaração pela Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS, a r. sentença foi declarada às fls. 308/308-verso:

Embargos de Declaração Embargante: Wanderley Missias S E N T E N Ç A Fls. 305/306: trata-se de embargos declaratórios opostos pela defesa do corréu Wanderley Missias alegando que a sentença foi omissa quanto à apreciação da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal. Os autos vieram conclusos. É o relatório. Decido. Embargos de declaração opostos tempestiva e formalmente em ordem, razão pela qual merecem conhecimento. Com efeito, de acordo com a qualificação realizada no interrogatório, o corréu Wanderley Missias possui 72 anos de idade, mas, na segunda fase da dosimetria da pena do corréu Wanderley Missias, este Juízo não aplicou a atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal. Assim sendo, passo a sanar a omissão, refazendo a dosimetria da pena a partir da segunda fase: b) Na segunda fase, verifico que, como já mencionado, o acusado foi condenado pelo crime de estelionato nos autos do processo nº 1183/2003 (atual 0041860-16.2003.8.26.0506, conforme fl. 231), da 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e 20 dias-multa (fl. 214). Conforme fl. 216, em 02/03/2015, a pena privativa de liberdade foi extinta nos autos da Execução Penal nº 105637, da 5ª Vara das Execuções Criminais Central. Em pesquisa realizada no site www.jsp.jus.br, este Juízo verificou que o trânsito em julgado para ambas as partes ocorreu em 15/12/2011. Assim, nos termos dos artigos 63 e 64, I, do

Código Penal, verifica-se a incidência da agravante da reincidência. Assim, fixo a pena em 2 anos e 9 meses de detenção. Ainda na segunda fase, reconheço a atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal e, lançando mão do art 67, reduzo a pena para 2 anos e 6 meses de detenção. c) Na terceira fase da aplicação da pena, não há causas de aumento e/ou diminuição da pena. Diante disso, fixo a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de detenção, devendo ser cumpridos em regime inicial fechado (primeira parte da alínea “c” do 2º do artigo 33 do Código Penal). No que tange à pena de multa, fixo em 11 dias multa. No mais, mantenho a sentença de fls. 289/302. Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração, nos termos acima expostos, passando a presente a integrar a sentença de fls. 289/302 para todos os fins. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Verifica-se que na primeira fase da dosimetria da pena do acusado WANDERLEY MISSIAS, o juízo *a quo*, considerando desfavorável sua personalidade, aplicou a pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de detenção, nos seguintes termos: (...) *Segundo demonstram os registros do IIRGD (fls. 205/220), o acusado possui várias passagens policiais, com condenações por contravenções penais e estelionato, durante o longo de sua vida (desde 1966), o que demonstra a sua personalidade voltada para o crime e, conseqüentemente, deve ser levada em conta na dosimetria em seu desfavor. (...) Em face do acima exposto, fixo a pena base privativa de liberdade para o crime em 2 anos e três meses de detenção (fl. 297).*

Contudo, quanto ao vetor “personalidade”, cumpre esclarecer que é controversa na doutrina a possibilidade de o julgador valorá-lo sem auxílio técnico, uma vez que se trata de conceito que envolve outras ciências como psicologia e psiquiatria e que requer avaliação da índole e do caráter do agente. Não obstante, entende-se que a “personalidade” do agente pode ser aferida pelo julgador a partir de seu modo de agir, ou seja, avaliando-se a *agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade* eventualmente demonstradas na consecução do delito (STJ, 5ª Turma, HC 50331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06.08.2007, pág. 550), mas desde que existam nos autos elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

Portanto, a personalidade refere-se ao modo de agir do autor do crime, não podendo ser deduzida automaticamente do histórico criminal do réu.

Ressalte-se, conforme podemos destacar em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que o fato de possuir condenações criminais anteriores transitadas em julgado não é razão suficiente para computar negativamente a circunstância judicial da personalidade do agente, quando ausentes outros elementos hábeis para tal aferição, o que é o caso dos autos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE COM BASE EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. RÉU QUE OSTENTA APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA E TRÊS PROCESSOS CRIMINAIS AINDA EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFRONTA À SÚMULA 444/STJ. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE.

1. Nos termos do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, ‘É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base’.
2. *Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da 5ª e da 6ª Turmas desta Corte.*
3. *A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor*

do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e ‘inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente’ (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

5. *In casu*, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de invasão de domicílio (150, § 1º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade com base em processos penais ainda em andamento.

6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanescem ainda, em ambos os delitos, as vetoriais ‘antecedentes criminais’ e ‘circunstâncias do crime’ que justificam a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, dar parcial provimento a seu recurso especial, reduzindo as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor ‘personalidade’, na primeira fase da dosimetria. (g.n.)

(STJ, EREsp 1688077/MS, 3ª Seção, v.u., Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14 de agosto de 2019.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 176 DO CP. PERSONALIDADE DOS AGENTES. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES SÚMULA 444/STJ. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. AUMENTO PELOS MOTIVOS DO CRIME NÃO JUSTIFICADA. PENA-BASE REDUZIDA AO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. Recentemente, todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.

5. Ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

6. *A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, porém, não restou declinada motivação concreta para a elevação da pena-base pela personalidade dos réus.*

7. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.'

8. Quanto aos motivos do crime, tal circunstância judicial somente poderá ser reconhecida como desabonadora caso não integre o tipo penal e não configure agravante ou atenuante ou, ainda, causa de aumento ou diminuição de pena. *In concreto*, o Juiz sentenciante não apresentou fundamentação concreta para valorar negativamente essa vetorial, explicitando que os agentes agiram 'por pura futilidade, consumindo grande quantidade de bebidas alcóolicas e alimentos, consciente de que não possuía dinheiro para pagar por seu exagerado consumo' (e-STJ, fl. 57). Tais circunstâncias, de fato, não permitem a exasperação da reprimenda pelos motivos do crime, por se tratarem de elementos ínsitos ao tipo penal do art. 176 do CP e que não denotam a maior gravidade do intento dos agentes.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena dos pacientes correspondente ao delito do 176 do CP a 15 dias de detenção, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. (g.n.)

(STJ, HC 538995, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, v.u, julgado em 19/11/2019, DJE DATA: 26/11/2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. ART. 157, § 2º, I, C.C. O ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE REDUZIDA. SÚMULA 444 DO STJ.

1. Materialidade e autoria comprovadas.

2. *Não há nos autos dados concretos que permitam concluir que a personalidade e a conduta social do apelante sejam voltadas ao cometimento de crimes, pois essas circunstâncias não dizem respeito aos maus antecedentes, mas ao modo de ser do acusado e sua forma de proceder.* Além do mais, a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como circunstância apta a exasperar a pena-base, nem a título de conduta social inadequada e personalidade voltada para o crime, nem a título de maus antecedentes, nos termos da Súmula nº 444 do STJ. Pena-base reduzida ao mínimo legal.

3. A jurisprudência do STJ é no sentido de que devem estar presentes elementos que comprovem o uso de arma na execução do crime para fins de incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não sendo necessária a sua apreensão ou submissão a perícia (HC 185.543/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.05.2016, DJe 25.05.2016). No caso, as testemunhas do roubo disseram em seus depoimentos que o assaltante portava uma arma de fogo, razão pela qual deve ser mantida a incidência dessa causa de aumento.

4. Apelação parcialmente provida. (g.n.)

(TRF3, Processo Criminal 0000797-31.2018.4.03.6141, Relator Desembargador Federal Nino Toldo, 11ª Turma, julgado em 14/05/2020 e publicado em 15/05/2020)

Além do que, a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para majorar a pena-base, tampouco a título de maus antecedentes, a teor do que dispõe a Súmula nº 444 do STJ.

Portanto, deve ser afastado o aumento decorrente da personalidade do agente, reduzindo a pena nesta primeira fase da dosimetria para *02 (dois) anos de detenção, considerando o pedido de absolvição do réu*.

Passo à análise dos demais requerimentos do acusado WANDERLEY MISSIAS no que concerne à dosimetria da pena, bem como seu regime inicial de cumprimento.

a. do requerimento da Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS de aumento do patamar redutor decorrente da aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal (ser o agente maior de 70 anos na data da sentença).

Aduz a Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS que a r. sentença, apesar de aplicar a atenuante prevista no artigo 65, inciso I, segunda parte, do Código Penal (*ser o agente maior de 70 anos na data da sentença*), reduziu sua pena em apenas 03 meses (fl. 324).

A r. sentença de fls. 308/308-verso, aplicando o artigo 67 do Código Penal, na segunda fase da dosimetria da pena, elevou a pena para 02 anos e 09 meses de detenção, em razão da reincidência, e depois a reduziu para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, em reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal (fl. 308-verso):

(...) b) Na segunda fase, verifico que, como já mencionado, o acusado foi condenado pelo crime de estelionato nos autos do processo nº 1183/2003 (atual 0041860-16.2003.8.26.0506, conforme fl. 231), da 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e 20 dias-multa (fl. 214). Conforme fl. 216, em 02/03/2015, a pena privativa de liberdade foi extinta nos autos da Execução Penal nº 105637, da 5ª Vara das Execuções Criminais Central. Em pesquisa realizada no site www.jsp.jus.br, este Juízo verificou que o trânsito em julgado para ambas as partes ocorreu em 15/12/2011. Assim, nos termos dos artigos 63 e 64, I, do Código Penal, verifica-se a incidência da agravante da reincidência. Assim, fixo a pena em 2 anos e 9 meses de detenção. *Ainda na segunda fase, reconheço a atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal e, lançando mão do art. 67, reduzo a pena para 2 anos e 6 meses de detenção.* (...) (grifei)

Da forma como aplicadas as causas da segunda fase da dosimetria (reincidência e atenuante referente à idade do agente), verifica-se que o juízo de origem acabou por dar valoração superior à agravante em detrimento da atenuante. Contudo, na hipótese dos autos, não se trata de réu com mais de uma reincidência, de sorte que não deve haver prevalência entre elas, restando compensadas a agravante e a atenuante, e mantida a pena de 02 (dois) anos de detenção, na forma do entendimento sufragado pelo STJ no REsp 1341370/MT (representativo da controvérsia).

Pena esta (*02 anos de detenção*) que resta definitiva, em razão da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

b. do requerimento da Defesa do acusado WANDERLEY MISSIAS de imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais brando.

Uma vez que condenado a uma pena na casa de 02 (dois) anos de detenção (o que, em tese, admitiria a imposição do regime aberto como inicial de cumprimento da reprimenda), porém consta dos autos prova de sua reincidência, donde se infere que o regime deve ser adequado ao SEMIABERTO tendo em vista que a hipótese dos autos se encaixa perfeitamente ao Enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis a circunstâncias judiciais. (Súmula 269/STJ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135).

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

O r. juízo de origem deixou de aplicar a substituição da reprimenda corporal ao acusado WANDERLEY MISSIAS, em razão de sua reincidência, nos termos do artigo 44, II, do Código Penal (fl. 298-verso), o que deve ser mantido.

PENA DE MULTA

A pena de multa foi fixada pelo juízo de origem, conforme trecho abaixo:

(...) d) Quanto à sanção pecuniária, prevê a norma penal incriminadora montante fixo, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse ponto, tenho que tal norma é inconstitucional, por afronta ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna. De fato, ao privar o Juízo da realização da individualização da pena, prevista no artigo 68 do Código Penal, especificamente da verificação das condições econômicas do acusado, possibilita, por via transversa, que pessoas em situação diversa sejam tratadas de maneira idêntica, em patente violação ao princípio da isonomia. Dessa forma, reconheço incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, adotando, em caráter subsidiário, a regra prevista no artigo 49 do Código Penal. Por conseguinte, fixo a pena base em *10 (dez) dias multa*, em atenção às circunstâncias do art. 59 do Código Penal e, também, à correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo. Considerando a inexistência de causas de aumento e de diminuição, *torno tal pena definitiva*. Arbitro o valor do dia multa em um décimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, uma vez que consta nos autos que o réu tem renda mensal de R\$ 3.000,00. (fls. 296-verso - para a ocorreu ANDRÉ MONETTI MISSIAS).

(...)

No que tange à pena de multa, fixo em *11 dias multa*. (...) (fl. 308-verso - para o corréu WANDERLEY MISSIAS)

Embora o preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/1997 determine a aplicação de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é consolidado o entendimento, nesta Corte, no sentido de que a pena de multa estabelecida na Lei nº 9.472/1997 viola o princípio da individualização da pena. Inclusive, em sessão de julgamento realizada em 29.06.2011, o Órgão Especial desta Corte declarou, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº. 0005455-18.2000.4.03.6113, a inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00”, a qual consta do preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/1997:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - RADIODIFUSÃO - LEI 9472/97 - ARTIGO 183 - PENA PECUNIÁRIA - VALOR FIXO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - REDISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO - REGULARIDADE - QUESTÃO DE ORDEM REJEITADA - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA.

1. O juízo natural para decidir sobre a arguição de inconstitucionalidade é o Órgão Especial, não havendo irregularidade na redistribuição do presente feito por dependência, porquanto trata de matéria idêntica à do feito anteriormente distribuído a Relatora, ou seja, a arguição

de inconstitucionalidade na fixação da multa prevista no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97. Questão de ordem rejeitada.

2. A norma contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9.472/97, que prevê a pena pecuniária em valor fixo, viola o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

4. Arguição acolhida para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘de R\$10.000,00’, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº. 0005455-18.2000.4.03.6113/SP, Rel. Ramza Tartuce, 29.06.2011) (grifo nosso).

Portanto, a aplicação da pena de multa, *in casu*, deverá observar os parâmetros previstos no artigo 49, *caput*, do Código Penal, que estabelece que a pena de multa será calculada por meio do mecanismo de dias-multa, não podendo nem ser inferior a 10 (dez) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

No caso concreto, considerando que a pena privativa de liberdade foi estabelecida em 02 (dois) anos de detenção para o acusado WANDERLEY MISSIAS, fica reduzida a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Uma vez que não houve insurgências quanto à dosimetria da pena do réu ANDRÉ MONETTI MISSIAS, tendo sido fixada no mínimo legal, e sem qualquer ilegalidade, fica mantida sua pena em 02 anos de detenção, em regime ABERTO, e ao pagamento de 10 dias-multa.

DO REQUERIMENTO PELA DEFESA DO ACUSADO WANDERLEY MISSIAS DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A Defesa do acusado WANDELEY MISSIA, subsidiariamente, requer *seja acolhida a suspensão condicional da pena tendo em vista que é pessoa idosa, contando atualmente com mais de 72 (setenta e dois) anos de idade, e cumpre os requisitos previstos no § 2º do artigo 77 do Código Penal (fl. 325).*

A suspensão condicional da pena (ou *sursis*), vem prevista no artigo 77 e seguintes do Código Penal, e 156 a 163 da Lei de Execuções Penais, e consiste na suspensão da execução da pena privativa de liberdade aplicada.

Contudo, é vedada a suspensão condicional da pena ao acusado WANDERLEY MISSIAS, nos exatos termos do artigo 77, inciso I, do Código Penal, na medida em que o mesmo, sendo reincidente, não preenche os requisitos necessários à sua concessão. Nesse sentido:

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - SÚMULA 73 DO STJ - REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS - DOLO COMPROVADO - TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL NÃO ACO-
LHIDA - NÃO CARACTERIZADA FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA - CONDENAÇÃO MANTIDA,
MAS REDIMENSIONADA A PENA - ALTERADO O REGIME PRISIONAL DO INICIALMENTE
FECHADO PARA O SEMIABERTO - RÉU REINCIDENTE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, §
2º, “C” DO CÓDIGO PENAL - RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminar de incompetência da Justiça Federal. Alegação da Defesa de incompetência do juízo federal em razão da aplicação da Súmula nº 73 do STJ. Rejeitada.

2. Materialidade, autoria e dolo. A materialidade e autoria delitivas comprovadas, bem como, o dolo restou amplamente demonstrado pelas circunstâncias em que se deu o delito.

3. Crime impossível. Considerando a conclusão da perícia, no sentido de que a cédula apreendida é capaz de enganar terceiros, resta afastada a alegação de crime impossível.

4. Dosimetria da pena. *In casu*, a r. sentença merece reparos. Na primeira fase de fixação da pena não se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que, por outro

lado, a Súmula nº 241 do STJ veda que a sentença condenatória com trânsito em julgado seja considerada simultaneamente como maus antecedentes e como agravante genérica. Reduzida a pena-base do réu CLÓVIS para o mínimo legal, vale dizer, 3 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

5. Na segunda fase da aplicação da pena, reconhecida a existência da agravante atinente à reincidência prevista no art. 61, I, do CP. Mas, também, é de ser reconhecida a atenuante do art. 65, inciso III, alínea “d” do CP (confissão espontânea), mesmo diante das evidências do delito, por ter sido utilizada para o deslinde do feito, alicerçando o decreto condenatório. (Precedentes - RESP199800260609 -RESP - RECURSO ESPECIAL - 171302). Compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, mantendo-se a pena-base fixada. Precedente Resp. 1.341.370.

6. Mesmo com a compensação da reincidência com a confissão, é certo que ainda resta o aumento de 1 ano nesta fase que se deu em razão, ainda, da agravante genérica prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal (motivo fútil), revelando-se bastante razoável se considerado que o crime se deu em razão da vítima ter buscado o lucro fácil e ainda induzido um menor que o acompanhava a praticar o mesmo ato ilícito. Pena fixada em 04 anos de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa.

7. Por fim, reconhecida pelo douto Juiz sentenciante a atenuante da reparação do dano, prevista no art. 65, III, “b”, do Código Penal, em um ano, o que reduz a pena para o seu patamar mínimo legal, ou seja, 03 anos de reclusão. Por paralelismo, reduzida a pena pecuniária para 10 (dez) dias-multa.

8. Ainda que houvesse o reconhecimento da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, tal como pretendido pela Defesa, não se prestaria à redução da pena-base, uma vez que fixada no mínimo legal, tendo em vista a proibição estabelecida na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

9. Na terceira fase da dosimetria da pena não há o reconhecimento de causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual fica a pena definitivamente ora fixada em 3 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, arbitrados nos termos da sentença.

10. Em razão da reincidência, mesmo com a redução da pena ao seu patamar mínimo legal, ou seja, 3 (três) anos de reclusão, não é possível a fixação do regime inicial aberto, e tão pouco, a concessão de Sursis, por falta dos pressupostos legais previstos no artigo 77, inciso I, do CP, como ora pretendido pela Defesa.

11. Regime prisional. Alterado o regime fechado para o semiaberto para o início do cumprimento da pena (inteligência do CP, art. 33, § 2º, “c”).

12. Recurso da Defesa do réu a que se dá parcial provimento apenas para reduzir a pena que lhe foi imposta.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 29062, 0003565-97.2003.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 04/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/08/2014)

No mais, não havendo outras insurgências, bem como não sendo vislumbradas quaisquer irregularidades ou ilegalidades, fica mantida a r. sentença em seus ulteriores termos.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO à Apelação de ANDRÉ MONETTI MISSIAS e DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação de WANDERLEY MISSIAS, reduzindo sua pena para 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial SEMIABERTO, e 10 (dez) dias-multa, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte da integrante do presente julgado.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0000131-27.2018.4.03.6142

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, ALCIDES FRANCA GUSMAO (réu preso) E GERALDO CARLOS DA SILVA PEREIRA (réu preso)

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2021

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. IMPORTAÇÃO DE AGROTÓXICO. ART. 56 DA LEI Nº 9.605/98, TRÁFICO INTERNACIONAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO. ART. 18 DA LEI Nº 10.826/06. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DAS DEFESAS. RECONHECIDA A NULIDADE DE PARTE DO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEMONSTRADA FINALIDADE COMERCIAL DAS MUNIÇÕES. DOSIMETRIA REFORMADA. REDUÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO DA PENA-BASE DE UM DOS ACUSADOS PARA AMBOS OS DELITOS. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. MAU ANTECEDENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM ATENUANTE DA CONFISSÃO PARA UM DOS ACUSADOS. ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES DE CALIBRES NOMINAIS 9MM. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO. USO PERMITIDO. DE OFÍCIO, AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 19 DA LEI Nº 10.826/03. REFORMADO O REGIME DE INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMI-ABERTO. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO MANTIDA. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. No dispositivo, a reiteração da decisão acerca da absolvição sumária pode ensejar ambiguidade sobre a solução jurídica dada ao caso, devendo ser declarada a nulidade parcial do dispositivo.

2. Materialidade e autoria comprovadas.

3. Demonstrada a finalidade comercial das munições apreendidas.

4. A acusação pleiteia que a incidência das frações de aumento da pena-base se dê, considerando, como base de cálculo, o intervalo existente entre as penas máximas e mínimas cominadas aos delitos.

5. Atribuir que a incidência da fração de aumento deva se dar tão somente sobre a diferença entra as penas máximas e mínimas, limitaria a atuação do magistrado à adoção de um critério puramente matemático, sem a observância das especificidades de cada situação, o que violaria o próprio princípio da individualização da pena. Neste sentido, o julgador possui discricionariedade para, diante do caso concreto, estabelecer o *quantum* da exasperação.

6. Redução da pena-base para um dos acusados. As circunstâncias do crime, considerada a nocividade e quantidade do tóxico apreendido, bem como os maus antecedentes, justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, em patamar inferior ao fixado pelo MM. Juiz *a quo*.

7. A condenação pela prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, com decisão transitada em julgado, trata-se de mau antecedente, devendo ser valorada negativamente.
8. Reconhecida a reincidência, tendo em vista o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
9. Compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência para um dos acusados.
10. Afastada a causa de aumento prevista no artigo 19 da Lei nº 10.826/2003. Ocorrência da *novatio legis in melius*, visto que a norma posterior, mantendo a incriminação do fato, tornou menos gravosa a situação dos réus.
11. Reformado o regime de cumprimento de pena para o semiaberto, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal.
12. Em razão da prática de crime doloso mediante a utilização de veículo automotor, é cabível a aplicação do efeito da condenação previsto no artigo 92, III, do Código Penal, consistente na inabilitação para dirigir veículo. A medida revela-se conveniente, pois um dos acusados, valendo-se da habilitação, transportou considerável quantidade do produto, de forma que a restrição ao uso desse instrumento para o transporte mostra-se adequada.
13. Mantido o tempo de duração da interdição ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada.
14. Concessão dos benefícios da justiça gratuita para um dos acusados.
15. Recurso da Acusação e da defesa parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao recurso de ALCIDES FRANÇA GUSMÃO para reduzir as penas-bases fixadas para ambos os delitos e conceder-lhe os benefícios da Justiça Gratuita, bem como, acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para, de ofício, afastar a incidência do artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, reformando-se as penas do acusado para 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantida a inabilitação para dirigir veículo automotor pelo tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade; dar parcial provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para anular parte da sentença para excluir o dispositivo “mantenho a absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira)” e reconhecer, para fins de maus antecedentes, a condenação do acusado Geraldo quanto à prática do delito previsto no artigo 29 da Lei nº 11.343/2006 e negar provimento ao recurso de GERALDO CARLOS DA SILVA PEREIRA, proceder, de ofício, à compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, e acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para afastar a incidência do artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, reformando-se as penas do acusado Geraldo para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

São Paulo, 14 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas contra a sentença de fls. 737/745v. e 793, que julgou parcialmente procedente a ação penal, nos seguintes termos:

a) manteve a absolvição sumária quanto ao crime de descaminho em relação a Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira;

b) absolveu Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira da prática do crime do art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal;

c) condenou Alcides França Gusmão a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa pela prática do delito do art. 56 da Lei 9.605/98 e a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa pela prática do delito do art. 18 c. c. art. 19 da Lei 10.826/03, de maneira que a pena total é de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 43 (quarenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (14.07.18), bem como determinou sua inabilitação para dirigir veículo pelo tempo da pena privativa de liberdade;

d) condenou Geraldo Carlos da Silva Pereira a 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 14 (catorze) dias-multa pela prática do delito do art. 56 da Lei 9.605/98 e a 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa pela prática do delito do art. 18 c. c. art. 19 da Lei 10.826/03, de maneira que a pena total é de 9 (nove) anos e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (14.07.18).

Apela Alcides França Gusmão, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) absolvição do réu quanto ao delito do art. 56, *caput*, da Lei n. 9.605/98, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por restar duvidosa a autoria;

b) absolvição do réu quanto ao delito do art. 18 c. c. art. 19 da Lei n. 10.826/03, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal, por não haver prova de que o réu tenha concorrido para o delito, uma vez que as munições estavam sob as vestes de Geraldo e o apelante desconhecia sua existência;

c) absolvição do réu quanto ao delito do art. 18 c. c. art. 19 da Lei n. 10.826/03, com fundamento no art. 386, V ou VII, uma vez que a condenação não pode se basear apenas no interrogatório do corréu, além de as conversas de Alcides transcritas nos autos serem desconexas e não comprovarem sua participação no delito;

d) consideradas as circunstâncias judiciais referidas na sentença, há que se reduzir o aumento da pena-base dos delitos para a fração de 1/8 (um oitavo), conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça;

e) a fração de aumento pela agravante da reincidência também deve ser reduzida para 1/8 (um oitavo), que se mostra adequada à orientação do Superior Tribunal de Justiça;

f) concessão dos benefícios da justiça gratuita (fls. 757/769).

Apela Geraldo Carlos da Silva Pereira, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) absolvição do réu quanto ao tráfico internacional de munição, uma vez que o porte de munição, sem a arma de fogo, não caracteriza crime, sob pena de contrariedade aos princípios constitucionais, tendo em vista que a conduta não implica efetiva lesão ou potencial ao bem jurídico tutelado pela norma;

b) absolvição do réu quanto ao delito do art. 56, *caput*, da Lei n. 9.605/98, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, pois não há dúvidas de que os agrotóxicos pertenciam ao corréu Alcides, cujas conversas de *whatsapp* demonstram que fez todas as negociações do produto (fls. 779/783).

Apela o Ministério Público Federal, em síntese, com os seguintes argumentos:

a) é nulo o capítulo da sentença em que o Juízo *a quo* absolveu, novamente, os corréus Alcides e Geraldo de modo sumário, tendo em vista que a matéria já fora decidida em momento anterior e é objeto da Apelação Criminal n. 0001602-16.2019.4.03.9999, distribuída à 5ª Turma do TRF da 3ª Região;

b) há que se reformar a dosimetria das penas, pois as frações de aumento decorrentes das circunstâncias judiciais negativas foram aplicadas sobre as penas mínimas cominadas aos delitos, desconsiderando as penas máximas;

c) o órgão ministerial não questiona as frações aplicadas na sentença, mas a base de cálculo sobre a qual devem incidir, que, no caso do delito de importação de agrotóxicos, acaso aplicadas sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, resultariam em penas mais elevadas, conferindo eficácia à pena máxima cominada ao delito;

d) “(...) o método adotado pelo Juízo *a quo* nega vigência às penas máximas cominadas pelo legislador e, portanto, viola o princípio constitucional da individualização da pena” (fl. 813);

e) “(...) o STJ considerou proporcional a fixação da pena-base levando em consideração o intervalo entre a pena mínima e a máxima cominada ao delito” (fl. 813/813v.);

f) há que se considerar a condenação definitiva de Geraldo pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal (Lei n. 11.343/06, art. 28), na Ação Penal n. 0052682-26.2011.8.26.0351, como mau antecedente na 1ª fase da dosimetria da pena;

g) incide a agravante da liderança prevista no art. 62, I, do Código Penal em relação a Alcides, restando demonstrado que dirigia as atividades dos corréus;

h) a pena acessória de inabilitação para dirigir aplicada com base no art. 92, III, do Código Penal deve perdurar até a reabilitação do condenado, sob pena de negativa de vigência ao art. 93, parágrafo único, do Código Penal (fls. 803/826).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões (fls. 834/845).

Alcides França Gusmão apresentou contrarrazões (fls. 852/857).

O Ministério Público Federal juntou precedentes jurisprudenciais aos autos (fls. 858/931v.).

Geraldo Carlos da Silva Pereira apresentou contrarrazões (fls. 932/935).

A Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Adriana Scordamaglia, manifestou-se pelo parcial provimento da apelação ministerial, parcial provimento da apelação de Alcides França Gusmão, desprovimento da apelação de Geraldo Carlos da Silva Pereira e “exclusão, de ofício, da causa de aumento prevista no artigo 19 da Lei nº 10.826/03, na terceira fase da dosimetria de ambos os réus, tendo em vista a ocorrência de *novatio legis in mellius*, adequando-se tanto a pena privativa de liberdade quanto a pena de multa” (fl. 948v.) (fls. 936/948v.).

Alcides França Gusmão apresentou petição, requerendo seja afastado o aumento de pena decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03, com fundamento no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em razão de *novatio legis in mellius*, pois, a partir do Decreto n. 9.847/19, de 25.06.19, da Presidência da República e da Portaria n. 1.222, de 12.08.19, do Comandante do Exército, as munições apreendidas passaram a ser consideradas de uso permitido (fls. 950/982).

Tendo em vista a manifestação da Procuradoria Regional da República e da defesa de Alcides França Gusmão acerca da nova classificação das armas de fogo e munições, o julgamento foi convertido em diligência para elaboração de laudo pericial complementar (fl. 984).

Foi juntado aos autos o laudo pericial complementar (fl. 993/993v.)

Encaminhem-se os autos à revisão.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

Imputação. Alcides França Gusmão, Geraldo Carlos da Silva Pereira (Geraldin Janaúba) e Maria Orizete Rodrigues Malheiros (Ori) foram denunciados pela prática do crime de associação criminosa (CP, art. 288). Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira (Geraldin Janaúba) também foram denunciados por descaminho (CP, art. 334, *caput*), importação de agrotóxico (Lei n. 9.605/98, art. 56, *caput*) e tráfico internacional de munição de uso restrito (Lei n. 10.826/06, art. 18 c. c. art. 19), tendo Alcides exercido liderança sobre Geraldo na prática desses delitos.

Segundo consta, em data incerta e até 14.07.18, os denunciados se associaram de forma estável para o fim específico de cometer crimes de descaminho e tráfico internacional de armas, munições e agrotóxicos. Alcides dirigia as atividades de Geraldo, residente em Cascavel, onde mantém entreposto de mercadorias que são importadas da Ciudad del Este, Paraguai. Ori, por sua vez, transportava as mercadorias na fronteira do Paraguai para o Brasil e levava até Cascavel.

Narra a denúncia que, no dia 14.07.18, no km 267 da rodovia SP-333, zona rural de Guarantã (SP), uma equipe de Policiais Militares deu ordem de parada ao veículo GM Vectra, placas LYV 3440, que estava nitidamente rebaixado. O veículo era conduzido por Alcides, que estava acompanhado de Geraldo. Havia 180 kg (cento e oitenta quilogramas) de brinquedos no veículo, sem nota fiscal, somando R\$ 16.596,00 (dezesesseis mil e quinhentos e noventa e seis reais), cuja estimativa de sonegação de impostos alcançou R\$ 8.049,06 (oito mil, quarenta e nove reais e seis centavos); 130 kg (cento e trinta quilogramas) do agrotóxico Derlis, inseticida da classe Benzoato 10 Agro Plus, contendo a substância Benzoato de Emamectina, extremamente tóxica à saúde humana e sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, cuja importação é proibida.

Além disso, sob as roupas de Geraldo, havia 9 (nove) caixas de munições, contendo 150 cartuchos de munição calibre 9mm Luger, de uso restrito, 100 cartuchos de munição calibre .38 SPL e 200 cartuchos de munição calibre .380 auto, de uso permitido.

Descreve a denúncia que, no dia 09.07.18, Alcides havia recebido a encomenda de 170 kg (cento e setenta quilogramas) de brinquedos de Claiton Garapava, a serem entregues em Ribeirão Preto (SP). Considerando a grande quantidade de mercadorias que seriam importadas, no dia 10.07.18, Alcides adquiriu o veículo GM Vectra, placas LYV 3440, por R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Os agrotóxicos e as munições foram adquiridos por Alcides, no Paraguai, para outros clientes. No dia 13.07.18, em cumprimento a ordem de Alcides, Geraldo embarcou em ônibus na rodoviária de Cascavel e foi até a Ciudad del Este para encontrar Alcides, tendo com ele retornado ao Brasil no veículo Vectra. (fls. 508/512)

Do processo. O processo foi desmembrado em relação a Maria Orizete Rodrigues Malheiros (Ori), tendo sido proposta a suspensão condicional do processo à acusada (cfr. fls. 505/505v. e 513v.).

Absolvição sumária. Dispositivo da sentença. Nulidade. Alcides e Geraldo foram absolvidos sumariamente quanto ao delito de descaminho (fls. 586/587). O Ministério Público Federal recorreu dessa decisão (fls. 606/610), tratando-se de matéria objeto da Apelação Criminal n. 0001602-16.2019.4.03.9999, que foi provida pela 5ª Turma do TRF da 3ª Região, à unanimidade, na sessão de julgamento do dia 12.08.19, para determinar o prosseguimento da ação penal, com trânsito em julgado para as partes em 12.09.19 e remessa à Vara de origem em 30.09.19, conforme informações do sistema informatizado de consulta processual desta Corte.

Desse modo, a instrução processual penal para apuração do delito de descaminho em relação aos corréus tem prosseguimento em autos apartados - Processo n. 0000112-84.2019.4.03.6142, enquanto a presente apelação tem por objeto apenas os delitos de importação de agrotóxicos e tráfico internacional de munições.

Na sentença, o Juízo de 1º grau explicitou fundamentação no sentido de manter a absolvição sumária quanto ao crime de descaminho, conforme previamente decidido e impugnado pelo Ministério Público Federal por meio de recurso.

Apela o *Parquet*, requerendo a nulidade desse capítulo da sentença, justamente porque não caberia ao Juízo novamente decidir sobre a absolvição sumária.

Assiste razão ao órgão ministerial.

A despeito da clareza na fundamentação sentença, que novamente explicitou a argumentação relativa à absolvição sumária quanto ao descaminho e consignou que já a havia feito (cfr. fl. 740), seu dispositivo refere, expressamente, a manutenção da “absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira) (fl. 745).

Tendo em vista que o dispositivo é elemento essencial da sentença e a reiteração da decisão acerca da absolvição sumária pode ensejar ambiguidade sobre a solução jurídica dada ao caso, uma vez que, em verdade, a absolvição sumária foi afastada pelo TRF da 3ª Região, que determinou o prosseguimento da ação penal contra os corréus Alcides e Geraldo pela prática do crime de descaminho, resta demonstrado prejuízo à acusação, ensejando a declaração de nulidade tão somente para excluir do dispositivo da sentença o quanto segue:

mantenho a absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira) (fl. 745).

Materialidade. Está satisfatoriamente comprovada a materialidade delitiva, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) auto de apresentação e apreensão do veículo GM Vectra, placas LYV 3440, munições de calibres 9mm, 38 e 380, 130 sacos de 1kg de Benzoato 10 Agro Plus, diversos brinquedos e dois aparelhos celulares, sendo um do corréu Geraldo e outro do corréu Alcides (fls. 10/12);

b) laudo pericial de balística, que constatou a eficiência das munições apreendidas para a realização de disparos, explicitando que as munições de calibre nominal 9mm Luger são de uso restrito, nos termos do inciso III do art. 16 do Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados (R - 105), aprovado pelo Decreto n. 3.665/00 (fls. 88/91);

c) laudo pericial complementar que esclareceu serem as munições calibre 9mm Luger de uso permitido, conforme a atual regulamentação, a saber, Decreto n. 10.030/19 e Portaria n. 1.222/19 do Exército Brasileiro (fl. 993/993v);

d) laudo pericial de química forense, que concluiu tratar-se o produto Benzoato 10 Agro Plus de agrotóxico que não tem registro aprovado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), pois, apesar de a substância Benzoato de Emamectina ser um princípio ativo de uso autorizado no Brasil, há somente um único agrotóxico com tal princípio ativo registrado no Brasil (fls. 153/157);

e) boletim de ocorrência e fotografias (fls. 429/453);

f) Informação n. 264/2018, de 15.10.18, da Procuradoria da República no Município de Marília (SP), que contém os dados extraídos dos aparelhos celulares apreendidos em poder dos corréus (fls. 453/492).

Autoria. Em apelação, pugnam Geraldo e Alcides pela absolvição.

Sem razão.

Em Juízo, a testemunha de acusação Geovano dal Medico, Policial Militar, disse que os réus transportavam brinquedos, agrotóxicos e munições diversas, inclusive, de calibres restritos, todos oriundos do Paraguai. Afirmou ter abordado o veículo Vectra, que estava rebaixado e era conduzido por Alcides, com o passageiro Geraldo. Disse que logo viram que o veículo estava repleto de brinquedos e agrotóxicos, enquanto as munições estavam sob as roupas de Geraldo. Indagado sobre quais direitos constitucionais os réus foram esclarecidos quando da abordagem, disse que foram informados sobre a prisão em flagrante, direito de ficar calado, assistência da família e do advogado, condução imediata à Polícia Federal. Confirmou que a versão do boletim de ocorrência foi fornecida depois da informação ao direito ao silêncio (mídia à fl. 667).

Em Juízo, a testemunha de acusação Claudio Celso Prado Junior, Policial Militar, confirmou se recordar da prisão dos réus, que transportavam brinquedos e munições no veículo abordado. Afirmou que Alcides era condutor e Geraldo passageiro. Declarou que havia agrotóxicos embaixo de vários brinquedos e munições embaixo das vestes de Geraldo. Indagado sobre quais direitos constitucionais os réus foram esclarecidos quando da abordagem, confirmou terem sido avisados sobre o direito ao silêncio, sendo que a versão do registro de ocorrência foi dada por Alcides e Geraldo antes de terem sido informados do direito ao silêncio. Afirmou ter Geraldo dito que as munições pertenciam a Alcides (mídia à fl. 667).

Interrogado em Juízo, Geraldo Carlos da Silva Pereira disse que recebeu o veneno para trazer, bem como que o carro era seu, o qual comprou por R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Disse que um moço lhe deu R\$ 3.000,00 (três mil reais) para trazer o veneno e deu-lhe também as caixas de munições, acreditando que seriam todas de calibre .38. Disse que viu que o carro tinha brinquedos, mas eram poucos. Declarou que sabia que transportava brinquedos, munições e agrotóxicos. Afirmou que eram de Alcides apenas os brinquedos, bem como que Alcides não sabia das armas. Esclareceu que as munições estavam em nove caixas pequenas. Confirmou ter dito aos policiais que as munições também eram de Alcides, mas, na verdade, não eram. Disse que teve a ideia de realizar a importação no hotel em Foz do Iguaçu. Declarou ter proposto para Alcides vir no seu carro, dirigindo, uma vez que sua carteira de motorista estava suspensa. Indagado sobre as mensagens do seu celular e do de Alcides, reiterou sua versão para os fatos até o momento em que afirmou que contaria a verdade. Narrou ter conhecido Alcides numa rebelião na Penitenciária de Cascavel e, desde então, haverem combinado comprar brinquedos, nada de armas ou agrotóxicos. Disse que o Cleiton, de Uberaba, fez uma proposta de veneno.

Disse que precisava de dinheiro porque estava preso, então, comprou o veneno do Cleiton, tendo Alcides negociado o preço com Derlis. Disse que os brinquedos eram de Alcides, mas o carro era de ambos, fora comprado meio a meio. Declarou que a ideia era trabalhar só com brinquedos. Disse que Cleiton é seu amigo e essa foi a primeira compra de agrotóxico, tendo Alcides dito para não levar. Afirmou que Alcides comprou as nove caixas de munição, as quais acabou por guardar em suas roupas e sapatos. Afirmou que o veneno era para o Cleiton e as munições eram para o Alcides. Expressou arrependimento (mídia à fl. 668).

Interrogado em Juízo, Alcides França Gusmão confirmou ter ido ao Paraguai e haver adquirido os brinquedos apreendidos. Disse que não se associou a Maria Orizete, tendo se utilizado algumas vezes do serviço dela para atravessar produtos pela ponte em Foz do Iguaçu. Negou envolvimento com armas ou agrotóxicos. Declarou que já havia viajado com Geraldo em outras oportunidades, mas não terem realizado compras juntos. Afirmou que ambos se conheceram na prisão em Cascavel, mas não orientava Geraldo em nada. Disse que Geraldo o chamou para dirigir porque a habilitação dele estava vencida. Negou que os agrotóxicos fossem seus ou que soubesse das munições. Negou ter exercido qualquer liderança. Expressou arrependimento (mídia à fl. 668).

Os réus Geraldo e Alcides foram presos em flagrante no dia 14.07.18 quando transportavam, brinquedos, agrotóxicos e munições, todos oriundos do Paraguai, no veículo Vectra, placas LYV 3440. Os agrotóxicos estavam guardados embaixo dos brinquedos enquanto Geraldo levava as munições em suas vestes. O veículo era dirigido por Alcides e Geraldo era passageiro (cfr. fls. 2/17).

Interrogado, Geraldo confessou a prática dos crimes. A autoria resta indubitável ante sua confissão, a prisão em flagrante e os relatos das testemunhas.

Não se sustentam as alegações da defesa no sentido de não restar caracterizado o tráfico internacional de armas quando são internalizadas apenas munições no território nacional. O tipo penal do art. 18 da Lei n. 10.826/03 tipifica igualmente a importação tanto de arma de fogo quanto de acessório ou munição.

Interrogado, Alcides negou ter envolvimento com a importação de agrotóxicos ou munições. Contudo, a versão que apresentou para os fatos não tem amparo nos demais elementos de prova.

O corréu Geraldo declarou que atuara juntamente com Alcides para a importação dos agrotóxicos e das munições. As mensagens de *whatsapp* do aparelho celular de Alcides confirmam a aquisição dos produtos juntamente com Geraldo, uma vez que recebera encomenda de munições para espingarda, em conversa com o interlocutor identificado como “Lazaro”, e tratou da negociação do “veneno” com “Derlis”, conforme diálogos dos dias 9 e 10.07.18, que antecederam os fatos (cfr. fls. 458v. e 468v.).

A prisão em flagrante aliada à prova oral e documental dos autos torna certa a autoria delitiva.

Portanto, mantenho a condenação de Geraldo e Alcides pela prática dos crimes de importação de agrotóxico (Lei n. 9.605/98, art. 56, *caput*) e tráfico internacional de munição (Lei n. 10.826/06, art. 18).

Dosimetria. Alcides França Gusmão. Para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, o Juízo *a quo* ponderou de modo negativo a grande quantidade de agrotóxico (130 kg) (1/6) e sua nocividade (1/6), por se tratar de substância de extrema toxicidade, além dos maus antecedentes do réu, em razão de condenações definitivas anteriores por receptação e violação de direitos

autorais na Ação Penal n. 0027357-30.2011.8.13.0325 (1/6) e por contrabando na Ação Penal n. 5005351-16.2012.4.04.7010 (1/6), de modo que fixou a pena-base na fração de 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal, somando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Sem atenuantes, aplicou a agravante da reincidência, em razão da condenação definitiva na Ação Penal n. 5009872-48.2014.4.04.7005, com trânsito em julgado em 28.01.15 e cumprimento de pena em 26.06.16, para majorar a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, a qual tornou definitiva, à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, o Juízo *a quo* ponderou de modo negativo os antecedentes do réu, em razão de condenações definitivas anteriores por receptação e violação de direitos autorais na Ação Penal n. 0027357-30.2011.8.13.0325 (1/6) e por contrabando na Ação Penal n. 5005351-16.2012.4.04.7010 (1/6), bem como a quantidade de munições (450 cartuchos) (1/6), majorando a pena-base na fração de 1/2 (metade), o que resultou em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Sem atenuantes, aplicou a agravante da reincidência, em razão da condenação definitiva na Ação Penal n. 5009872-48.2014.4.04.7005, com trânsito em julgado em 28.01.15 e cumprimento de pena em 26.06.16, para majorar a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Sem causas de diminuição, aplicou a causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.823/06, pois uma parte da munição era de uso restrito, aumentando a pena da 1/2 (metade), que resultou em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, tornada definitiva.

As penas foram somadas em razão do concurso formal impróprio, resultando na pena total de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (14.07.18).

Regime inicial fechado.

Denegada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Apela o réu Alcides para que a fração de aumento decorrente das circunstâncias judiciais e da reincidência seja reduzida a 1/8 (um oitavo).

Apela o Ministério Público Federal para que a fração de aumento da pena incida sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima e não sobre a pena mínima dos delitos, o que resultaria na fixação de pena mais gravosa para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98. Pugna pela incidência da agravante da liderança prevista no art. 62, I, do Código Penal em relação a Alcides.

Pugna a Procuradoria Regional da República pela exclusão, de ofício, da causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03 da 3ª fase da dosimetria da pena para ambos os réus. A defesa de Alcides França Gusmão apresentou petição no mesmo sentido, uma vez que as munições apreendidas passaram a ser classificadas como de uso permitido.

Não prosperam as apelações do réu Alcides França Gusmão ou do Ministério Público Federal.

Contudo, de ofício, na 3ª fase da dosimetria do crime de tráfico internacional de munições, há que se excluir a causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03. Conforme laudo pericial complementar - Laudo n. 006/2020 - UTEC/DPF/MII/SP -, as munições calibre 9mm

Luger são classificadas como de uso permitido, nos termos do Decreto n. 10.030/19 e Portaria n. 1.222/19 do Exército Brasileiro (fl. 993v.).

Passo à análise da argumentação recursal e revisão das penas.

Na 1ª fase da dosimetria da pena, o Juízo de 1º grau, em atenção ao disposto no art. 59 do Código Penal, examinou as circunstâncias judiciais e, fundamentadamente, explicitou aquelas que considerou negativas e fixou a pena-base dos delitos acima do mínimo legal.

No tocante ao delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, a grande quantidade de agrotóxicos, sua toxidade extrema e os maus antecedentes de Alcides ensejaram o aumento na fração de 2/3 (dois terços), que incidiu sobre a pena mínima prevista em abstrato para o delito (1 ano).

No tocante ao delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, a grande quantidade de cartuchos apreendidos e os maus antecedentes de Alcides ensejaram o aumento na fração de 1/2 (metade), que incidiu sobre a pena mínima prevista em abstrato para o delito (4 anos).

O percentual de 2/3 (dois terços) para a importação de agrotóxicos e o percentual de 1/2 (metade) para o tráfico internacional de munições restou satisfatoriamente justificado à vista das circunstâncias judiciais negativas, não se mostrando adequada a redução para a fração de 1/8 (um oitavo), conforme pleiteia a defesa.

Por sua vez, a acusação pretende que a fração de 2/3 (dois terços) incida sobre o intervalo entre a pena mínima (1 ano) e a pena máxima (4 anos) previstas no preceito secundário do art. 56 da Lei n. 9.605/98, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. No caso do art. 18 da Lei n. 10.826/03, a acusação não tem interesse recursal, uma vez que a pena mínima (4 anos) equivale ao intervalo entre a pena mínima (4 anos) e a pena máxima (8 anos) previstas no preceito secundário da norma.

Embora não se despreze a orientação jurisprudencial que admite a fixação da pena-base a partir do intervalo entre a pena mínima e a pena máxima, não se trata de entendimento vinculante.

Ressalte-se que o Código Penal não estabelece critérios rígidos para o cálculo da dosimetria da pena, que se sujeita a certa discricionariedade judicial. É necessário, portanto, que a dosimetria da pena seja fundamentada em elementos concretos, atenda à razoabilidade e à proporcionalidade e seja estabelecida dentro dos parâmetros legais previamente fixados pelo legislador.

Na espécie, o cálculo da pena tem fundamentação idônea, mostra-se razoável e observa os parâmetros legais, não se verificando razões que determinem a realização de nova dosimetria com base no intervalo das penas mínima e máxima.

Nada há a reparar na pena-base dos delitos de importação de agrotóxicos e tráfico internacional de armas de fogo em relação ao corréu Alcides.

Para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, mantenho a pena-base na fração de 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal, somando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Sem atenuantes. Mantenho a agravante da reincidência para majorar a pena em 1/6 (um sexto), fração que se mostra razoável e consonante com a orientação jurisprudencial do TRF da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, somando a pena 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

Não incide a circunstância agravante do art. 62, I, do Código Penal em relação ao corréu Alcides. Não está satisfatoriamente demonstrado que Alcides tenha exercido liderança sobre os demais agentes. Dos interrogatórios, tem-se que Alcides e Geraldo atuavam juntos para adquirir brinquedos no Paraguai ou, segundo a versão de Alcides, apenas viajavam juntos. Ambos

negam que Alcides exercesse liderança. Geraldo explicita que o veículo que Alcides conduzia no dia da prisão em flagrante fora adquirido por ambos, meio a meio. O contexto probatório evidencia a atuação conjunta de ambos, mas não tem elementos suficientes a demonstrar que Alcides dirigisse as atividades dos demais.

Sem causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98.

Para o delito do 18 da Lei n. 10.826/03, mantenho a pena-base na fração de 1/2 (metade) acima do mínimo legal, resultando em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa

Sem atenuantes, resta mantida a agravante da reincidência para majorar a pena em 1/6 (um sexto), fração que se mostra razoável e consonante com a orientação jurisprudencial do TRF da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, somando a pena 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Não incide a agravante do art. 62, I, do Código Penal. Não está demonstrada a liderança de Alcides, conforme fundamentação supramencionada.

Sem causas de diminuição, de ofício, excludo o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03, uma vez que as munições de calibre 9mm, conforme a atual regulamentação legal, classificam-se como de uso permitido.

Portanto, torno definitiva a pena de 7 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03.

Somadas as penas em concurso formal impróprio, resulta o total de 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Mantido o valor unitário mínimo legal para o dia-multa.

Regime inicial fechado.

Denegada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não restarem preenchidos os requisitos legais.

Dosimetria. Geraldo Carlos da Silva Pereira. Para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, o Juízo *a quo* ponderou de modo negativo a grande quantidade de agrotóxico (130 kg) (1/6) e sua nocividade (1/6), por se tratar de substância de extrema toxicidade, de modo que fixou a pena-base na fração de 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, somando 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Considerou que, apesar de o réu ter duas condenações criminais transitadas em julgado, uma por embriaguez ao volante e posse de medicamento sem registro sanitário e outra por porte de drogas para consumo pessoal, somente a primeira enseja majoração da pena em razão da reincidência, mas a segunda não pode ser considerada para fins de maus antecedentes:

A última, todavia, não pode ser considerada como reincidência, de acordo com posicionamento firmado pelo STJ no Resp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/08/2018, por desproporcional, considerando que condenação pretérita por contravenção penal, cujas penas são maiores que as aplicáveis ao porte de drogas para uso pessoal, não ensejam reincidência. Por identidade de razões, ou seja, por desproporcionalidade, também não pode ser levada em conta para ser considerada mau antecedente. (fl. 743)

Reconheceu a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, em razão da condenação definitiva na Ação Penal n. 0039824-55.2014.8.13.0351, com trânsito em julgado em 03.10.17, para majorar a pena em 1/12 (um doze avos), resultando em 1 (um) ano, 5 (cinco)

meses e 10 (dez) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, a qual tornou definitiva, à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, o Juízo *a quo* ponderou de modo negativo a quantidade de munições (450 cartuchos), majorando a pena-base na fração de 1/6 (um sexto), o que resultou em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Desprezou a condenação por porte de drogas para consumo pessoal para fins de antecedentes penais.

Reconheceu a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, em razão da condenação definitiva na Ação Penal n. 0039824-55.2014.8.13.0351, com trânsito em julgado em 03.10.17, para majorar a pena em 1/12 (um doze avos), somando a pena 5 (cinco) anos e 20 (vinte) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Sem causas de diminuição, aplicou a causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.823/06, pois uma parte da munição era de uso restrito, aumentando a pena da metade, que resultou em 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, tornada definitiva.

As penas foram somadas em razão do concurso formal impróprio, resultando em 9 (nove) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (14.07.18).

Regime inicial fechado.

Denegada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A defesa de Geraldo não recorreu da dosimetria da pena.

Apela o Ministério Público Federal para que a fração de aumento da pena incida sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima e não sobre a pena mínima dos delitos, o que resultaria na fixação de pena mais gravosa para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98. Sustenta que a condenação definitiva de Geraldo pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal (Lei n. 11.343/06, art. 28), na Ação Penal n. 0052682-26.2011.8.26.0351 deve ser considerada como mau antecedente na 1ª fase da dosimetria da pena.

Pugna a Procuradoria Regional da República pela exclusão, de ofício, da causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03 da 3ª fase da dosimetria da pena para ambos os réus. A defesa de Alcides França Gusmão apresentou petição no mesmo sentido, uma vez que as munições apreendidas passaram a ser classificadas como de uso permitido.

Prospera, em parte, a apelação do Ministério Público Federal para que seja reconhecido o mau antecedente de Geraldo.

De ofício, na 2ª fase da dosimetria das penas de Geraldo, há que se compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e, na 3ª fase da dosimetria do crime de tráfico internacional de munições, há que se excluir a causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03. Conforme laudo pericial complementar - Laudo n. 006/2020 - UTEC/DPF/MII/SP -, as munições calibre 9mm Luger são classificadas como de uso permitido, nos termos do Decreto n. 10.030/19 e Portaria n. 1.222/19 do Exército Brasileiro (fl. 993v.).

Passo à análise da argumentação recursal e revisão das penas.

Na 1ª fase da dosimetria da pena, o Juízo de 1º grau, em atenção ao disposto no art. 59 do Código Penal, examinou as circunstâncias judiciais e, fundamentadamente, explicitou aquelas que considerou negativas e fixou a pena-base dos delitos acima do mínimo legal.

No tocante ao delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, a grande quantidade de agrotóxicos e sua toxidade extrema ensejaram o aumento da pena de Geraldo na fração de 1/3 (um terço), que incidiu sobre a pena mínima prevista em abstrato para o delito (1 ano).

No tocante ao delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, a grande quantidade de cartuchos apreendidos ensejou o aumento na fração de 1/6 (um sexto), que incidu sobre a pena mínima prevista em abstrato para o delito (4 anos).

A acusação pretende que as frações de aumento incidam sobre o intervalo entre a pena mínima (1 ano) e a pena máxima (4 anos) previstas no preceito secundário do art. 56 da Lei n. 9.605/98, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. No caso do art. 18 da Lei n. 10.826/03, a acusação não tem interesse recursal, uma vez que a pena mínima (4 anos) equivale ao intervalo entre a pena mínima (4 anos) e a pena máxima (8 anos) previstas no preceito secundário da norma.

Embora não se despreze a orientação jurisprudencial que admite a fixação da pena-base a partir do intervalo entre a pena mínima e a pena máxima, não se trata de entendimento vinculante.

Ressalte-se que o Código Penal não estabelece critérios rígidos para o cálculo da dosimetria da pena, que se sujeita a certa discricionariedade judicial. É necessário, portanto, que a dosimetria da pena seja fundamentada em elementos concretos, atenda à razoabilidade e à proporcionalidade e seja estabelecida dentro dos parâmetros legais previamente fixados pelo legislador.

Na espécie, o cálculo da pena tem fundamentação idônea, mostra-se razoável e observa os parâmetros legais, não se verificando razões que determinem a realização de nova dosimetria com base no intervalo das penas mínima e máxima.

Por outro lado, assiste razão à acusação ao sustentar que a condenação definitiva do réu à pena de advertência pela prática do crime de porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, na Ação Penal n. 0052682-26.2011.8.13.0351, com trânsito em julgado em 10.09.12 (fls. 494/498), caracteriza mau antecedente a ensejar majoração da pena-base dos delitos.

Consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, com o advento da Lei n. 11.343/06, não se verificou *abolitio criminis* em relação à conduta de posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06), mas mera despenalização, visto ter sido excluída a pena privativa de liberdade do preceito secundário do tipo penal (STF, Questão de Ordem no RE n. 430.105. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07).

Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça confirma a adequação da valoração negativa dos antecedentes ou a caracterização da reincidência em razão de condenação definitiva pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06 (STJ, Revisão Criminal n. 3926, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 28.11.18).

Tendo em vista que o réu Geraldo Carlos da Silva Pereira foi condenado, de modo definitivo, pela prática do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, com trânsito em julgado em 10.09.12 (fls. 494/498), vindo a praticar os delitos objeto desta ação penal em 14.07.18, resta caracterizado mau antecedente penal.

Com efeito, a sentença condenatória com trânsito em julgado pode servir como mau antecedente na hipótese de restar destituída de eficácia para ensejar a reincidência em virtude de ter decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal (STF, *Habeas Corpus* n. 98803, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.08.09 e STJ, *Habeas Corpus* n. 133858, Rel. Min. Félix Fischer, j. 19.08.09).

Para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, fixo a pena-base na fração de 1/2 (metade) acima do mínimo legal, em razão da grande quantidade de agrotóxico (130kg), de sua excessiva

toxicidade e dos maus antecedentes do réu Geraldo, que tem condenação definitiva pela prática do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, somando 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Reconhecida a atenuante da confissão, tendo em vista que o réu admitiu a importação dos agrotóxicos, bem como a agravante da reincidência, em razão de condenação definitiva na Ação Penal n. 0039824-55.2014.8.13.0351, com trânsito em julgado em 03.10.17, pela prática (fls. 375/379), há que se compensar, de ofício, ambas as circunstâncias.

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.” (STJ, REsp n. 1.341.370, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10.04.13, para os fins do art. 543-C do CPC). Assim, revejo o entendimento anterior quanto à preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão.

Logo, na 2ª fase da dosimetria da pena, mantenho a pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para o delito do art. 56 da Lei n. 9.605/98, que torno definitiva, à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03, fixo a pena-base na fração de 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, em razão da grande quantidade de munições (450 cartuchos) e dos maus antecedentes do réu Geraldo, que tem condenação definitiva pela prática do crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, somando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Reconhecidas a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, consoante fundamentação supramencionada, mantenho a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Sem causas de diminuição, de ofício, excluo o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03, uma vez que as munições de calibre 9mm, conforme a atual regulamentação legal, classificam-se como de uso permitido.

Portanto, torno definitiva a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa para o delito do art. 18 da Lei n. 10.826/03 em relação ao corréu Geraldo.

Somadas as penas em concurso formal impróprio, resulta o total de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Regime inicial fechado, visto tratar-se de réu reincidente.

Mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Inabilitação para dirigir veículo. É admissível a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, nos termos do art. 92, III, do Código Penal.

Na sentença, o Juízo *a quo* ressaltou sua duração pelo tempo da pena aplicada e não até a reabilitação, nos seguintes termos:

É caso de aplicação do efeito da condenação consistente na inabilitação para dirigir veículo relativamente a Alcides, vez que o réu o utilizou para a prática de crime doloso. Calha fincar que assim se procura inibir a prática de crimes desta natureza. Nesse diapasão e por força do art. 92, III, do CP, imperiosa a aplicação da inabilitação para dirigir veículo.

Por quanto tempo? Pelo tempo da pena aplicada e não até a reabilitação ou permanentemente, pois a proporcionalidade e a adequação da pena assim indicam. Aliás, seria ilógico a pena possuir uma duração mas seus efeitos, outra, maior e indefinida. Ademais, a ausência de fixação precisa do lapso implicaria conceder efeitos permanentes a diminuição relevante do patrimônio jurídico do cidadão, em flagrante inectiva à vedação de penas perpétuas. Mesmo colocar como termo final a reabilitação dá azo a efeitos permanentes ou no mínimo muito

prolongados no tempo, com aspectos atinentes a terceiros (funcionamento do Judiciário, nem sempre tempestivo) e aleatórios. O termo inicial deve ser o recolhimento da CNH pelo Juízo da Execução ou pela autoridade administrativa. Frise-se que a jurisprudência manifestamente majoritária partilha deste mesmo sentir. (fls. 744v./745)

A acusação recorre para que esse efeito da condenação perdure até eventual reabilitação penal, na forma do art. 94 do Código Penal.

É incontestável a utilização do veículo Vectra, placas LYV 3440, pelos acusados, tendo sido conduzido por Alcides, para a prática dos delitos de importação de agrotóxicos e tráfico internacional de munições de arma de fogo, de modo que é pertinente a aplicação do efeito da condenação de inabilitação para dirigir veículo automotor.

Contudo, convém limitar esse efeito ao tempo da condenação, como determinado na sentença. O art. 92, III, do CP não prevê nenhum prazo para a duração desse efeito extrapenal, de modo que fica a critério do livre convencimento motivado do julgador a fixação de sua duração, como se deu na hipótese vertente.

Justiça Gratuita. Postula Alcides França Gusmão a concessão do benefício da justiça gratuita.

Concedo-lhes o benefício pretendido.

Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, no entanto, o réu deve ser condenado ao pagamento das custas processuais (CPP, art. 804), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar o estado de pobreza, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a prescrição da obrigação (Lei n. 1.060/50, art. 12). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado (STJ, REsp n. 842.393, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 20.03.07; REsp n. 263.381, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.02.03; TRF da 3ª Região, ACR n. 26.953, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 09.02.09).

Ante o exposto, julgo os recursos de apelação nos seguintes termos:

a) *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal para anular parte da sentença tão somente para excluir do dispositivo o trecho “mantenho a absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira)” e reconhecer a condenação definitiva de Geraldo Carlos da Silva Pereira pela prática do crime de porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, na Ação Penal n. 0052682-26.2011.8.13.0351, como mau antecedente;

b) *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação de Alcides França Gusmão para conceder-lhe o benefício da gratuidade da Justiça e acolho os pedidos da defesa e da Procuradoria Regional da República para, *DE OFÍCIO*, excluir o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03, resultando a pena total do réu em 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 56 da Lei n. 9.605/98 e do art. 18 da Lei n. 10.826/03;

c) *NEGO PROVIMENTO* à apelação de Geraldo Carlos da Silva Pereira, acolho o pedido da Procuradoria Regional da República para, *DE OFÍCIO*, excluir o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03 e, *DE OFÍCIO*, procedo à compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, resultando a pena total do réu em 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime inicial fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa pela prática dos crimes do art. 56 da Lei n. 9.605/98 e do art. 18 da Lei n. 10.826/03.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO-VISTA

Desembargador Federal Paulo Fontes: Inicialmente, ressalto a estima e a admiração que nutro pelo Eminentíssimo Relator deste feito, Des. Fed. André Nekatschalow.

Pedi vista dos autos para melhor análise dos fatos.

Trata-se de apelações criminais interpostas por ALCIDES FRANÇA GUSMÃO, GERALDO CARLOS DA SILVA PEREIRA e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da sentença de fls. 737/745 v. e fls. 793, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Lins/SP.

O acusado ALCIDES FRANÇA GUSMÃO foi absolvido pela prática do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, e condenado pela prática dos crimes previstos no artigo 56 da Lei nº 9.605/98 e artigo 18 c.c. o artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 70, *caput*, segunda parte, à pena de 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à inabilitação para dirigir veículo automotor pelo tempo da pena privativa de liberdade

O acusado GERALDO CARLOS DA SILVA PEREIRA foi absolvido pela prática do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, e condenado pela prática dos crimes previstos no artigo 56 da Lei nº 9.605/98 e artigo 18 c.c. o artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 70, *caput*, segunda parte, à pena de 09 (nove) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em sede de razões recursais, a defesa de Alcides (fls. 757/769) requereu a absolvição do acusado quanto à prática de ambos os delitos, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteou, quanto ao delito previsto no artigo 56 da Lei nº 9.605/98: a) redução da fração de aumento da pena-base para 1/8 (um oitavo); b) incidência da agravante da reincidência na proporção de 1/8 (um oitavo). E, quanto ao delito previsto no artigo 288 do Código Penal: a) redução da fração de aumento da pena-base para 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desabonadora; b) incidência da agravante da reincidência na proporção de 1/8 (um oitavo). Requereu ainda a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

Também apelou a defesa de Geraldo (fls. 779/783), requerendo a absolvição do acusado, por ambos os crimes.

Ainda, apelou a acusação (fls. 803/826), pleiteando: a) a anulação da parte da sentença que, novamente, absolveu os acusados quanto ao delito de descaminho, visto que a matéria é objeto da Apelação Criminal nº 001602-16.2019.4.03.9999; b) que a incidência das frações de aumento da pena-base se dê, considerando como base de cálculo, o intervalo existente entre as penas máximas e mínimas cominadas aos delitos; c) seja considerada, quanto ao acusado Geraldo, para fins de maus antecedentes, a condenação pelo porte de droga para consumo pessoal; d) para o acusado Alcides, incida a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal; e) a inabilitação de Alcides para dirigir veículo automotor perdure até a reabilitação.

A Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Adriana Scordamaglia Fernandes, manifestou-se pelo parcial provimento dos recursos da acusação e de Alcides França Gusmão, desprovimento do recurso de Geraldo Carlos da Silva Pereira e para que, de ofício,

seja excluída a causa de aumento prevista no artigo 19 da Lei nº 10.826/2003 para ambos os acusados (fls. 936/948 v.).

O voto do E. Relator foi no sentido de *DAR PARCIAL PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal para anular parte da sentença tão somente para excluir do dispositivo o trecho “mantenho a absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira)” e reconhecer a condenação definitiva de *Geraldo Carlos da Silva Pereira* pela prática do crime de porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, na Ação Penal n. 0052682-26.2011.8.13.0351, como mau antecedente; *DAR PARCIAL PROVIMENTO* à apelação de *Alcides França Gusmão* para conceder-lhe o benefício da gratuidade da Justiça e acolher os pedidos da defesa e da Procuradoria Regional da República para, *DE OFÍCIO*, excluir o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/2003, resultando a pena total do réu em 8 (oito) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 56 da Lei nº 9.605/1998 e do art. 18 da Lei nº 10.826/2003; *NEGAR PROVIMENTO* à apelação de *Geraldo Carlos da Silva Pereira*, acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para, *DE OFÍCIO*, excluir o aumento decorrente do art. 19 da Lei n. 10.826/03 e, *DE OFÍCIO*, proceder à compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, resultando a pena total do réu em 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, regime inicial fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa pela prática dos crimes do art. 56 da Lei nº 9.605/98 e do art. 18 da Lei nº 10.826/03.

Após detida análise dos autos, verifico que, quanto à comprovação da materialidade e autoria do delito, bem como quanto à nulidade suscitada na sentença, acompanho integralmente o Relator.

Destaco, quanto às munições localizadas, que a transcrição das mensagens trocadas entre Alcides e terceiro indivíduo, identificado como “Lazaro”, demonstram a finalidade comercial das munições (fls. 458/458v.), caracterizando, portanto, o delito do artigo 18 da Lei 10.826/2003.

Contudo, ousou divergir do E. Relator no tocante à dosimetria da pena.

Alcides França Gusmão

A pena do acusado restou fixada, na r. sentença, em 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à inabilitação para dirigir veículo automotor pelo tempo da pena privativa de liberdade.

Do delito do artigo 56 da Lei nº 9.605/1998

Pelo crime previsto no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, o acusado Alcides foi condenado à pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

A defesa pleiteou a redução da fração de aumento da pena-base para 1/8 (um oitavo).

Neste ponto, discordo do E. Relator e entendo que o apelo defensivo comporte parcial provimento.

O Juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, com a seguinte fundamentação:

“Na primeira fase da apenação, as circunstâncias do crime, consistentes na grande quantidade de substância (130 Kg) e na extrema toxicidade do objeto material (o crime exige apenas toxicidade, de maneira que o extremo deve ser mais severamente apenado) levam ao incremento de 1/3, ou seja, 1/6 por conta da quantidade e 1/6 por conta da nocividade.

Considerando que houve três condenações definitivas anteriores a este crime contra Alcides, uma deve ser usada para fins de reincidência e as demais como maus antecedentes. Nesse diapasão, as condenações por receptação de produto de violação de direito autoral na AP nº 0027357-30.2011.8.13.0325 e por contrabando na AP nº 5005351-16.2012.4.04.7010 devem ensejar, cada qual, aumento de 1/6, de forma a totalizar 1/3 de acréscimo.

Aumento total nesta fase: 2/3. Pena-base de reclusão de 1 ano e 8 meses e de multa de 16 dias-multa.

Não verifico, nas demais circunstâncias do art. 59 do CP, idoneidade para alterar a pena-base.”

De fato, as circunstâncias do crime, considerada a nocividade e quantidade do tóxico apreendido, bem como os maus antecedentes do acusado, justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, em patamar inferior ao fixado pelo MM. Juiz *a quo*.

No presente caso, reputo adequada e suficiente a fixação da fração de aumento em 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial valorada negativamente (circunstâncias do crime e maus antecedentes), portanto, com a exasperação da pena-base à fração de 1/3 (um terço), fixando-se a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

A acusação pleiteia que a incidência das frações de aumento da pena-base se dê, considerando, como base de cálculo, o intervalo existente entre as penas máximas e mínimas cominadas aos delitos.

Há que se observar que o Código Penal não atribui peso a nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 59, sendo possível concluir que, cada uma delas, se valoradas negativamente, representa fundamento para a exasperação da pena-base.

Com efeito, o julgador possui discricionariedade para, diante do caso concreto, estabelecer o *quantum* da exasperação.

Atribuir que a incidência da fração de aumento deva se dar tão somente sobre a diferença entre as penas máximas e mínimas, limitaria a atuação do magistrado à adoção de um critério puramente matemático, sem a observância das especificidades de cada situação, o que violaria o próprio princípio da individualização da pena.

Na segunda-fase da dosimetria da pena, incidiu de forma correta a agravante da reincidência prevista no artigo 61, I, do Código Penal, visto que restou comprovado que o acusado é reincidente, com trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida nos autos nº 5009872-48.2014.4.04.7005 TJ/PR, conforme se verifica às fls. 556 v., devendo ser mantida a fração de aumento no patamar de 1/6 (um sexto), em consonância com o que esta corte tem aplicado em casos semelhantes.

Como bem apontado pelo E. Relator, não restou plenamente comprovado nos autos que Alcides assumiu posição de liderança na empreitada criminosa.

Assim, resta a reprimenda intermediária fixada em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento ou diminuição de pena, resta a pena definitivamente fixada em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa para o delito do artigo 56 da Lei nº 9.605/1998.

Do delito do artigo 18 da Lei nº 10.826/2003

Pelo crime previsto no artigo 18 da Lei nº 10.826/2003, o acusado Alcides foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

A defesa pleiteia a redução da fração de aumento da pena-base para 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desabonadora.

Entendo que o apelo defensivo comporte parcial provimento.

O MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, com a seguinte fundamentação:

“Na primeira fase da apenação, considerando que houve três condenações definitivas anteriores a este crime contra Alcides, uma deve ser usada para fins de reincidência e as demais como maus antecedentes. Nesse diapasão, as condenações por receptação de produto de violação de direito autoral na AP nº 0027357-30.2011.8.13.0325 e por contrabando na AP nº 5005351-16.2012.4.04.7010 devem ensejar, cada qual, aumento de 1/6, de forma a totalizar 1/3 de acréscimo.

A quantidade de munição (450 cartuchos) autoriza o incremento na sanção na ordem de 1/6. Aumento total nesta fase: $1/6 + 1/3 = 1/2$. Pena-base de reclusão de 6 anos e multa de 15 dias-multa.

Não verifico, nas demais circunstâncias do art. 59 do CP, idoneidade para alterar a pena-base.”

Como bem apontado pelo Magistrado de 1º grau, os maus antecedentes do acusado e a quantidade de munição apreendida devem ser valorados negativamente, para fins de exasperação da pena-base.

Contudo, dirijo do MM. Juiz *a quo* e do E. Relator quanto ao patamar da fração de aumento, entendendo suficiente a exasperação em 1/6 para cada circunstância judicial valorada.

Deste modo, pesando contra o acusado duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes e quantidade de munição apreendida), reputo adequada a exasperação da pena-base à fração total de 1/3 (um terço), fixando-se a pena base em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda-fase da dosimetria da pena, conforme já explicitado, incidiu de forma correta a agravante da reincidência prevista no artigo 61, I, do Código Penal, visto que restou comprovado que o acusado é reincidente, com trânsito em julgado de sentença penal condenatória, devendo ser mantida a fração de aumento no patamar de 1/6 (um sexto), em consonância com o que esta corte tem aplicado em casos semelhantes.

Não restou comprovado nos autos que Alcides tenha assumido posição de liderança na empreitada criminosa.

Deste modo, resta a reprimenda intermediária fixada em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de diminuição e pena.

Ainda, como bem apontado pelo E. Relator, deve ser afastada a causa de aumento prevista no artigo 19 da Lei nº 10.826/2003.

A publicação do Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019 trouxe nova regulamentação ao Estatuto do Desarmamento, tornando de uso permitido armamento com potência que, anteriormente ao Decreto nº 9.785/2019 (revogado), era tido como de uso restrito, ocorrendo, portanto, no caso dos presentes autos, a *novatio legis in mellius*, tendo em vista que a norma posterior, mantendo a incriminação do fato, tornou menos gravosa a situação do réu.

Assim, resta a pena definitivamente fixada em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa para o delito do art. 18 da Lei nº 10.826/2003.

Caracterizado o concurso formal impróprio, a soma das penas implica no total de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Mantido o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Altero o regime de cumprimento inicial de pena para o semiaberto, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

Não cumpridos os requisitos objetivos do artigo 44 do Código Penal, incabível a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Da pena de inabilitação para dirigir veículo automotor.

No caso, restou demonstrado que o acusado se utilizou do veículo GM/Vectra GLS 1995/1996, cor branca, placas LYV 3440, para o transporte do agrotóxico.

Assim, em razão da prática de crime doloso mediante a utilização de veículo automotor pelo acusado, é cabível a aplicação do efeito da condenação previsto no artigo 92, III, do Código Penal, consistente na inabilitação para dirigir veículo.

A medida revela-se conveniente, pois o recorrido, valendo-se da habilitação, transportou considerável quantidade do produto, de forma que a restrição ao uso desse instrumento para o transporte mostra-se adequada.

Tal imposição possui a finalidade de dificultar a reincidência na prática delituosa, enquanto durarem os efeitos da condenação, tendo natureza preventiva e punitiva. Ainda que não impeça a reiteração criminosa, não há dúvida que a torna mais difícil, além de possuir efeito dissuasório, desestimulando a prática criminosa sem encarceramento.

No que diz respeito ao tempo de duração da interdição, diversamente do requerido pela acusação, deve ser limitado ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, haja vista que o Código Penal não prevê expressamente o tempo de duração de tal efeito da condenação.

A esse respeito colaciono os seguintes julgados:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CONTRABANDO DE CIGARROS DE FABRICAÇÃO ESTRANGEIRA. ART. 304, § 1º, ALÍNEAS B E D, CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AGRAVANTE DO ART. 62, IV, CP. NÃO INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR. SANÇÃO ADEQUADA À REPRESSÃO E PUNIÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA NO CASO CONCRETO. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...)”

5. A sanção do art. 92, III, do CP é plenamente adequada à repressão, punição e prevenção do transporte de carga ilícita vinda do Paraguai, como no caso dos autos, mormente diante da confissão do acusado, de que já fizera esse transporte ilegal anteriormente, inclusive sendo preso por tal conduta. Perda da licença de dirigir por igual prazo da pena corporal.

6. Recurso ministerial parcialmente provido.

(TRF-3 - ACR: 00043424620114036112 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, Data de Julgamento: 06/12/2016, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2016).

“PENAL. CONTRABANDO. TRANSPORTE DE CIGARROS. CORRUPÇÃO ATIVA. QUADRI-LHA. DOSIMETRIA: CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, PENA DE MULTA, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. EFEITO EXTRAPENAL ESPECÍFICO DA CONDENAÇÃO: INABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO (CABIMENTO E DURAÇÃO DA MEDIDA). (...)”

8. Em razão da prática de crime doloso mediante a utilização de veículo automotor, é cabível a aplicação do efeito da condenação previsto no artigo 92, inciso III do Código Penal, consistente na inabilitação para dirigir veículo, a fim de desestimular a reiteração no descaminho, ao privar o agente de instrumento apto a transportar grande quantidade de mercadorias. Ainda que a inabilitação para dirigir não impeça a reiteração criminosa, não há dúvida que a torna mais difícil, além de possuir efeito dissuasório, desestimulando a prática criminosa sem encarceramento. O efeito da condenação em questão deve ser aplicado em casos de descaminho, contrabando, bem como de tráfico de drogas, armas, animais ou pessoas, restando o agente inabilitado para conduzir veículo, em especial quando evidenciado que: a) o agente se dedica ao crime de forma reiterada ou profissional; b) a quantidade de mercadoria é expressiva; c) há evidências de que as mercadorias tinham finalidade comercial; d) se tratar de mercadoria proibida; e) houver concurso com outros delitos, como associação, desobediência, corrupção ativa ou delito de telecomunicações.

9. No silêncio da lei sobre o tempo de duração da medida, deverá durar pelo tempo da condenação, iniciando-se o prazo a partir do recolhimento da CNH por parte do Juízo da Execução ou da autoridade administrativa, até o integral cumprimento das penas aplicadas.

(TRF-4 - ACR: 50092599620124047005 PR 5009259-96.2012.404.7005, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 15/07/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 17/07/2014).

Geraldo Carlos da Silva Pereira

A pena do acusado restou fixada em 09 (nove) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do delito do artigo 56 da Lei nº 9.605/1998

Pelo crime previsto no artigo 56 da Lei nº 9.605/98, o acusado Geraldo foi condenado à pena de 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

O Juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, com a seguinte fundamentação:

“Na primeira fase da apenação, as circunstâncias do crime, consistentes na grande quantidade de substância (130 Kg) e na extrema toxidade do objeto material (o crime exige apenas toxidade, de maneira que o extremo deve ser mais severamente apenado) levam ao incremento de 1/3, ou seja, 1/6 por conta da quantidade e 1/6 por conta da nocividade.

Houve duas condenações definitivas anteriores a este crime contra Geraldo. Uma por embriaguez ao volante e posse de medicamento sem registro sanitário e outra por porte de droga para consumo pessoal.

A última, todavia, não pode ser considerada como reincidência, de acordo com posicionamento firmado pelo STJ no Resp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/08/2018, por desproporcional, considerando que condenação pretérita por contravenção penal, cujas penas são maiores que as aplicáveis ao porte de drogas para uso pessoal, não ensejam reincidência. Por identidade de razões, ou seja, por desproporcionalidade, não pode ser levada em conta para ser considerada mau antecedente.

Assim, não há mau antecedente relativamente a Geraldo.

Não verifico, nas demais circunstâncias do art. 59 do CP, idoneidade para alterar a pena-base, a qual fixo em 1 ano e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.”

Como bem apontado pelo E. Relator, o réu possui maus antecedentes, uma vez que ostenta uma condenação pela prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo

próprio, prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, com decisão transitada em julgado em setembro de 2012 (fls. 494).

Deste modo, as circunstâncias do crime, considerada a nocividade e quantidade do tóxico apreendido, bem como os maus antecedentes do acusado, justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, em patamar inferior ao fixado pelo E. Relator.

No presente caso, reputo adequada e suficiente a fixação da fração de aumento em 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial valorada negativamente, quais sejam, circunstâncias do crime (quantidade e toxicidade da substância) e maus antecedentes, portanto, com a exasperação da pena-base à fração total de 1/3 (um terço), mantendo-a no mesmo patamar fixado na r.sentença, em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

A acusação pleiteia que a incidência das frações de aumento da pena-base se dê, considerando, como base de cálculo, o intervalo existente entre as penas máximas e mínimas cominadas aos delitos.

Há que se observar que o Código Penal não atribui peso a nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 59, sendo possível concluir que, cada uma delas, se valoradas negativamente, representa fundamento para a exasperação da pena-base.

Com efeito, o julgador possui discricionariedade para, diante do caso concreto, estabelecer o *quantum* da exasperação.

Atribuir que a incidência da fração de aumento deva se dar tão somente sobre a diferença entre as penas máximas e mínimas, limitaria a atuação do magistrado à adoção de um critério puramente matemático, sem a observância das especificidades de cada situação, o que violaria o próprio princípio da individualização da pena.

Na segunda-fase da dosimetria da pena, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, assim como a agravante da reincidência, tendo em vista o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida nos autos nº 0039824-55.2014.8.13.0351 TJ/MG, conforme se verifica às fls. 375/382, acompanho o entendimento do E. Relator, no sentido de admitir a compensação entre a agravante e a atenuante mencionadas.

Na terceira fase, sem causas de aumento ou diminuição de pena, torno a pena-base em definitiva, fixando a reprimenda em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa para o delito do artigo 56 da Lei nº 9.605/1998.

Do delito do artigo 18 da Lei nº 10.826/2003

Pelo crime previsto no artigo 18 da Lei nº 10.826/2003, o acusado Geraldo foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

O MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, com a seguinte fundamentação:

“Houve duas condenações definitivas anteriores a este crime contra Geraldo. Uma por embriaguez ao volante e posse de medicamento sem registro sanitário e outra por porte de droga para consumo pessoal.

A última, todavia, não pode ser considerada como reincidência, de acordo com posicionamento firmado pelo STJ no Resp 1672654/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/08/2018, por desproporcional, considerando que condenação pretérita por contravenção penal, cujas penas são maiores que as aplicáveis ao porte de drogas para uso pessoal, não ensejam reincidência. Por identidade de razões, ou seja, por desproporcionalidade, não pode ser levada em conta para ser considerada mau antecedente.

Assim, não há mau antecedente relativamente a Geraldo.

A quantidade de munição (450 cartuchos) autoriza o incremento na sanção na ordem de 1/6. Não verifico, nas demais circunstâncias do art. 59 do CP, idoneidade para alterar a pena-base. Aumento total nesta fase: 1/6. Pena-base de reclusão de 4 anos e 8 meses e multa de 11 dias-multa.”

Como explicitado anteriormente, o réu possui maus antecedentes, uma vez que ostenta uma condenação pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, também foi apreendida grande quantidade de munição, circunstâncias estas que devem ser valoradas negativamente para fins de exasperação da pena-base.

Assim, acompanho o entendimento do E. Relator pela exasperação em 1/6 para cada circunstância judicial valorada.

Deste modo, pesando contra o acusado duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, portanto exasperada da pena-base à fração total de 1/3 (um terço), resta a pena base fixada em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda-fase da dosimetria da pena, reconhecida a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, conforme já explicitado, procedo à compensação das mesmas.

Na terceira fase, sem causas de diminuição de pena.

Ainda, como bem apontado pelo E. Relator, deve ser afastada a causa de aumento prevista no artigo 19 da Lei nº 10.826/2003.

A publicação do Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019 trouxe nova regulamentação ao Estatuto do Desarmamento, tornando de uso permitido armamento com potência que, anteriormente ao Decreto nº 9.785/2019 (revogado), era tido como de uso restrito, ocorrendo, portanto, no caso dos presentes autos, a *novatio legis in melius*, tendo em vista que a norma posterior, mantendo a incriminação do fato, tornou menos gravosa a situação do réu.

Assim, torno a pena-base em definitiva, fixando-se a reprimenda em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa para o delito do art. 18 da Lei nº 10.826/2003.

Caracterizado o concurso formal impróprio, a soma das penas implica no total de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Mantido o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Altero o regime de cumprimento inicial de pena para o semiaberto, consoante o disposto no artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

Não cumpridos os requisitos objetivos do artigo 44 do Código Penal, incabível a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Do pedido de Assistência Jurídica Gratuita. Acompanho integralmente o E. Relator pela concessão dos benefícios da justiça gratuita a Alcides França Gusmão, observado o disposto nos § 2º e § 3º do artigo 98 do novo Código de Processo Civil.

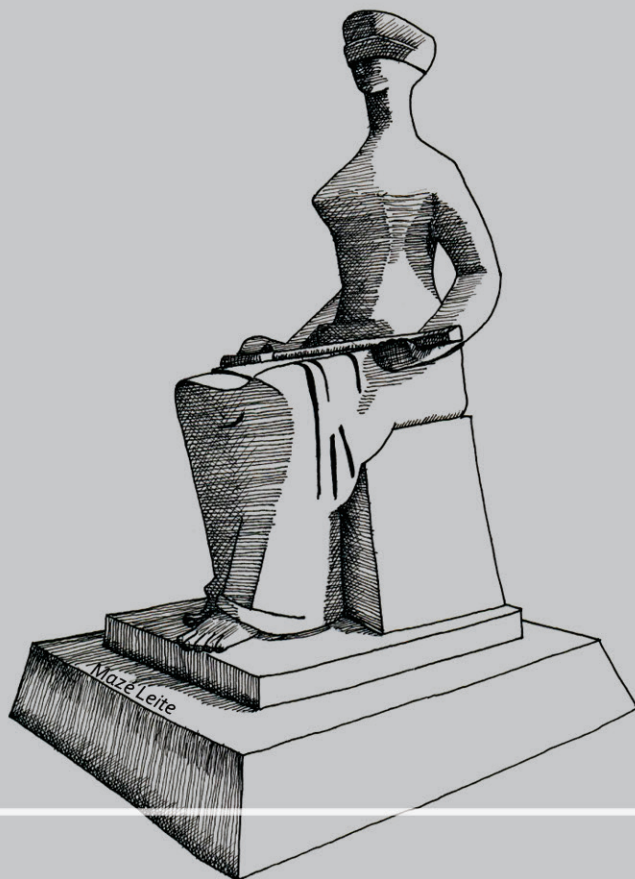
Ante o exposto, divirjo em parte do voto do E. Relator para *dar parcial provimento* ao recurso de *ALCIDES FRANÇA GUSMÃO* para reduzir as penas-bases fixadas para ambos os delitos e conceder-lhe os benefícios da Justiça Gratuita, bem como, acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para, de ofício, afastar a incidência do artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, reformando-se as penas do acusado para 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-

-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantida a inabilitação para dirigir veículo automotor pelo tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade; *dar parcial provimento* ao recurso do *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* para anular parte da sentença para excluir o dispositivo “mantenho a absolvição sumária acerca do crime de descaminho no que toca aos dois réus (Alcides França Gusmão e Geraldo Carlos da Silva Pereira)” e reconhecer, para fins de maus antecedentes, a condenação do acusado Geraldo quanto à prática do delito previsto no artigo 29 da Lei nº 11.343/2006; *negar provimento* ao recurso de *GERALDO CARLOS DA SILVA PEREIRA*, proceder, de ofício, à compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, e acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para afastar a incidência do artigo 19 da Lei nº 10.826/2003, reformando-se as penas do acusado Geraldo para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator para o Acórdão

Direito Previdenciário



APELAÇÃO CÍVEL

0008235-66.2011.4.03.6105

Apelante: CESAR DE PAULA NEVES
Apelada: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/01/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 1040, II DO CPC/2015. RECURSOS ESPECIAIS Nºs. 1.727.063/SP, 1.727.064/SP e 1.727.069/SP. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RETRATAÇÃO. REAFIRMAÇÃO DA DER. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DIB. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CUSTAS. JUSTIÇA FEDERAL. ISENÇÃO.

1. É possível a reafirmação da DER para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir, conforme julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo sobre o assunto (Tema 995 - Recursos Especiais nºs. 1.727.063/SP, 1.727.064/SP e 1.727.069/SP).

2. O autor cumpriu o requisito temporal e a carência prevista na Lei de Benefícios, fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço integral, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República.

3. Computado o tempo de serviço posterior ao ajuizamento. Observância da regra do artigo 493 do CPC/2015. Ausência de fato novo, tendo em vista que tal informação consta no banco de dados (CNIS) da Autarquia.

4. DIB na data do implemento dos requisitos do benefício.

5. Juros e correção monetária pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR – Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux.

6. Sem condenação do INSS ao pagamento de honorários por não ter dado causa à propositura da ação. A implementação dos requisitos para a concessão do benefício ocorreu após o ajuizamento.

7. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é isento do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite na Justiça Federal, exceto as de reembolso. Art. 4º, I, da Lei 9.289/96.

8. Juízo de retratação positivo. De ofício, processo extinto sem resolução de mérito em relação ao pedido de reconhecimento do labor rural nos períodos de 22/05/58 a 31/12/67 e 01/01/69 a 22/05/69. Apelação do autor parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu, com fulcro no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, exercer juízo de retratação positivo para, de ofício, julgar extinto o processo sem resolução de mérito, em relação ao pedido de reconhecimento do labor rural nos períodos de 01/01/1977 a 31/03/1979 e 17/06/1981 a 31/12/1982 e dar parcial provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de juízo de retratação previsto no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, considerando a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs. 1.727.063/SP, 1.727.064/SP e 1.727.069/SP, submetidos à sistemática da repercussão geral, que assentou o entendimento no sentido da possibilidade de reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O acórdão representativo de controvérsia que ensejou o retorno dos autos a esta relatoria está assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O comando do artigo 493 do CPC/2015 autoriza a compreensão deque a autoridade judicial deve resolver a lide conforme o estado em que ela se encontra. Consiste em um dever do julgador considerar o fato superveniente que interfira na relação jurídica e que contenha um liame com a causa de pedir.
2. O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na petição inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da relação jurídico-processual.
3. A reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do

direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais do benefício previdenciário.

4. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.

5. No tocante aos honorários de advogado sucumbenciais, descabe sua fixação, quando o INSS reconheceria procedência do pedido à luz do fato novo.

6. Recurso especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal *a quo* um novo julgamento do recurso, admitindo-se a reafirmação da DER.

Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.” (REsp 1727069/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 02/12/2019)

No caso em apreço, o acórdão, de ofício, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, IV, do CPC/2015, restando prejudicada a apelação do autor.

Verifica-se a possibilidade do cômputo de período posterior ao ajuizamento da ação com a reafirmação da DER para a concessão do benefício, razão pela qual o voto proferido por este relator deve ser retificado no seguinte sentido:

“ (...)

Verifico que é possível a reafirmação da DER para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir, conforme julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo sobre o assunto (tema 995).

Desta forma, considerando o tempo de atividade especial reconhecido nos autos, bem como o período de trabalho comum com registro em CTPS/constante no CNIS, verifica-se que à época de ajuizamento da ação a parte autora não havia preenchido o tempo de serviço necessário à concessão do benefício.

Observo que o tempo de serviço posterior ao ajuizamento deve ser computado, segundo o disposto no art. 493 do CPC/2015, e tendo em vista que tal informação consta no banco de dados (CNIS) da Autarquia, não se trata, portanto, de fato novo ao INSS.

Dessa forma, a parte autora ultrapassou os 35 anos exigidos para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do art. 201, §7º, I, da Constituição da República.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data em que o autor implementou todos os requisitos inerentes à concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição, em 12/05/2012.

As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora pelos índices constantes do Manual de Orientação para a elaboração de Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta, observando-se, em relação à correção monetária, a aplicação do IPCA-e em substituição à TR – Taxa Referencial, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947, tema de repercussão geral nº 810, em 20.09.2017, Relator Ministro Luiz Fux. Anoto que os embargos de declaração opostos perante o STF que objetivavam a modulação dos efeitos da decisão supra, para fins de atribuição de eficácia prospectiva, foram rejeitados no julgamento realizado em 03.10.2019.

Deixo de condenar a autarquia em honorários advocatícios, uma vez que a procedência do pedido baseou-se em período laborado no curso da ação. À época do ajuizamento, o autor não havia preenchido os requisitos para a obtenção do benefício, não tendo a autarquia, portanto, dado causa à demanda.

Aplica-se ao INSS a norma do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, que estabelece que as autarquias federais são isentas do pagamento de custas processuais nos processos em trâmite perante a Justiça Federal. Entretanto, consoante disposto no parágrafo único do mencionado art. 4º, compete-lhe o reembolso dos valores eventualmente recolhidos a esse título pela parte vencedora.

Ante a constatação de que o autor já recebe atualmente benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/1907647659 - DIB 19/02/2019), anoto que lhe é assegurado o direito de optar pelo benefício que entender mais vantajoso, em observância ao ditame do art. 124, Lei nº 8.213/91.

Na hipótese de opção pelo benefício cujo direito foi reconhecido na esfera judicial, obrigatória a dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos administrativamente à parte autora, a mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei, após o termo inicial ora assinalado.

Por outro lado, a controvérsia atinente à possibilidade de execução do crédito decorrente das parcelas vencidas do benefício judicial, na hipótese de escolha por aquele concedido na esfera administrativa, é matéria cuja análise se encontra suspensa sob a sistemática de apreciação de recurso especial repetitivo (STJ, Tema afetado nº 1.018), nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC, pelo que deverá ser apreciada pelo juízo da execução, de acordo com a futura deliberação do tema pelo E. STJ.”

Ante o exposto, com fulcro no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, exerço juízo de retratação positivo para, de ofício, julgar extinto o processo sem resolução de mérito, em relação ao pedido de reconhecimento do labor rural nos períodos de 01/01/1977 a 31/03/1979 e 17/06/1981 a 31/12/1982 e dar parcial provimento à apelação do autor para determinar a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir da data do implemento dos requisitos do benefício, nos termos da fundamentação, mantidos os demais termos do v. acórdão.

Posteriormente, encaminhem-se os autos à E. Vice-Presidência para as providências que entender cabíveis quanto ao recurso especial.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0009305-73.2014.4.03.6183

Apelante: MARCO ANTONIO ALCARAZ
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/01/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO: APOSENTADORIA POR IDADE URBANA.. RECOLHIMENTO TARDIO. HIPÓTESE DIVERSA DA PREVISTA NO ARTIGO 27, II DA LEI 8.213/91. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CARÊNCIA. DECADÊNCIA. INDENIZAÇÃO.

1. A controvérsia cinge-se no reconhecimento de que as contribuições que foram pagas em dia o foram na categoria de contribuinte individual e não empregado, como equivocadamente proclamando pelo magistrado *a quo* e no computo, para fins de carência, do período de 01/97 a 02/2010 cuja indenização foi autorizada na sentença, com a consequentemente concessão da Aposentadoria por Idade.

2. A aposentadoria por idade do trabalhador urbano está prevista no *caput* do art. 48 da Lei nº 8.213/91 que exige o implemento da idade de 65 (*sessenta e cinco*) anos, *se homem, e 60 (sessenta), se mulher e o cumprimento da carência*.

3. O período de carência exigido é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II, da Lei nº 8.213/91), observadas as regras de transição previstas no art. 142, da referida Lei.

3. No caso concreto, a autora implementou o requisito etário em 2012, devendo comprovar a carência de 180 meses, *ex vi* do disposto no artigo 142 da Lei 8.213/91.

4. No caso, há início de prova material suficiente para comprovar o exercício da atividade de vendedor autônomo de automóveis no período de 01/01/1997 a 28/02/2010, tendo a parte autora juntado uma série de recibos particulares de compra e venda de veículos (fls.130/211) em que figura ora como comprador ora como vendedor, sendo o mais antigo datado de 05/01/1997 e o mais recente de 05/04/2009.

5. Por sua vez, a prova testemunhal corroborou o início de prova material, conforme destacado no decisum e não impugnado pelas partes, indicando que o autor trabalhou no período como vendedor autônomo de automóveis, sendo especializado na compra e venda de fuscas e participando de feiras semanais.

6. Buscando comprovar sua filiação como contribuinte individual empregado (e não empregado) a parte autora juntou, ainda: Breve Relato da empresa Alcaraz & Filhos Ltda., cuja constituição e os inícios das atividades se deram em 12/1975; CICI - Comprovante de Inscrição de Contribuinte Individual referente ao NIT 1.092.466.823-4.; CADPF-Cadastro-de-Pessoa-Física-do-CNIS referente inscrição-1.092466823-4; e Extrato de Recolhimentos de Contribuintes Individuais, onde constam as contribuições de 12/1975 a 03/1976, na inscrição nº 1.092.466.823-4..

7. O art. 27, II, da Lei nº 8.213/91 expressamente obsta que as contribuições recolhidas com atraso referente a competências anteriores pelos segurados contribuinte individual, especial e *facultativo* sejam consideradas para fins de carência (Art. 27, II, da Lei 8.213/91).

8. O que a lei veda é que contribuições recolhidas com atraso, anteriores ao pagamento da primeira contribuição sem atraso, sejam computadas para o efeito de carência. Não é toda e qualquer contribuição recolhida com atraso que não pode ser levada em conta para cumprimento da carência. São apenas aquelas anteriores ao pagamento da primeira em dia.

9. Assim, é da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso que se inicia a contagem do período de carência quando se tratar de contribuinte individual.

10. O empresário e o autônomo, segurados obrigatórios da Previdência Social, atual contribuinte individual, estão obrigados, por iniciativa própria, ao recolhimento das contribuições previdenciárias, não sendo possível a utilização de contribuições recolhidas fora do prazo para fins de carência, mesmo que indenizadas, independentemente de qualquer justificativa.

11. Tendo natureza de indenização pelos valores que não foram vertidos para a previdência social no seu devido tempo, e não natureza tributária, o quantum tratado não está sujeito a prazo decadencial, podendo ser efetuado a qualquer tempo.

12. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição (não carência), para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS.

13. Recurso parcialmente provido apenas para reconhecer que as contribuições realizadas em 12/1975 a 03/1976 pelo NIT 1.092.466.823-4 se deram em dia, na condição de contribuinte individual - empresário, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso da parte autora apenas para reconhecer que as contribuições realizadas em 12/1975 a 03/1976 pelo NIT 1.092.466.823-4 se deram em dia, na condição de contribuinte individual - empresário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): MARCO ANTONIO ALCARAZ ajuizou a presente ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, objetivando, em síntese, o reconhecimento do exercício de atividade como contribuinte individual (vendedor autônomo de carros) entre 01/01/1997 a 28/02/2010, com autorização para indenizar período pretérito e a consequente concessão de aposentadoria por idade urbana após o pagamento de todos os valores.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer o período de 01/01/1997 a 28/02/2010 na condição de contribuinte individual, autorizando o pagamento da indenização, mas sem considerá-lo como carência, *verbis*:

“Desse modo, nos termos do artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei no 13.105/2015), JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, extinguindo o feito com

resolução do mérito, somente para reconhecer o período de 01/01/1997 a 28/02/2010 na condição de contribuinte individual, ficando a averbação condicionada ao prévio recolhimento das prestações relativas ao período, nos termos do artigo 45-A da Lei 00 8.212/91, e respeitados os parâmetros administrativos do INSS para apuração do valor e do modo de pagamento. Em razão da concessão da justiça gratuita, fica a parte autora eximida do pagamento de custas e honorários advocatícios, consoante entendimento já agasalhado pela 3ª Seção do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sem custas para a autarquia, em face da isenção de que goza, nada havendo a reembolsar, ainda, à parte autora, porquanto essa última é beneficiária da assistência judiciária gratuita. Em face da sucumbência recíproca, condeno o INSS ao pagamento de 5% sobre o valor atualizado da causa, com base no §2º, §3º, 1, e 8º, s do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015. Ressalto o entendimento de que os percentuais enumerados em referido artigo somente se referem à sucumbência total (e não parcial) da Fazenda Pública. Isso porque interpretar que o limite mínimo serviria para fins de sucumbência parcial poderia gerar a equivalência entre a sucumbência parcial e total ou impor condenações indevidamente elevadas mesmo em casos de considerável sucumbência da parte autora. Saliento que não se trata de compensação de honorários - o que é vedado pelo § 140 do mesmo dispositivo -, uma vez que haverá pagamento de verba honorária e não simples compensação dos valores. De fato, não fosse a parte autora beneficiária de justiça gratuita, igualmente seria condenada em 5%. Caso houvesse compensação, cada uma das partes iria arcar com os valores dos respectivos advogados. Sentença não sujeita ao reexame necessário, conforme disposto no artigo 496, §3º, inciso 1, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Havendo recurso voluntário, dê-se vista à parte contrária para contrarrazões, por ato de secretaria, encaminhando-se os autos, após, à superior instância. Na ausência de recurso(s) voluntário(s), certifique-se o trânsito em julgado, procedendo-se às anotações necessárias. Após o trânsito ainda, intime-se a parte autora para comprovar o pagamento das contribuições relativas ao período de 01/01/1997 a 28/02/2010. Após, comunique-se o INSS para averbação do período. Caso não haja comprovação de pagamento, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias. P.R.I”

A parte autora pede a reforma parcial da sentença, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

a) as contribuições realizadas entre 12/1975 e 03/1976 pelo NIT 1.092.466.823-4 se deram em dia, como contribuinte individual - empresário e não como empregado, como equivocadamente asseverado no decisum impugnado;

b) o segurado filiou-se ao RGPS em 12.1975 como contribuinte individual através do NIT 1.092.466.823-4 tendo sua primeira contribuição, sem atraso, sido efetuada no mês de 02.1976; portanto, comprovada a atividade e quitados todos os débitos o período deve ser considerado como carência;

c) havendo perda da qualidade de segurado, a lei não exige que, para a recuperação dessa qualidade, a contribuição de 1/3 do número de contribuições estejam em dia, podendo ser computadas em atraso com a devida comprovação da atividade; o que se verificou no caso concreto;

d) o parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.213/91 em nenhum momento exige que 1/3 da carência seja cumprida em dia para o seu regular cômputo;

e) possibilidade de autorização do pagamento em atraso e este ser considerado como carência para fins de aposentadoria por idade;

f) o período de 04/1976 a 05/2002 já se encontra alcançado pela decadência de sorte que o INSS não pode mais cobrá-lo ou poderá fazê-lo se o autor assim o quiser. mediante o pagamento de indenização;

g) muito embora o autor não tenha efetuado os recolhimentos das contribuições nas suas respectivas competências, para o período de 01/01/1997 a 28/02/2010, tal fato não impede que o tempo de serviço seja computado para fins de carência; e

h) a filiação do autor se deu automaticamente pela atividade de contribuinte individual, motivo pelo qual o período em questão deve ser reconhecido pelo INSS.

Com lentes no expedito requer seja o pedido julgado PROCEDENTE determinando que contribuições referentes ao período de 01/1997 a 02/2010 como contribuinte individual sejam reconhecidas como carência, determinando a concessão da aposentadoria por idade assim que forem quitadas, com o pagamento dos valores em atraso desde a data do requerimento (DER 13/06/2012).

Regularmente processado o feito, os autos subiram a este Eg. Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA (RELATORA): Recebo a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015, e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

Em apertada síntese, a controvérsia cinge-se no reconhecimento de que as contribuições que foram pagas em dia o foram na categoria de contribuinte individual e não empregado, como equivocadamente proclamado pelo magistrado *a quo* e, assim, no computo, para fins de carência, do período de 01/97 a 02/2010 cuja indenização foi autorizada na sentença, com a consequentemente concessão da Aposentadoria por Idade.

A aposentadoria por idade do trabalhador urbano está prevista no *caput* do art. 48 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.”

O período de carência exigido é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II, da Lei nº 8.213/91), observadas as regras de transição previstas no art. 142, da referida Lei.

No caso concreto, a autora implementou o requisito etário em 30/03/2012, devendo comprovar a carência de 180 meses, *ex vi* do disposto no artigo 142 da Lei 8.213/91.

Pois bem.

No caso, o segurado filiou-se ao RGPS em 12/1975 como contribuinte individual através do NIT 1.092.466.823-4 tendo sua primeira contribuição, sem atraso, sido efetuada no mês de 02/1976; perdendo, após, a qualidade de segurado.

O magistrado sentenciante entendeu que não é possível considerar a contribuição de 12/1975 como sendo a primeira sem atraso para que se aceite o período de 01/1997 a 02/2010 para fins de carência sob o fundamento de que a inscrição sob nº 109.246.682-34 foi realizada na condição de empregado (fls. 57/64) e, ainda que se considere que posteriormente houve recolhimento das contribuições entre 12/1975 a 03/1976 como contribuinte individual e não

como empregado, não há provas suficientes de que o autor desempenhava a atividade de vendedor autônomo no período, especialmente porque em seu depoimento pessoal ele afirmou que só teria passado a exercer tal atividade a partir de 1983.

A parte autora argumenta que a primeira contribuição sem atraso seria decorrente do recolhimento realizado em 12/1975.

Cuida-se perquirir, pois, no primeiro momento, sob qual condição se deu a filiação da parte autora a partir de 12/1975, como empregada ou como contribuinte individual.

Isso porque, o art. 27, II, da Lei nº 8.213/91, estabelece que:

“Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições: (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015) (...)

II - realizadas a contar da data de efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos V e VII do art. 11 e no art. 13. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)”

O dispositivo legal em comento expressamente obsta que as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores pelos segurados contribuinte individual, especial e *facultativo* sejam consideradas para fins de carência (Art. 27, II, da Lei 8.213/91).

Logo, a lei veda que contribuições recolhidas com atraso, anteriores ao pagamento da primeira contribuição sem atraso, sejam computadas para o efeito de carência.

Não é toda e qualquer contribuição recolhida com atraso que não pode ser levada em conta para cumprimento da carência. São apenas aquelas anteriores ao pagamento da primeira em dia.

Assim, é da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso que se inicia a contagem do período de carência quando se tratar de contribuinte individual.

Nesse ponto, parte autora afirma que se vinculou à Previdência Social em 12/1975; recolheu em dia a contribuição relativa a competência 02/1976, vertendo contribuições até o mês 03/1976, perdendo, posteriormente, sua condição de segurada.

Diante disso, perdida a condição de segurador, pretende recolher (indenizar) as contribuições relativas ao período de 02/1997 e 02/2010 para alcançar a carência necessária a obtenção do benefício.

No caso, há início de prova material suficiente para comprovar o exercício da atividade de vendedor autônomo de automóveis no período de 01/01/1997 a 28/02/2010, tendo a parte autora juntado uma série de recibos particulares de compra e venda de veículos (fls.130/211) em que figura, ora como comprador, ora como vendedor, sendo o mais antigo datado de 05/01/1997 e o mais recente de 05/04/2009.

Por sua vez, a prova testemunhal corroborou o início de prova material, conforme destacado no *decisum* e não impugnado pelas partes, indicando que o autor trabalhou no período como vendedor autônomo de automóveis, sendo especializado na compra e venda de fuscas , tendo, inclusive, participado de feiras semanais.

Buscando comprovar sua filiação como contribuinte individual empregador (e não empregado) a parte autora juntou, ainda: Breve Relato da empresa Alcaraz & Filhos Ltda., cuja constituição e os inícios das atividades se deram em 12/1975; CICI - Comprovante de

Inscrição de Contribuinte Individual referente ao NIT 1.092.466.823-4.; CADPF-Cadastro-de-Pessoa-Física-do-CNIS referente inscrição-1.092466823-4; e Extrato de Recolhimentos de Contribuintes Individuais, onde constam as contribuições de 12/1975 a 03/1976, na inscrição nº 1.092.466.823-4..

O fato de a parte autora ter afirmado que passou a desempenhar o labor de vendedor autônomo de veículos em 1983, não descaracteriza sua condição de contribuinte individual. Isso porque, anteriormente, consoante documentos carreados aos autos, verifica-se, dos contratos sociais de constituição- datado de 24/11/1975, que se tratava de comércio de bijuterias, portanto, diverso do que passou a exercer apenas no ano de 1983 (fls. 120), não havendo inconsistência em seu depoimento e os documentos colacionados.

Comprovada a inscrição nº 1.092.466.823-4 na categoria de contribuinte individual (e não empregado como proclamado no decurso), está demonstrado que a primeira contribuição sem atraso seria decorrente do recolhimento realizado em 12/1975, possibilitando o reconhecimento do período de 01/1997 a 02/2010 após indenizado, como carência.

Tal fato restou incontroverso, questionando-se, nesta seara, a possibilidade de cômputo desse período para fins de carência.

A resposta negativa se impõe.

Com efeito, o empresário e o autônomo, segurados obrigatórios da Previdência Social, atual contribuinte individual, estão obrigados, por iniciativa própria, ao recolhimento das contribuições previdenciárias, não sendo possível a utilização de contribuições recolhidas fora do prazo para fins de carência, mesmo que indenizadas, independentemente de qualquer justificativa.

Confira-se:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. ART. 496, § 3º, CPC. REQUISITOS NÃO ATINGIDOS. CONTRIBUIÇÕES NÃO COMPROVADAS. INDENIZAÇÃO DEPARA FINS DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NO MÉRITO, APELAÇÃO DO INSS PROVIDA.

1. De início, observo ser inaplicável a disposição sobre o reexame necessário ao caso em tela, vez que o disposto no parágrafo 3º do artigo 496 do CPC atual dispensa do reexame necessário o caso em questão, por se tratar de direito controvertido inferior ao limite previsto no citado dispositivo legal.

2. Para a percepção de Aposentadoria por Idade, o segurado deve demonstrar o cumprimento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e número mínimo de contribuições para preenchimento do período de carência correspondente, conforme artigos 48 e 142 da Lei 8.213/91.

3. O ponto controverso da lide reside no reconhecimento, pela r. sentença, da existência de supostas contribuições previdenciárias vertidas no interregno de 11/68 a 01/1973, considerando, primeiramente, o documento de fls. 127, no qual o INPS autorizou a parte autora a iniciar contribuições previdenciárias na qualidade de “autônomo” (aos 09/11/1968), bem como no documento de fls. 128, o qual aponta que o recorrido percebeu, tanto em 13/11/1971 e 25/01/1973, benefícios de espécie 61 (auxílio-natalidade). A insurgência do INSS quanto ao reconhecimento efetuado pela r. sentença aponta que o documento autorizativo de fls. 127 não se mostra apto a indicar, de forma inequívoca, que o efetivo início de contribuições previdenciárias se deu, imediatamente, e sem interrupções, a partir daquela autorização. Alerta, ainda, a Autarquia Previdenciária, que os benefícios recebidos pela parte autora em 1971 e 1973 somente atestam existir 12 meses de contribuições anteriores à sua concessão, pois essa era a carência necessária à percepção.

4. Frise-se que, mesmo sendo crível supor que a parte autora tenha contribuído para a Previdência social já a partir de sua filiação, ocorrida em 11/1968, e que tenha mantido tais contribuições até, pelo menos, o nascimento de sua segunda filha, o fato é que não existem nos autos documentos aptos a comprovar tal continuidade, que seria suficiente para atingir a carência necessária exigida para o benefício postulado. Nesse período, o que se mostra incontroverso, admitido inclusive pelo INSS em sede recursal, é apenas a existência de 24 contribuições previdenciárias (as quais deverão ser averbadas no CNIS, inclusive para fins de carência), não havendo nos autos demais elementos para que se possa atestar a existência dos adimplementos faltantes. Esta Relatoria, na busca da verdade dos fatos, converteu o feito em diligência para tentar obter eventual microfilmagem relacionada às contribuições previdenciárias vertidas naquela época; infelizmente, tais buscas, que também foram empreendidas em primeiro grau de jurisdição, não alcançaram o efeito pretendido.

5. Não há que se falar, entretanto, na possibilidade de indenização das contribuições previdenciárias faltantes, proposta pela parte autora, a fim de assegurar seu direito à aposentação pleiteada. Cumpre ressaltar, nesse sentido, que o empresário e o autônomo, segurados obrigatórios da Previdência Social, atual contribuinte individual, estão obrigados, por iniciativa própria, ao recolhimento das contribuições previdenciárias, não sendo possível a utilização de contribuições recolhidas fora do prazo para fins de carência, mesmo que indenizadas, independentemente de qualquer justificativa. Precedentes

6. Remessa oficial não conhecida. No mérito, apelação do INSS não conhecida em parte, e, na parte conhecida, provida.”

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2187631 - 0012544-28.2014.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, julgado em 23/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/05/2018)

Por fim, diante do entendimento esposado pelo magistrado sentenciante, a parte autora alega que o período de 04/1976 a 05/2002 foi alcançado pela decadência, de sorte que o INSS não pode mais cobrá-lo, motivo pelo qual poderá ser cobrado se o autor assim quiser, mediante o pagamento de indenização.

Todavia, sem razão eis que, tendo natureza de indenização pelos valores que não foram vertidos para a previdência social no seu devido tempo, e não natureza tributária, o *quantum* tratado não está sujeito a prazo decadencial, podendo ser efetuado a qualquer tempo.

Logo, o contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição (não carência), para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da parte autora apenas para reconhecer que as contribuições realizadas em 12/1975 a 03/1976 pelo NIT 1.092.466.823-4 se deram em dia, na condição de contribuinte individual - empresário, mantendo, no mais, a sentença.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal INÊS VIRGÍNIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

0002432-05.2016.4.03.6113

Apelantes: CARLOS ANTONIO PEREIRA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/01/2021

EMENTA

APOSENTADORIA ESPECIAL – COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADES ESPECIAIS – TEMPO DE ESPECIALIDADE INSUFICIENTE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA – APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA

1 – Em relação aos períodos 1º/4/73 a 26/12/74 e 14/10/75 a 12/11/77, trabalhados na Companhia de Cafés Bom Retiro, na função de serviços gerais na lavoura de café, há enquadramento por categoria profissional e herbicidas e praguicidas à base de compostos organofosforados, nos termos do Código 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64. Código 1.2.6 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.6 do Decreto nº 83.080/79, conforme Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74 e 14/10/75 a 12/11/77, por enquadramento na categoria profissional como trabalhador rural, nos termos do código 2.2.1, do Decreto nº 53.831/64 (“Agricultura”/“Trabalhadores na agropecuária”) e em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a herbicidas e praguicidas à base de compostos organofosforados.

2 – Em relação aos períodos 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79, trabalhados para José Roberto Coelho (Fazenda Santa Rita) e Washington F. Coelho (Sítio Boa Vista), na função de serviços gerais agrícolas, não há enquadramento por categoria profissional, uma vez que se tratam de trabalho rural para pessoas físicas. Portanto, não ficou comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79, tratando-se de períodos comuns.

3 – Em relação aos períodos 2/7/84 a 3/12/84 e 1º/2/86 a 13/8/86, trabalhados nas empresas Calçados Paragon S/A e Indústria de Calçados Kim Ltda, nas funções de sapateiro e auxiliar de acabamento, não há agentes nocivos,. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 2/7/84 a 3/12/84 e 1º/2/86 a 13/8/86, tendo em vista que as atividades de “sapateiro” e “auxiliar de acabamento” não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 e que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que tais atividades não foram contempladas na perícia judicial.

4 – Em relação aos períodos 2/5/85 a 2/9/85, trabalhados no Frigorífico Industrial Patrocínio Paulista Ltda, na função de serviços gerais, sujeito a temperatura de 0 a 4°C na câmara frigorífica e de 12°C na sala resfriada, há especialidade, no Código 1.1.2 dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, de acordo com o Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos

autos o exercício de atividade especial no período de 2/5/85 a 2/9/85, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a temperaturas inferiores ao mínimo permitido. Observo não ser razoável o entendimento de que a exposição ao agente nocivo tenha que se dar de forma ininterrupta, ao longo de toda a jornada de trabalho, de modo que o fato de o demandante também trabalhar “fora da câmara fria em um setor resfriado a aproximadamente 12°C” (ID 67440822, p. 8) não descaracteriza a habitualidade e a permanência da exposição, sobretudo considerando que “[p]ara os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computando esse intervalo como de trabalho efetivo” (ID 67440822, p. 14).

5 - Em relação ao período: 10/10/85 a 24/1/86, trabalhado no Auto Posto Lavajato Ltda, na função de frentista, houve exposição a vapores de gasolina, etanol e diesel (xileno, tolueno, etil benzeno, n-hexano e álcool), sendo enquadrado no Código 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79, de acordo com o Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 10/10/85 a 24/1/86, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes químicos.

6 - Em relação aos períodos 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 17/6/88 e 13/7/88 a 21/4/94, trabalhados nas empresas Marco Aurélio Artefatos de Couro Ltda., Globe Artefatos de Couro Ltda. e Calçados Sidimar Ltda, nas funções de cortador de forro, não há agentes nocivos. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 17/6/88 e 13/7/88 a 21/4/94, tendo em vista que a atividade de “cortador de forro” não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 e que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que, não obstante conste do Laudo Pericial que o cortador de couro/vaqueta com o auxílio de balancim estava exposto a ruído de 86,95 dB, não é possível concluir que durante tais períodos a parte autora efetuava o corte de forro utilizando o mesmo equipamento.

7 - Em relação ao período 6/7/87 a 12/3/88, trabalhado na Fundação Santa Casa de Misericórdia de Franca, na função de serviços gerais, há exposição a agentes biológicos, com enquadramento no Código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e Código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79, de acordo com o Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 6/7/87 a 12/3/88, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes biológicos. Segundo o perito judicial, “[I]aboreava suas atividades em todas as dependências do hospital como corredores, quartos, salas de atendimento dos setores e alas onde os pacientes recebiam atendimento” (ID 67440822, p. 10).

8 - Em relação ao período entre 16/9/94 a 24/12/94, trabalhado na Calçados Jodamar Ltda, na função de cortador manual, sujeito a ruído de 72,68 dB. O limite era de 80 dB no período. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 16/9/94 a 24/12/94, tendo em vista que a atividade de “cortador manual” não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, bem como que, apesar de a empresa Jodamar não ter sido citada no Laudo Pericial, o perito judicial concluiu que o nível de exposição normalizado ao qual o

cortador manual de couro estava exposto na empresa Sucesso Bordados Confecções e Perfurações Ltda. era de 72,68 dB, estando abaixo do limite de tolerância.

9 - Em relação aos períodos entre 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 3/3/09 a 30/10/09 e 21/4/11 a 2/7/11, trabalhados nas empresas Althamir Alves de Andrade Franca, Alpargatas S/A, Tek Artefatos de Couro Ltda., Sunice Indústria e Comércio Ltda., La Luna Indústria e Comércio de Calçados Ltda., Robson Lamarca Franca ME e E. de Oliveira Santos ME, na função de cortador de vaqueta (balancim), sujeito a ruído de 86,95 dB, nos termos do Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos período de 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 5/3/97, 19/11/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 3/3/09 a 30/10/09 e 21/4/11 a 2/7/11, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente ruído acima do limite de tolerância. No entanto, não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 6/3/97 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02 e 21/2/03 a 18/11/03, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância. Segundo o perito judicial, “[n]ão foi identificada a exposição a agentes químicos” (ID 67440822, p. 11).

10 - No tocante ao período entre 11/4/08 a 15/5/08, trabalhado na empresa Platoon Indústria e Comércio de Calçados Ltda, na função de cortador, não há agentes nocivos. Portanto, não é possível o reconhecimento da especialidade do labor no período de 11/4/08 a 15/5/08, tendo em vista que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que, não obstante conste do Laudo Pericial que o cortador de couro/vaqueta com o auxílio de balancim estava exposto a ruído de 86,95 dB, não é possível concluir que durante tais períodos a parte autora utilizava o mesmo equipamento.

11 - Em relação ao período entre 31/10/09 a 16/12/09, trabalhado na empresa Art Mille Artefatos de Couro Ltda, na função de cortador, sujeito a ruído de 85 dB, abaixo do limite legal de 85 dB. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 31/10/09 a 16/12/09, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância.

12 - Em relação ao período entre 13/1/10 a 20/4/11, trabalhado na empresa Art Mille Artefatos de Couro Ltda, na função de cortador, sujeito a ruído de 85 dB, abaixo do limite legal. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 13/1/10 a 20/4/11, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância.

13 - Em relação ao período de 13/7/11 a 4/1/12, trabalhado na empresa Sucesso Bordados Confecções e Perfurações Ltda, na função de cortador manual, sujeito a ruído de 72,68 dB, abaixo do limite legal. Portanto, não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 13/7/11 a 4/1/12, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância. Segundo o perito judicial, “[n]ão foi identificada a exposição a agentes químicos” (ID 67440822, p. 12).

14 - No período entre 2/7/12 a 16/4/14, trabalhado na empresa Empório Comfort Ltda, na função de cortador de vaqueta (balancim), sujeito a ruído de 86,95 dB, de acordo com o Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17. Portanto, ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 2/7/12 a 16/4/14, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente ruído acima do limite de tolerância.

15 - Dessa forma, somando-se os períodos especiais reconhecidos nos presentes autos, não perfaz o autor 25 anos de atividade especial, motivo pelo qual não faz jus à concessão da aposentadoria especial.

16 - Relativamente ao pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, observo que convertendo os períodos especiais em comuns e somando-os aos demais períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, cumpriu a parte autora os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional pelas regras de transição (“pedágio”). Outrossim, computando-se os períodos trabalhados até o ajuizamento da ação (1º/6/16), faz jus a parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição integral, conforme alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98. Tratando-se de segurado inscrito na Previdência Social em momento anterior à Lei nº 8.213/91, o período de carência é o previsto na tabela do art. 142 de referido diploma, o qual, no presente caso, foi em muito superado.

17 - Dessa forma, sendo possível a concessão do benefício em mais de uma hipótese, deve ser assegurada à parte autora a opção pela aposentadoria mais vantajosa, de acordo com a legislação mencionada na fundamentação acima.

18 - O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/4/14), nos termos do art. 54 c/c art. 49, inc. II, da Lei nº 8.213/91, caso o segurado opte pela aposentadoria proporcional por tempo de serviço, ou na data da citação, se optar pela aposentadoria por tempo de contribuição integral.

19 - A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

20 - Com relação à verba honorária, não merece reforma a R. sentença que postergou a fixação do percentual da condenação para a fase de cumprimento de sentença. No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

21 - Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91. Conforme extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a parte autora recebeu auxílio acidente de 30/7/08 a 31/7/19. O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.296.373/MG (2011/0291392-0), firmou posicionamento no seguinte sentido: “A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (...) promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997”.

22 - No presente caso, considerando que a concessão do auxílio acidente e da aposentadoria foram posteriores a 11/11/97, impossível a acumulação dos benefícios, devendo, contudo, o referido auxílio integrar o salário de contribuição para fins de cálculo do salário de benefício da aposentadoria. Outrossim, o período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-acidente não pode ser computado como tempo de contribuição, à míngua de previsão legal.

23 – Sentença restringida aos limites do pedido e retificação de erro material constante em sua fundamentação. Apelação da parte autora parcialmente provida. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, de ofício, restringir a r. sentença aos limites do pedido e retificar o erro material constante em sua fundamentação e dar parcial provimento às apelações do INSS e da parte autora, sendo que, nesta última, o Desembargador Federal Luiz Stefanini e as Juízas Federais Convocadas Audrey Gasparini e Leila Paiva o fizeram em menor extensão, para determinar a incidência dos juros de mora a partir da data da citação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Trata-se de ação ajuizada em 1º/6/16 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão da aposentadoria especial desde a data do requerimento administrativo (16/4/14) ou do preenchimento dos requisitos necessários, mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74, 14/10/75 a 12/11/77, 17/11/77 a 4/10/78, 1º/2/79 a 12/11/79, 2/7/84 a 3/12/84, 2/5/85 a 2/9/85, 10/10/85 a 24/1/86, 1º/2/86 a 13/8/86, 8/9/86 a 12/6/87, 6/7/87 a 12/3/88, 19/4/88 a 17/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 11/4/08 a 15/5/08, 3/3/09 a 30/10/09, 26/10/09 a 16/12/09, 13/1/10 a 20/4/11, 21/4/11 a 2/7/11, 13/7/11 a 4/1/12 e 2/7/12 a 16/4/14. Sucessivamente, pleiteia a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74, 14/10/75 a 12/11/77, 2/7/84 a 3/12/84, 2/5/85 a 2/9/85, 10/10/85 a 24/1/86, 1º/2/86 a 13/8/91, 19/8/86 a 4/9/86, 8/9/86 a 12/6/87, 6/7/87 a 12/3/88, 19/4/88 a 12/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 5/3/97, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 2/3/09 a 30/10/09, 31/10/09 a 16/12/09, 13/1/10 a 20/4/11, 21/4/11 a 2/7/11 e 2/7/12 a 16/4/14, bem como condenar o INSS ao pagamento da aposentadoria por tempo de contribuição a partir da data do requerimento administrativo, acrescida de correção monetária e juros de mora “nos termos do Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal vigente ao tempo do cumprimento da sentença” (ID 67440825, p. 25). Os honorários advocatícios deverão ser fixados no momento da liquidação do julgado.

Inconformada, apelou a parte autora, pleiteando o enquadramento, como especial, das atividades exercidas nos períodos mencionados na petição inicial, bem como a concessão da aposentadoria especial a partir da data do requerimento administrativo ou do ajuizamento da ação. Requer, ainda, “a aplicação ao caso do disposto no art. 493 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), observada a inequívoca condição de “fato novo” dos períodos de trabalho laborados após o ajuizamento da ação pela parte autora” (ID 67440826, p. 13),

a fixação de juros de mora de 1% ao mês desde a citação até o efetivo pagamento e “a condenação do INSS ao pagamento dos honorários advocatícios dos patronos da parte autora, nos termos do art. 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), observado o valor integral da condenação fixado nos autos” (ID 67440826, p. 14).

A autarquia também recorreu, sustentando a improcedência do pedido. Caso não seja esse o entendimento, requer a fixação do termo inicial de concessão do benefício a partir da data da citação, bem como que “sejam os honorários fixados no percentual mínimo e somente sobre as parcelas vencidas, consoante a Súmula n. 111 do STJ” (ID 67440827, p. 13).

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

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA (RELATOR): Inicialmente, da leitura da exordial, verifica-se que o pedido restringe-se à concessão da aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, mediante o reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74, 14/10/75 a 12/11/77, 17/11/77 a 4/10/78, 1º/2/79 a 12/11/79, 2/7/84 a 3/12/84, 2/5/85 a 2/9/85, 10/10/85 a 24/1/86, 1º/2/86 a 13/8/86, 8/9/86 a 12/6/87, 6/7/87 a 12/3/88, 19/4/88 a 17/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 11/4/08 a 15/5/08, 3/3/09 a 30/10/09, 26/10/09 a 16/12/09, 13/1/10 a 20/4/11, 21/4/11 a 2/7/11, 13/7/11 a 4/1/12 e 2/7/12 a 16/4/14.

No entanto, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74, 14/10/75 a 12/11/77, 2/7/84 a 3/12/84, 2/5/85 a 2/9/85, 10/10/85 a 24/1/86, 1º/2/86 a 13/8/86, 19/8/86 a 4/9/86, 8/9/86 a 12/6/87, 6/7/87 a 12/3/88, 19/4/88 a 12/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 5/3/97, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 2/3/09 a 30/10/09, 31/10/09 a 16/12/09, 13/1/10 a 20/4/11, 21/4/11 a 2/7/11 e 2/7/12 a 16/4/14, bem como condenar o INSS ao pagamento da aposentadoria por tempo de contribuição.

Conforme dispõe o artigo 141 do Código de Processo Civil/2015, o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes. Igualmente, o artigo 492 do mesmo diploma legal trata da correlação entre o pedido e a sentença.

Assim sendo, caracterizada a hipótese de julgado *ultra petita*, a teor do disposto nos artigos 141, 282 e 492 do CPC/2015, declaro a nulidade da sentença em relação ao reconhecimento do caráter especial das atividades exercidas no período de 19/8/86 a 4/9/86, pois não pleiteado na exordial.

Outrossim, de ofício, retifico o erro material constante da R. sentença para que passe a constar que o período em que o segurado trabalhou como auxiliar de acabamento corresponde a 1º/2/86 a 13/8/86, conforme se verifica em sua CTPS (ID 67440816, p. 7).

Utilizo-me, aqui, dos ensinamentos do Eminentíssimo Professor Cândido Rangel Dinamarco, em “*Instituições de Direito Processual Civil*”, vol. III, pp. 684 e 685, Malheiros Editores:

“As correções informais da sentença são admissíveis a qualquer tempo, sem o óbice de supostas preclusões. Precisamente porque não devem afetar em substância o decisório da sentença, o que mediante elas se faz não altera, não aumenta e não diminui os efeitos desta.”

Neste sentido, transcrevo o julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. *ERRO MATERIAL CONFIGURADO NA SENTENÇA QUANTO AO CÁLCULO MATEMÁTICO*. SOMATÓRIO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO QUE DÁ DIREITO A PROVENTOS INTEGRAIS. CÁLCULO REFEITO PELO TRIBUNAL LEVANDO EM CONTA OS MESMOS ELEMENTOS CONSIDERADOS PELA SENTENÇA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

3. *O erro material não decorre de juízo de valor ou de aplicação de norma jurídica sobre os fatos do processo. Sua correção é possível a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, até porque o erro material não transita em julgado, tendo em vista que a sua correção não implica em alteração do conteúdo do provimento jurisdicional.*

4. Agravo regimental não provido.”

(STJ, AgRg no REsp nº 1.213.286/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, v.u., j. 23/06/15, DJe 29/06/15, grifos meus)

Passo à análise do mérito.

No que se refere ao *reconhecimento da atividade especial*, a jurisprudência é pacífica no sentido de que deve ser aplicada a lei vigente à época em que exercido o trabalho, à luz do princípio *tempus regit actum* (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.310.034-PR).

Quanto aos *meios de comprovação* do exercício da atividade em condições especiais, até 28/4/95, bastava a constatação de que o segurado exercia uma das atividades constantes dos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. O rol dos referidos anexos é considerado meramente exemplificativo (Súmula nº 198 do extinto TFR).

Com a edição da Lei nº 9.032/95, a partir de 29/4/95 passou-se a exigir por meio de formulário específico a comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, ao incluir o § 1º ao art. 58 da Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a necessidade da comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes nocivos à saúde do segurado por meio de laudo técnico, motivo pelo qual considerava necessária a apresentação de tal documento a partir de 11/10/96.

No entanto, a fim de não dificultar ainda mais o oferecimento da prestação jurisdicional, passei a adotar o posicionamento no sentido de exigir a apresentação de laudo técnico somente a partir 6/3/97, data da publicação do Decreto nº 2.172, de 5/3/97, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Nesse sentido, quadra mencionar os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Petição nº 9.194/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. em 28/5/14, v.u., DJe 2/6/14; AgRg no AREsp. nº 228.590, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 18/3/14, v.u., DJe 1º/4/14; bem como o acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 0024288-60.2004.4.03.6302, Relator para Acórdão Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, j. 14/2/14, DOU 14/2/14.

Por fim, observo que o art. 58 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523 de 11/10/96, a qual foi convertida na Lei nº 9.528 de 10/12/97, em seu § 4º, instituiu o *Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)*, sendo que, com a edição do Decreto

nº 4.032/01, o qual alterou a redação dos §§ 2º e 6º e inseriu o § 8º ao art. 68 do Decreto nº 3048/99, passou-se a admitir o referido PPP para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. O art. 68 do Decreto nº 8.123/13 também traz considerações sobre o referido PPP.

Devo salientar que o laudo (ou PPP) não contemporâneo ao exercício das atividades não impede a comprovação de sua natureza especial, desde que não tenha havido alteração expressiva no ambiente de trabalho.

Ademais, se em data posterior ao trabalho realizado foi constatada a presença de agentes nocivos, é de bom senso imaginar que a sujeição dos trabalhadores à insalubridade não era menor à época do labor, haja vista os avanços tecnológicos e a evolução da segurança do trabalho que certamente sobrevieram com o passar do tempo.

Quadra ressaltar, por oportuno, que o PPP é o formulário padronizado, redigido e fornecido pela própria autarquia, sendo que no referido documento não consta campo específico indagando sobre a *habitualidade e permanência* da exposição do trabalhador ao agente nocivo, diferentemente do que ocorria nos anteriores formulários SB-40, DIRBEN 8030 ou DSS 8030, nos quais tal questionamento encontrava-se de forma expressa e com campo próprio para aposição da informação. Dessa forma, não me parece razoável que a deficiência contida no PPP possa prejudicar o segurado e deixar de reconhecer a especialidade da atividade à míngua de informação expressa com relação à habitualidade e permanência.

Vale ressaltar que o uso de equipamentos de proteção individual - *EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade da atividade*, a não ser que comprovada a real efetividade do aparelho na neutralização do agente nocivo, sendo que, em se tratando, especificamente, do agente ruído, não há, no momento, equipamento capaz de neutralizar a nocividade gerada pelo referido agente agressivo, conforme o julgamento realizado, em sessão de 4/12/14, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, na *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC*, de Relatoria do E. Ministro Luiz Fux.

Observe, ainda, que a informação registrada pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a eficácia do EPI não tem o condão de descaracterizar a sujeição do segurado aos agentes nocivos. Conforme tratado na decisão proferida pelo C. STF na *Repercussão Geral* acima mencionada, a legislação previdenciária criou, com relação à aposentadoria especial, uma sistemática na qual é colocado a cargo do empregador o dever de elaborar laudo técnico voltado a determinar os fatores de risco existentes no ambiente de trabalho, ficando o Ministério da Previdência Social responsável por fiscalizar a regularidade do referido laudo. Ao mesmo tempo, autoriza-se que o empregador obtenha benefício tributário caso apresente simples declaração no sentido de que existiu o fornecimento de EPI eficaz ao empregado.

Notório que o sistema criado pela legislação é falho e incapaz de promover a real comprovação de que o empregado esteve, de fato, absolutamente protegido contra o fator de risco. A respeito, é precisa a observação do E. Ministro Luís Roberto Barroso, ao sustentar que “*considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento dessas normas*” (Normas Regulamentadoras relacionadas à Segurança do Trabalho).

Exata, ainda, a manifestação do E. Ministro Marco Aurélio, ao invocar o *princípio da primazia da realidade*, segundo o qual uma verdade formal não pode se sobrepor aos fatos que realmente ocorrem - sobretudo em hipótese na qual a declaração formal é prestada com objetivos econômicos.

Logo, se a legislação previdenciária cria situação que resulta, na prática, na inexistência de dados confiáveis sobre a eficácia ou não do EPI, não se pode impor ao segurado - que não concorre para a elaboração do laudo, nem para sua fiscalização - o dever de fazer prova da ineficácia do equipamento de proteção que lhe foi fornecido. Caberá, portanto, ao INSS o ônus de provar que o trabalhador foi totalmente protegido contra a situação de risco, pois não se pode impor ao empregado - que labora em condições nocivas à sua saúde - a obrigação de suportar individualmente os riscos inerentes à atividade produtiva perigosa, cujos benefícios são compartilhados por toda a sociedade.

Ressalto, adicionalmente, que a Corte Suprema, ao apreciar a Repercussão Geral acima mencionada, afastou a alegação, suscitada pelo INSS, de ausência de *prévia fonte de custeio* para o direito à aposentadoria especial. O E. Relator, em seu voto, deixou bem explicitada a regra que se deve adotar ao afirmar:

“Destarte, não há ofensa ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois existe a previsão na própria sistemática da aposentadoria especial da figura do incentivo (art. 22, II e § 3º, Lei nº 8.212/91), que, por si só, não consubstancia a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). Corroborando o supra esposado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que o art. 195, § 5º, da CRFB/88, contém norma dirigida ao legislador ordinário, disposição inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela própria constituição”.

Com relação à *conversão de tempo especial em comum*, parece de todo conveniente traçar um breve relato de sua evolução histórica na ordenação jurídica brasileira.

Inicialmente, observo que a aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei nº 3.807, de 26/8/60 (Lei Orgânica da Previdência Social).

A Lei nº 6.887/80 acrescentou o § 4º ao art. 9º, da Lei nº 5.890/73, dispondo:

“O tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades que, na vigência desta Lei, sejam ou venham a ser consideradas penosas, insalubres ou perigosas, será somado, após a respectiva conversão segundo critérios de equivalência a serem fixados pelo Ministério da Previdência Social, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie.”

Após diversas alterações legislativas, a Lei nº 8.213/91 dispôs sobre a aposentadoria especial em seus artigos 57 e 58.

A possibilidade de conversão do tempo especial em comum havia sido revogada pela edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98. No entanto, o referido dispositivo legal foi suprimido quando da conversão na Lei nº 9.711/98, razão pela qual, forçoso reconhecer que permanece em vigor a possibilidade dessa conversão. Ademais, a questão ficou pacificada com a edição do Decreto nº 4.827, de 3/9/03, que incluiu o § 2º ao art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estabelecendo que “As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.” Nesse sentido, cabe ressaltar que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser possível a conversão de tempo especial em comum no período anterior a 1º/1/81, bem como posterior à edição do art. 28, da Medida Provisória nº 1.663 de 28/5/98.

A questão relativa ao *fator de conversão* foi objeto de julgamento pelo C. Superior Tribunal de Justiça no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.151.363/*

MG (2009/0145685-8). O E. Relator Ministro Jorge Mussi, em seu voto, bem explicitou a regra que se deve adotar ao asseverar:

“Importa notar que a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação da atividade sob condições especiais, conforme dispõe o § 1º supra. Ou seja, *observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde*: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho. *Diversamente, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento*. Por essa razão, o § 2º deixa expresso que as regras de conversão do art. 70 aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. Isso é possível porque a adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático. Explica-se: O fator de conversão é o resultado da *divisão* do número máximo de *tempo comum* (35 para homem e 30 para mulher) pelo número máximo de *tempo especial* (15, 20 e 25). *Ou seja, o fator a ser aplicado ao tempo especial laborado pelo homem para convertê-lo em comum será 1,40, pois $35/25=1,40$. Se o tempo for trabalhado por uma mulher, o fator será de 1,20, pois $30/25=1,20$* . Se o tempo especial for de 15 ou 20 anos, a regra será a mesma. *Trata-se de regra matemática pura e simples e não de regra previdenciária*. Observando-se os Decretos ns. 53.831/1964 e 83.080/1979, os quais traziam a lista de agentes nocivos e atividades insalubres, extrai-se a informação de que, em ambos os decretos, o tempo máximo de exposição aos agentes a que esteve exposto o recorrido (ruído e frio) era de 25 anos. Todavia, o tempo de serviço comum, para efeito de aposentadoria, constante daqueles decretos, era de, no máximo, 30 anos; portanto, o fator de conversão utilizado nessa hipótese era de 1,2. Destarte, o índice de 1,2 para conversão de tempo especial em aposentadoria comum com 30 anos de contribuição e o índice de 1,4 em relação à aposentadoria com 35 anos têm a mesma função. Converter para comum o tempo de serviço especial relativo à atividade com limite de 25 anos utilizando o fator de 1,2 seria prejudicial ao segurado (homem), porquanto a norma de regência exige, como tempo de contribuição, os 35 anos, como é de notório conhecimento.(...) Nesse contexto, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827/2003 ao Decreto n. 3.048/99, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1, 40. É o que se denota do artigo 173 da Instrução Normativa n. 20/2007”. (grifos meus)

Quanto à *aposentadoria especial*, em atenção ao princípio *tempus regit actum*, o benefício deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que implementados os requisitos para a sua concessão, devendo ser observadas as disposições do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Cumprе ressaltar que, no cálculo do salário de benefício da aposentadoria especial, não há a incidência do fator previdenciário, tendo em vista o disposto no inc. II do art. 29 da Lei nº 8.213/91.

Quanto à *aposentadoria por tempo de contribuição*, para os segurados que cumpriram os requisitos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, devem ser observadas as disposições dos artigos 52 e 53, da Lei nº 8.213/91, em atenção ao princípio *tempus regit actum*.

Havendo a necessidade de utilização do período posterior à referida Emenda, deverão ser observadas as alterações realizadas pela referida Emenda aos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, que extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço no âmbito do regime geral de previdência social.

Transcrevo o §7º do art. 201 da Carta Magna com a nova redação:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

Por sua vez, o art. 9º de referida Emenda criou uma regra de transição, ao estabelecer:

“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 cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do “caput”, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no “caput”, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.”

Contudo, no que tange à aposentadoria integral, cumpre ressaltar que, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do §7º do art. 201, da Constituição Federal, associava tempo mínimo de contribuição (35 anos, para homem e 30 anos, para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Não sendo aprovada a exigência da idade mínima quando da promulgação da Emenda nº 20, a regra de transição para a aposentadoria integral tornou-se inócua, uma vez que, no texto permanente (art. 201, §7º, inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição.

Quadra mencionar que, havendo o cômputo do tempo de serviço posterior a 28/11/99, devem ser observados os dispositivos constantes da Lei nº 9.876/99 no que se refere ao cálculo

do valor do benefício, consoante o julgamento realizado, em 10/9/08, pelo Tribunal Pleno do C. Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 575.089, de Relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski.

Passo à análise do caso concreto.

1) Períodos: 1º/4/73 a 26/12/74 e 14/10/75 a 12/11/77.

Empresa: Companhia de Cafés Bom Retiro.

Atividades/funções: serviços gerais na lavoura de café.

Agente(s) nocivo(s): enquadramento por categoria profissional e herbicidas e praguicidas à base de compostos organofosforados.

Enquadramento legal: Código 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64. Código 1.2.6 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.6 do Decreto nº 83.080/79.

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de 1º/4/73 a 26/12/74 e 14/10/75 a 12/11/77, por enquadramento na categoria profissional como trabalhador rural, nos termos do código 2.2.1, do Decreto nº 53.831/64 (“Agricultura”/“Trabalhadores na agropecuária”) e em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a herbicidas e praguicidas à base de compostos organofosforados.

Em se tratando de *agentes químicos*, impende salientar que a constatação dos mesmos deve ser realizada mediante *avaliação qualitativa e não quantitativa*, bastando a exposição do segurado aos referidos agentes para configurar a especialidade do labor.

Neste sentido, colaciono a jurisprudência abaixo transcrita, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES QUÍMICOS NOCIVOS. AVALIAÇÃO QUALITATIVA.

Os riscos ocupacionais gerados pela exposição a agentes químicos são constatados a partir da avaliação qualitativa; não requerem análise quantitativa da concentração ou intensidade máxima a que submetido o trabalhador.”

(TRF4, EINF nº 5000295-67.2010.404.7108/RS, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 11/12/14, v.u., DE 4/2/15, grifos meus)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONCESSÃO.

(...)

6. Os riscos ocupacionais gerados pela exposição a agentes químicos são constatados a partir da avaliação qualitativa; não requerem análise quantitativa da concentração ou intensidade máxima a que submetido o trabalhador.

(...)

10. Comprovando o exercício da atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, nos termos do artigo 57, *caput*, e § 1º, da lei 8.213, de 24-07-1991, observado, ainda, o disposto art. 18, I, ‘d’, c/c 29, II, da LB, a contar da data do requerimento administrativo.”

(TRF4, AC nº 0009337-15.2015.4.04.9999/RS, Quinta Turma, Rel. Juiz Federal Convocado José Antonio Savaris, j. 25/8/15, v.u., DE 2/9/15, grifos meus)

Outrossim, o próprio Conselho de Recursos da Previdência Social editou o Enunciado nº 33, *in verbis*:

“Para os efeitos de reconhecimento de *tempo especial*, o enquadramento do tempo de atividade do *trabalhador rural, segurado empregado*, sob o código 2.2.1 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, é possível quando o regime de vinculação for o da Previdência Social Urbana, e não o da Previdência Rural (PRORURAL), para os períodos anteriores à unificação de ambos os regimes pela Lei nº 8.213, de 1991, e *aplica-se ao tempo de atividade rural exercido até 28 de abril de 1995, independentemente de ter sido prestado exclusivamente na lavoura ou na pecuária.*”

2) Períodos: 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79.

Empresas: José Roberto Coelho (Fazenda Santa Rita) e Washington F. Coelho (Sítio Boa Vista).

Atividades/funções: serviços gerais agrícolas.

Agente(s) nocivo(s): enquadramento por categoria profissional.

Enquadramento legal: Código 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64.

Provas: CTPS (ID 67440816, p. 5).

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos períodos de 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79, por enquadramento na categoria profissional como trabalhador rural, nos termos do código 2.2.1, do Decreto nº 53.831/64 (“Agricultura”/“Trabalhadores na agropecuária”).

3) Períodos: 2/7/84 a 3/12/84 e 1º/2/86 a 13/8/86.

Empresas: Calçados Paragon S/A e Indústria de Calçados Kim Ltda.

Atividades/funções: sapateiro e auxiliar de acabamento.

Agente(s) nocivo(s): não indicados.

Enquadramento legal: não há.

Provas: CTPS (ID 67440816, p. 6/7).

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 2/7/84 a 3/12/84 e 1º/2/86 a 13/8/86, tendo em vista que as atividades de “sapateiro” e “auxiliar de acabamento” não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 e que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que tais atividades não foram contempladas na perícia judicial.

Cumprе ressaltar que não é possível concluir que as atividades exercidas pelo autor e seus locais de trabalho eram semelhantes aos apurados pelo Laudo Técnico Pericial elaborado por solicitação do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca/SP, tendo em vista que este é demasiado genérico, tendo como parâmetro “*diversas empresas pertencentes à base de trabalhadores do Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca, abrangendo empresas pequenas, médias e grandes*” (ID 67440817, p. 13), cujos nomes e características não são sequer indicados. Ademais, seu conteúdo não reflete as condições de trabalho de todas as empresas do setor de calçados, mas “*traduzem as condições gerais dos ambientes de trabalho dos empregados nas Indústrias de Calçados de Franca, uma vez que, na grande maioria das empresas, são utilizados processos produtivos, insumos industriais (colas, vernizes, tintas, thinners, halogênicos, etc), máquinas e equipamentos similares*” (ID 67440817, p. 14).

Por sua vez, as Fichas de Informação de Segurança de Produto Químico - FISPQ elaboradas pela Petrobrás, pela CETESB e pela Amazonas Produtos para Calçados Ltda. limitam-se

a informar as características e os riscos de alguns produtos químicos, mas não mencionam que o demandante estava exposto a eles durante o exercício de suas funções.

4) *Período: 2/5/85 a 2/9/85.*

Empresa: Frigorífico Industrial Patrocínio Paulista Ltda.

Atividades/funções: serviços gerais.

Agente(s) nocivo(s): temperatura de 0 a 4°C na câmara frigorífica e de 12°C na sala resfriada.

Enquadramento legal: Código 1.1.2 dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79.

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 2/5/85 a 2/9/85, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a temperaturas inferiores ao mínimo permitido. Observo não ser razoável o entendimento de que a exposição ao agente nocivo tenha que se dar de forma ininterrupta, ao longo de toda a jornada de trabalho, de modo que o fato de o demandante também trabalhar “fora da câmara fria em um setor resfriado a aproximadamente 12°C” (ID 67440822, p. 8) não descaracteriza a habitualidade e a permanência da exposição, sobretudo considerando que “[p]ara os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computando esse intervalo como de trabalho efetivo” (ID 67440822, p. 14).

5) *Período: 10/10/85 a 24/1/86.*

Empresa: Auto Posto Lavajato Ltda.

Atividades/funções: frentista.

Agente(s) nocivo(s): vapores de gasolina, etanol e diesel (xileno, tolueno, etil benzeno, n-hexano e álcool).

Enquadramento legal: Código 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.2.10 do Decreto nº 83.080/79.

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 10/10/85 a 24/1/86, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes químicos.

6) *Períodos: 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 17/6/88 e 13/7/88 a 21/4/94.*

Empresas: Marco Aurélio Artefatos de Couro Ltda., Globe Artefatos de Couro Ltda. e Calçados Sidimar Ltda.

Atividades/funções: cortador de forro.

Agente(s) nocivo(s): não indicados.

Enquadramento legal: não há.

Provas: CTPS (ID 67440816, p. 8 e 25/26).

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 17/6/88 e 13/7/88 a 21/4/94, tendo em vista que a atividade de “cortador de forro” não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79 e que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que, não obstante conste do Laudo Pericial que o cortador de couro/vaqueta com o auxílio de ba-

lancim estava exposto a ruído de 86,95 dB, não é possível concluir que durante tais períodos a parte autora efetuava o corte de forro utilizando o mesmo equipamento.

7) *Período: 6/7/87 a 12/3/88.*

Empregadora: Fundação Santa Casa de Misericórdia de Franca.

Atividades/funções: serviços gerais.

Agente(s) nocivo(s): agentes biológicos.

Enquadramento legal: Código 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 e Código 1.3.4 do Decreto nº 83.080/79.

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 6/7/87 a 12/3/88, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, a agentes biológicos. Segundo o perito judicial, “[l]aborava suas atividades em todas as dependências do hospital como corredores, quartos, salas de atendimento dos setores e alas onde os pacientes recebiam atendimento” (ID 67440822, p. 10).

Cumprе ressaltar que a exposição ao agente nocivo não precisa ocorrer ao longo de toda a jornada de trabalho. Como bem asseverou o E. Desembargador Federal Rogerio Favreto:

“A habitualidade e permanência do tempo de trabalho em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física referidas no artigo 57, § 3º, da Lei 8.213/91 não pressupõe a exposição contínua ao agente nocivo durante toda a jornada de trabalho, devendo ser interpretada no sentido de que tal *exposição deve ser ínsita ao desenvolvimento das atividades cometidas ao trabalhador, integrada à sua rotina de trabalho*, e não de ocorrência eventual, ocasional. *Exegese diversa levaria à inutilidade da norma protetiva, pois em raras atividades a sujeição direta ao agente nocivo se dá durante toda a jornada de trabalho, e em muitas delas a exposição em tal intensidade seria absolutamente impossível.* A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes da Terceira Seção deste Tribunal: EINF n.º 0003929-54.2008.404.7003, de minha relatoria, D.E. 24/10/2011; EINF n.º 2007.71.00.046688-7, Terceira Seção, Relator Celso Kipper, D.E. 07/11/2011” (TRF-4ªR, 5ª Turma, AC 5045454-18.2014.4.04.7100/RS, j. 16/5/17, vu., grifos meus).

Neste sentido, já decidiu o C. STJ, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. TEMPO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. AMBIENTE HOSPITALAR. CONCEITOS DE HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA QUE COMPORTAM INTERPRETAÇÃO. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO QUALITATIVO. RISCO IMINENTE. AVALIAÇÃO DA REAL EFETIVIDADE E DA DEVIDA UTILIZAÇÃO DO EPI. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO BENEFÍCIO PRETENDIDO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. (...)

2. *A circunstância de o contato com os agentes biológicos não perdurar durante toda a jornada de trabalho não significa que não tenha havido exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente, na medida em que a natureza do trabalho desenvolvido pela autora, no ambiente laboral hospitalar, permite concluir por sua constante vulnerabilidade. Questão que se resolve pelo parâmetro qualitativo, e não quantitativo.*

3. Na hipótese, a instância ordinária manifestou-se no sentido de que, sendo evidente a exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa, não há como atestar a real efetividade do Equipamento de Proteção Individual - EPI. Rever esse entendimento, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice da Súmula 7/STJ.

4. (...)

5. Recurso especial do INSS parcialmente provido, para se afastar a pretendida conversão de tempo de serviço comum em especial.”

(STJ, 1ª Turma, REsp nº 1.468.401/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, v. u., j. 16/3/17, DJe 27/3/17, grifos meus)

8) Período: 16/9/94 a 24/12/94.

Empresa: Calçados Jodamar Ltda.

Atividades/funções: cortador manual.

Agente(s) nocivo(s): ruído de 72,68 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: CTPS (ID 67440816, p. 26).

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 16/9/94 a 24/12/94, tendo em vista que a atividade de “cortador manual” não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, bem como que, apesar de a empresa Jodamar não ter sido citada no Laudo Pericial, o perito judicial concluiu que o nível de exposição normalizado ao qual o cortador manual de couro estava exposto na empresa Sucesso Bordados Confecções e Perfurações Ltda. era de 72,68 dB, estando abaixo do limite de tolerância.

9) Períodos: 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02, 21/2/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 3/3/09 a 30/10/09 e 21/4/11 a 2/7/11.

Empresas: Althamir Alves de Andrade Franca, Alpargatas S/A, Tek Artefatos de Couro Ltda., Sunice Indústria e Comércio Ltda., La Luna Indústria e Comércio de Calçados Ltda., Robson Lamarca Franca ME e E. de Oliveira Santos ME.

Atividades/funções: cortador de vaqueta (balancim).

Agente(s) nocivo(s): ruído de 86,95 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial nos período de 1º/3/95 a 11/7/95, 10/6/96 a 5/3/97, 19/11/03 a 28/12/06, 19/3/07 a 1º/6/07, 3/3/09 a 30/10/09 e 21/4/11 a 2/7/11, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente ruído acima do limite de tolerância. No entanto, não ficou comprovada a especialidade do labor nos períodos de 6/3/97 a 18/12/98, 5/8/99 a 7/9/00, 1º/6/01 a 30/11/01, 1º/2/02 a 6/12/02 e 21/2/03 a 18/11/03, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância. Segundo o perito judicial, “[n]ão foi identificada a exposição a agentes químicos” (ID 67440822, p. 11).

No tocante à comprovação da exposição ao agente nocivo *ruído*, há a exigência de apresentação de *laudo técnico ou PPP* para comprovar a efetiva exposição a ruídos acima de 80 dB,

nos termos do Decreto nº 53.831/64. Após 5/3/97, o limite foi elevado para 90 dB, conforme Decreto nº 2.172/97. A partir de 19/11/03 o referido limite foi reduzido para 85 dB, nos termos do Decreto nº 4.882/03. Quadra mencionar, ainda, que o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.398.260/PR (2013/0268413-2)*, firmou posicionamento no sentido da impossibilidade de aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/03, uma vez que deve ser aplicada a lei em vigor no momento da prestação do serviço.

10) *Período: 11/4/08 a 15/5/08.*

Empresa: Platoon Indústria e Comércio de Calçados Ltda.

Atividades/funções: cortador.

Agente(s) nocivo(s): não indicados.

Enquadramento legal: não há.

Provas: CTPS (ID 67440816, p. 46).

Conclusão: Não é possível o reconhecimento da especialidade do labor no período de 11/4/08 a 15/5/08, tendo em vista que não ficou comprovada a exposição a agentes nocivos. Quadra ressaltar que, não obstante conste do Laudo Pericial que o cortador de couro/vaqueta com o auxílio de balancim estava exposto a ruído de 86,95 dB, não é possível concluir que durante tais períodos a parte autora utilizava o mesmo equipamento.

11) *Período: 31/10/09 a 16/12/09.*

Empresa: Art Mille Artefatos de Couro Ltda.

Atividades/funções: cortador.

Agente(s) nocivo(s): ruído de 85 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (ID 67440819, p. 33/34), datado de 9/4/13.

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 31/10/09 a 16/12/09, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância.

12) *Período: 13/1/10 a 20/4/11.*

Empresa: Art Mille Artefatos de Couro Ltda.

Atividades/funções: cortador.

Agente(s) nocivo(s): ruído de 85 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (ID 67440819, p. 35/36), datado de 9/4/13.

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 13/1/10 a 20/4/11, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância.

13) *Período: 13/7/11 a 4/1/12.*

Empresa: Sucesso Bordados Confecções e Perfurações Ltda.

Atividades/funções: cortador manual.

Agente(s) nocivo(s): ruído de 72,68 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Não ficou comprovada a especialidade do labor no período de 13/7/11 a 4/1/12, tendo em vista que a exposição ao ruído foi inferior ao limite de tolerância. Segundo o perito judicial, “[n]ão foi identificada a exposição a agentes químicos” (ID 67440822, p. 12).

14) Período: 2/7/12 a 16/4/14.

Empresa: Empório Comfort Ltda.

Atividades/funções: cortador de vaqueta (balancim).

Agente(s) nocivo(s): ruído de 86,95 dB.

Enquadramento legal: Código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 (acima de 80 decibéis), Decreto nº 2.172/97 (acima de 90 decibéis) e Decreto nº 4.882/03 (acima de 85 decibéis).

Provas: Laudo Pericial (ID 67440822, p. 3/48), datado de 31/5/17.

Conclusão: Ficou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial no período de 2/7/12 a 16/4/14, em decorrência da exposição, de forma habitual e permanente, ao agente ruído acima do limite de tolerância.

Observo, por oportuno, que a jurisprudência tem entendido ser válida a perícia técnica por equiparação, realizada em empresa similar àquela em que o segurado desenvolveu suas atividades, quando não for possível a apuração das condições de trabalho no ambiente onde, efetivamente, foi prestado o labor.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o seguinte acórdão, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ATIVIDADE LABORAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. *PERÍCIA INDIRETA*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. DIREITO DE CONVERSÃO. APOSENTADORIA. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 557 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

IV - *É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é legítima a realização de perícia indireta em empresa similar, em face da impossibilidade de produção da prova no local de trabalho.*

V - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

VI - Esta Corte, ao julgar o Recurso Especial n. 1.310.034/SC, submetido ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual se aplica ao direito de conversão entre tempo comum em especial a lei em vigor à época da aposentadoria, independentemente do período no qual as atividades foram exercidas pelo segurado.

VII - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

VIII - Agravado Regimental improvido.”

(STJ, AgRg no REsp. nº 1.427.971/RS, 1ª Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, j. 26/4/16, v. u., DJe 12/5/16, grifos meus)

Dessa forma, somando-se os períodos especiais reconhecidos nos presentes autos, não perfaz o autor 25 anos de atividade especial, motivo pelo qual não faz jus à concessão da aposentadoria especial.

Cumpre mencionar que, não obstante o julgamento proferido no Recurso Especial Repetitivo nº 1.727.063/SP (Tema 995), tornando possível a reafirmação da DER para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, observo não ser possível a aplicação do referido Tema 995 ao presente caso, tendo em vista que não há nos autos documento comprobatório de exposição do demandante a agentes nocivos após 16/4/14.

Relativamente ao pedido de *aposentadoria por tempo de contribuição*, observo que convertendo os períodos especiais em comuns e somando-os aos demais períodos trabalhados até a data do requerimento administrativo, cumpriu a parte autora os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço proporcional pelas regras de transição (“pedágio”).

Outrossim, computando-se os períodos trabalhados até o ajuizamento da ação (1º/6/16), faz jus a parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição integral, conforme alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Tratando-se de segurado inscrito na Previdência Social em momento anterior à Lei nº 8.213/91, o período de carência é o previsto na tabela do art. 142 de referido diploma, o qual, no presente caso, foi em muito superado.

Dessa forma, sendo possível a concessão do benefício em mais de uma hipótese, *deve ser assegurada à parte autora a opção pela aposentadoria mais vantajosa*, de acordo com a legislação mencionada na fundamentação acima.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa (16/4/14), nos termos do art. 54 c/c art. 49, inc. II, da Lei nº 8.213/91, caso o segurado opte pela aposentadoria proporcional por tempo de serviço, ou na data da citação, se optar pela aposentadoria por tempo de contribuição integral.

A correção monetária deve incidir desde a data do vencimento de cada prestação e os juros moratórios a partir da citação, momento da constituição do réu em mora.

Com relação ao termo final dos *juros de mora*, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 579.431*, em 19/4/17, firmou o seguinte posicionamento: “Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”. Dessa forma, devem ser computados os juros de mora entre a data da conta e a expedição do ofício requisitório (RPV ou precatório).

Com relação aos *índices de atualização monetária e taxa de juros*, devem ser observados os posicionamentos firmados na *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810)* e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (*Tema 905*), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que “a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de *benefício de prestação continuada* (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária.” Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira:

“Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – *INPC* e *IPCA-E* tiveram *variação* muito *próxima* no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação.” (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Com relação à verba honorária, não merece reforma a R. sentença que postergou a fixação do percentual da condenação para a fase de cumprimento de sentença.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser levadas em conta apenas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111, do C. STJ.

Na hipótese de a parte autora estar recebendo aposentadoria, auxílio-doença ou abono de permanência em serviço, deve ser facultado ao demandante a percepção do benefício mais vantajoso, sendo vedado o recebimento conjunto, nos termos do art. 124 da Lei nº 8.213/91.

Conforme extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a parte autora recebeu auxílio acidente de 30/7/08 a 31/7/19.

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o *Recurso Especial Representativo de Controvérsia* nº 1.296.373/MG (2011/0291392-0), firmou posicionamento no seguinte sentido:

“A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (...) promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997”.

No presente caso, considerando que a concessão do auxílio acidente e da aposentadoria foram posteriores a 11/11/97, impossível a acumulação dos benefícios, devendo, contudo, o referido auxílio integrar o salário de contribuição para fins de cálculo do salário de benefício da aposentadoria.

Outrossim, o período em que o segurado esteve em gozo de auxílio-acidente não pode ser computado como tempo de contribuição, à míngua de previsão legal.

Ante o exposto, de ofício, restrinjo a R. sentença aos limites do pedido e retifico o erro material constante em sua fundamentação, dou parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer o caráter especial das atividades exercidas nos períodos de 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79 e determinar a incidência dos juros de mora a partir da data da citação e dou parcial provimento à apelação do INSS para excluir o reconhecimento da especialidade do labor exercido nos períodos de 2/7/84 a 3/12/84, 1º/2/86 a 13/8/86, 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 12/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 21/2/03 a 18/11/03, 31/10/09 a 16/12/09 e 13/1/10 a 20/4/11, fixar o termo inicial do benefício e a base de cálculo da verba honorária na forma acima indicada, afastar o cômputo do auxílio acidente como tempo de contribuição e declarar a impossibilidade da acumulação da aposentadoria por tempo de contribuição e do auxílio acidente, devendo, contudo, o referido auxílio integrar o salário de contribuição para

fins de cálculo do salário de benefício da aposentadoria. A correção monetária e os juros de mora devem ser fixados nos termos da fundamentação acima.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Peço vênia ao E. Relator para divergir no que tange ao reconhecimento de atividade especial nos períodos de 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79

Segundo consta nos autos, os períodos de labor mencionados foram qualificados como insalubres por enquadramento no item 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64 (trabalhadores na agropecuária).

Contudo, a atividade rural prestada a pessoa física não configura atividade agropecuária nos termos do item 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64 (trabalhadores na agropecuária).

Consequentemente, os períodos entre 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79 são comuns.

Diante do exposto, acompanho em parte o e. relator para de ofício, restringir a R. sentença aos limites do pedido e retificar o erro material constante em sua fundamentação, dar parcial provimento à apelação da parte autora, em menor extensão, para determinar a incidência dos juros de mora a partir da data da citação e dar parcial provimento à apelação do INSS para excluir o reconhecimento da especialidade do labor exercido nos períodos de 2/7/84 a 3/12/84, 1º/2/86 a 13/8/86, 8/9/86 a 12/6/87, 19/4/88 a 12/6/88, 13/7/88 a 21/4/94, 16/9/94 a 24/12/94, 21/2/03 a 18/11/03, 31/10/09 a 16/12/09 e 13/1/10 a 20/4/11, fixar o termo inicial do benefício e a base de cálculo da verba honorária na forma acima indicada, afastar o cômputo do auxílio acidente como tempo de contribuição e declarar a impossibilidade da acumulação da aposentadoria por tempo de contribuição e do auxílio acidente, devendo, contudo, o referido auxílio integrar o salário de contribuição para fins de cálculo do salário de benefício da aposentadoria. A correção monetária e os juros de mora devem ser fixados nos termos da fundamentação acima. Divirjo, contudo, para excluir o reconhecimento da atividade especial nos períodos de 17/11/77 a 4/10/78 e 1º/2/79 a 12/11/79.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL
0032691-28.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: CELIO DONIZETTI PINTO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/02/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PAGO AO IDOSO. EXCLUSÃO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.741/03. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ (REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA). STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 20 DA LEI Nº 8.472/93, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA. ANÁLISE DA MISERABILIDADE EM CONJUNTO COM DEMAIS FATORES. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO COMPROVADO. RENDA *PER CAPITA* FAMILIAR SUPERIOR À METADE DO SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE GASTOS SUPERIORES AOS RENDIMENTOS. FILHOS. DEVER DE AUXÍLIO É, EM PRIMEIRO LUGAR, DA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DO INSS PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INVERSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DEVER DE PAGAMENTO SUSPENSO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

1 – O art. 203, V, da Constituição Federal instituiu o benefício de amparo social, assegurando o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2 - A Lei nº 8.742/93 e seus decretos regulamentares estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, a saber: pessoa deficiente ou idoso com 65 anos ou mais e que comprove possuir renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

3 - Pessoa com deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

4 - A Lei Assistencial, ao fixar a renda *per capita*, estabeleceu uma presunção da condição de miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos para prover a manutenção do deficiente ou idoso por outros meios de prova. Precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia.

5 - No que diz respeito ao limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* como critério objetivo para comprovar a condição de miserabilidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4374/PE, reapreciou a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 1.232-1/DF), declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

6 - Todavia, a mera aplicação do referido dispositivo não enseja, automaticamente, a concessão do benefício, uma vez que o requisito da miserabilidade não pode ser analisado tão somente levando-se em conta o valor *per capita*, sob pena de nos depararmos com decisões completamente apartadas da realidade. Destarte, a ausência, ou presença, desta condição econômica deve ser aferida por meio da análise de todo o conjunto probatório.

7 - Pleiteia a parte autora a concessão de benefício assistencial, uma vez que, segundo alega, é incapaz e não possui condições de manter seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

8 - O profissional médico indicado pelo Juízo *a quo*, com base em exame realizado em 08 de janeiro de 2015 (ID 105047809, p. 32/37), quando o demandante possuía 58 (cinquenta e oito) anos, o diagnosticou com “*deficiência múltipla*”, “*monovisão*”, “*oligofrenia*”, “*deficiência da fala e motora*”.

9 - Consignou que, desde o nascimento, o requerente já apresenta oligofrenia e a deficiência da fala e de marcha, sendo que há 20 (vinte) anos, a monovisão. Concluiu que está “*incapacitado de forma parcial e permanente*” para o trabalho.

10 - O juiz não está adstrito integralmente ao laudo pericial, nos termos do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

11 - Ainda que o laudo pericial tenha apontado pela possibilidade de reabilitação profissional, “*com restrições como as atividades com risco ergonômico, restrição trabalho em altura ou operação de máquinas*”, sequer houve detalhamento específico a esse respeito pelo perito, tampouco definida data para tanto.

12 - Outrossim, como bem ponderado pelo *parquet*: “*Veja-se, ainda, que a profissão do Autor é de servente de pedreiro (antecedentes pessoais – fls. 25), o que obsta seu retorno ao mercado de trabalho, uma vez que tal ofício requer elevado esforço ergonômico, estando ele impossibilitado de exercê-lo (Conclusão - fls. 30) (ID 105047809 – p. 148)*”.

13 - De fato, a situação do requerente - com histórico de desempenho de atividade de servente de pedreiro, atualmente com mais de sessenta anos, apresentando comprometimentos físicos e também intelectuais significativos de longa data - não só evidencia a presença de fatores capazes de obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, como aponta para uma dificultosa possibilidade de recolocação profissional a esta altura, restando configurado, portanto, o impedimento de longo prazo.

14 - O estudo social, elaborado com base em visita realizada na casa do demandante, em 15 de abril de 2015 (ID 105047809, p.77/78), informou que o núcleo familiar é formado por este, sua irmã e seu cunhado.

15 - Residem em casa própria. No imóvel tudo é bastante simples e o mobiliário é antigo.

16 - A renda da família decorria dos proventos recebidos do seu cunhado, JOÃO RODRIGUES, no valor de um salário mínimo (R\$ 788,00), além dos proventos da sua irmã, JACIRA PINTO RODRIGUES, também no valor de um salário mínimo (R\$ 788,00), consoante revelado pelo extrato CNIS de ID 105047809 – p. 132 trazido pela autarquia.

17 - Nota-se, portanto, que a renda *per capita* familiar era superior ao parâmetro jurisprudencial de miserabilidade, de metade de um salário mínimo, não havendo demonstração da insuficiência dos recursos para fazer frente às despesas.

18 - Apurou-se que recebem cesta básica das “filhas casadas” – não identificadas no estudo - e o vestuário é proveniente de doação, sendo constatado que “*Célio hoje está na casa de Jacira, mas mora um pouco com cada irmã para não pesar no orçamento familiar*”.

19 - Nessa senda, o benefício assistencial de prestação continuada existe para auxiliar a sobrevivência das pessoas portadoras de incapacidade, por idade avançada, ou outras restrições físicas ou psíquicas para o trabalho e que não possuam parentes próximos em condições de lhes prover o sustento. O dever, portanto, é, em primeiro lugar, da família.

20 - Alie-se, como elemento de convicção, sequer ter sido mencionado qualquer fator concreto determinante a comprometer mais significativamente os rendimentos familiares a ponto de prejudicar as despesas do dia-a-dia.

21 - Por todo o exposto, em minuciosa análise do conjunto fático probatório, verifica-se que o núcleo familiar não se enquadra na concepção legal de hipossuficiência econômica, não fazendo, portanto, a parte autora, jus ao benefício assistencial.

22 - O benefício assistencial de prestação continuada é auxílio que deve ser prestado pelo Estado, portanto, por toda a sociedade, *in extremis*, ou seja, nas específicas situações que preencham os requisitos legais estritos, bem como se e quando a situação de quem o pleiteia efetivamente o recomende, no que se refere ao pouco deixado pelo legislador para a livre interpretação do Poder Judiciário.

23 - Ainda que o magistrado sensibilize-se com a situação apresentada pela parte autora e compadeça-se com a horripilante realidade a que são submetidos os trabalhadores em geral, não pode determinar à Seguridade a obrigação de pagamento de benefício, que independe de contribuição, ou seja, cujo custeio sairá da receita do órgão pagador - contribuições previdenciárias e sociais - e cujos requisitos mínimos não foram preenchidos, sob pena de criar perigoso precedente que poderia causar de vez a falência do já cambaleado Instituto Securitário.

24 - O legislador não criou programa de renda mínima. Até porque a realidade econômico-orçamentária nacional não suportaria o ônus financeiro disto. Frisa-se que o dever de prestar a assistência social, por meio do pagamento pelo Estado de benefício no valor de um salário mínimo, encontra-se circunspecto àqueles que se encontram em situação de miserabilidade, ou seja, de absoluta carência, situação essa que evidencia que a sobrevivência de quem o requer, mesmo com o auxílio de outros programas sociais, como fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos de saúde pela rede pública, não são suficientes a garantir o mínimo existencial.

25 - O benefício em questão, que independe de custeio, não se destina à complementação da renda familiar baixa e a sua concessão exige do julgador exerça a ingrata tarefa de distinguir faticamente entre as situações de pobreza e de miserabilidade, eis que tem por finalidade precípua prover a subsistência daquele que o requer.

26 - Inversão do ônus sucumbencial, com condenação da parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado (CPC, art. 85, §2º), observando-se o previsto no §3º do artigo 98 do CPC.

27 – Apelação do INSS provida. Sentença reformada. Revogação da tutela antecipada. Ação julgada improcedente. Inversão das verbas de sucumbência. Dever de pagamento suspenso. Gratuidade da justiça

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação do INSS, para reformar a r. sentença de 1º grau de jurisdição e, com isso, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial, revogando a tutela antecipada, condenada a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado, suspensa a sua exigibilidade por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em ação ajuizada por CELIO DONIZETTI PINTO, objetivando a concessão de benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A r. sentença julgou procedente o pedido, condenando o INSS na concessão e no pagamento dos atrasados de beneplácito assistencial, desde a data da citação, acrescidas as diferenças apuradas de correção monetária e juros de mora. Condenou-o, ainda, no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre as parcelas vencidas até a data da sentença. Foi concedida a tutela antecipada (ID 105047809, p. 98/101).

Em razões recursais, o INSS pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de que o demandante não preencheu os requisitos para a concessão do benefício ora vindicado (ID 105047809, p. 113/131).

O autor apresentou contrarrazões (ID 105047809, p. 139/140).

Devidamente processado o recurso, foram os autos remetidos a este Tribunal Regional Federal.

Parecer do Ministério Público Federal (ID 105047809 – p. 146/149), no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO (RELATOR):

A República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana que, segundo José Afonso da Silva, consiste em:

“um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”

(Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106-107).

Para tornar efetivo este fundamento, diversos dispositivos foram contemplados na elaboração da Carta Magna, dentre eles, o art. 7º, IV, que dispõe sobre as necessidades vitais básicas como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e o art. 203, que instituiu o benefício do amparo social, com a seguinte redação:

“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Entretanto, o supracitado inciso, por ser uma norma constitucional de eficácia limitada, dependia da edição de uma norma posterior para produzir os seus efeitos, qual seja, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995 e, posteriormente, pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

O art. 20 da Lei Assistencial, com redação fornecida pela Lei nº 12.435/2011, e o art. 1º de seu decreto regulamentar estabeleceram os requisitos para a concessão do benefício, quais sejam: ser o requerente deficiente ou idoso, com 70 anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. A idade mínima de 70 anos foi reduzida para 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998, pelo art. 1º da Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 anos, através do art. 34 da Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003, mantida, inclusive, por ocasião da edição da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.

Os mesmos dispositivos legais disciplinaram o que consideram como pessoa com deficiência, família e ausência de condições de se manter ou de tê-la provida pela sua família.

Pessoa com deficiência é aquela incapacitada para o trabalho, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, na dicção do art. 20, §2º, com a redação dada pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

O impedimento de longo prazo, a seu turno, é aquele que produz seus efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (§10).

A incapacidade exigida, por sua vez, não há que ser entendida como aquela que impeça a execução de todos os atos da vida diária, para os quais se faria necessário o auxílio permanente de terceiros, mas a impossibilidade de prover o seu sustento por meio do exercício de trabalho ou ocupação remunerada.

Neste sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, em julgado da lavra do Ministro Relator Gilson Dipp (5ª Turma, REsp nº 360.202, 04.06.2002, DJU 01.07.2002, p. 377), oportunidade em que se consignou: *“O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador”*.

No que se refere à *hipossuficiência econômica*, a Medida Provisória nº 1.473-34, de 11.08.97, transformada na Lei nº 9.720, em 30.11.98, alterou o conceito de família para considerar o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivendo sob o mesmo teto. Com a superveniência da Lei nº 12.435/11, definiu-se, expressamente para os fins do art. 20, *caput*, da Lei Assistencial, ser a família composta pelo requerente, cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (art. 20, §1º).

Já no que diz respeito ao limite de ¼ do salário mínimo *per capita* como critério objetivo para comprovar a condição de miserabilidade, anoto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4374/PE, reapreciou a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 1.232-1/DF), declarando a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

O v. acórdão, cuja ementa ora transcrevo, transitou em julgado em 19.09.2013:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da

LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação - no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação - que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. *Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.* 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Rcl 4374, GILMAR MENDES, STF)”

Entretanto, interpretando tal decisão, chega-se à conclusão de que a Lei Assistencial, ao fixar a renda *per capita*, estabeleceu uma presunção da condição de miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos para prover a manutenção do deficiente ou idoso por outros meios de prova.

Tal entendimento descortina a possibilidade do exame do requisito atinente à hipossuficiência econômica pelos já referidos “outros meios de prova”.

A questão, inclusive, levou o Colendo Superior Tribunal de Justiça a sacramentar a discussão por meio da apreciação da matéria em âmbito de recurso representativo de controvérsia repetitiva assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA,

QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

(...)

5. *A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.* 6. *Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.*

7. Recurso Especial provido.”

(REsp nº 1.112.557/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJ 20/11/2009). (grifos nossos)

No que pertine à exclusão, da renda do núcleo familiar, do valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, conforme disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, referido tema revelou-se polêmico, por levantar a discussão acerca do *discrimen* em se considerar somente o benefício assistencial para a exclusão referida, e não o benefício previdenciário de qualquer natureza, desde que de igual importe; sustentava-se, então, que a *ratio legis* do artigo em questão dizia respeito à irrelevância do valor para o cálculo referenciado e, bem por isso, não havia justificativa plausível para a discriminação.

Estabelecido o dissenso inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, o mesmo se resolveu no sentido, enfim, de se *excluir do cálculo da renda familiar todo e qualquer benefício de valor mínimo recebido por pessoa maior de 65 anos*, em expressa aplicação analógica do contido no art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Refiro-me, inicialmente, à Petição nº 7203/PE (Incidente de Uniformização de Jurisprudência), apreciada pela 3ª Seção do STJ em 10 de agosto de 2011 (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura) e, mais recentemente, ao Recurso Especial nº 1.355.052/SP, processado segundo o rito do art. 543-C do CPC/73 e que porta a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI N. 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA PER CAPITA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.

1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.

2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

(REsp nº 1.355.052/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 25/02/2015, DJe 05/11/2015). (grifos nossos)

Todavia, a mera aplicação do referido dispositivo não enseja, automaticamente, a concessão do benefício, uma vez que o requisito da miserabilidade não pode ser analisado tão somente levando-se em conta o valor *per capita*, sob pena de nos depararmos com decisões completamente apartadas da realidade. Destarte, a ausência, ou presença, desta condição econômica deve ser aferida por meio da análise de todo o conjunto probatório.

Do caso concreto.

Pleiteia a parte autora a concessão de benefício assistencial, uma vez que, segundo alega, é incapaz e não possui condições de manter seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

O profissional médico indicado pelo Juízo *a quo*, com base em exame realizado em 08 de janeiro de 2015 (ID 105047809, p. 32/37), quando o demandante possuía 58 (cinquenta e oito) anos, o diagnosticou com “deficiência múltipla”, “monovisão, oligofrenia, deficiência da fala e motora”.

Consignou que, desde o nascimento, o requerente já apresenta oligofrenia e a deficiência da fala e de marcha, sendo que há 20 (vinte) anos, a monovisão. Concluiu que está “incapacitado de forma parcial e permanente” para o trabalho.

Assevero que o juiz não está adstrito integralmente ao laudo pericial, nos termos do que dispõe o art. 436 do CPC/73 (atual art. 479 do CPC) e do princípio do livre convencimento motivado. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

Ainda que o laudo pericial tenha apontado pela possibilidade de reabilitação profissional, “com restrições como as atividades com risco ergonômico, restrição trabalho em altura ou operação de máquinas”, sequer houve detalhamento específico a esse respeito pelo perito, tampouco definida data para tanto.

Outrossim, como bem ponderado pelo *parquet*: “Veja-se, ainda, que a profissão do Autor é de servente de pedreiro (antecedentes pessoais – fls. 25), o que obsta seu retorno ao mercado de trabalho, uma vez que tal ofício requer elevado esforço ergonômico, estando ele impossibilitado de exercê-lo (Conclusão - fls. 30)”(ID 105047809 – p. 148)”.

De fato, a situação do requerente - com histórico de desempenho de atividade de servente de pedreiro, atualmente com mais de sessenta anos, apresentando comprometimentos físicos e também intelectuais significativos de longa data - não só evidencia a presença de fatores capazes de obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, como aponta para uma dificultosa possibilidade de recolocação profissional a esta altura, restando configurado, portanto, o impedimento de longo prazo.

Passo à análise da hipossuficiência.

O estudo social, elaborado com base em visita realizada na casa do demandante, em 15 de abril de 2015 (ID 105047809, p.77/78), informou que o núcleo familiar é formado por este, sua irmã e seu cunhado.

Residem em casa própria. No imóvel tudo é bastante simples e o mobiliário é antigo.

A renda da família decorria dos proventos recebidos do seu cunhado, JOÃO RODRIGUES, no valor de um salário mínimo (R\$ 788,00), além dos proventos da sua irmã, JACIRA PINTO RODRIGUES, também no valor de um salário mínimo (R\$ 788,00), consoante revelado pelo extrato CNIS de ID 105047809 – p. 132 trazido pela autarquia.

Nota-se, portanto, que a renda *per capita* familiar era superior ao parâmetro jurisprudencial de miserabilidade, de metade de um salário mínimo, não havendo demonstração da insuficiência dos recursos para fazer frente às despesas.

Apurou-se que recebem cesta básica das “filhas casadas” – não identificadas no estudo - e o vestuário é proveniente de doação, sendo constatado que “Célio hoje está na casa de Jacira, mas mora um pouco com cada irmã para não pesar no orçamento familiar”.

Nessa senda, lembro que o benefício assistencial de prestação continuada existe para auxiliar a sobrevivência das pessoas portadoras de incapacidade, por idade avançada, ou outras restrições físicas ou psíquicas para o trabalho e que não possuam parentes próximos em condições de lhes prover o sustento. O dever, portanto, é, em primeiro lugar, da família.

Alie-se, como elemento de convicção, sequer ter sido mencionado qualquer fator concreto determinante a comprometer mais significativamente os rendimentos familiares a ponto de prejudicar as despesas do dia-a-dia.

Por todo o exposto, em minuciosa análise do conjunto fático probatório, verifico que o núcleo familiar não se enquadra na concepção legal de hipossuficiência econômica, não fazendo, portanto, a parte autora, jus ao benefício assistencial.

É preciso que reste claro ao jurisdicionado que o benefício assistencial da prestação continuada é auxílio que deve ser prestado pelo Estado, portanto, por toda a sociedade, *in extremis*, ou seja, nas específicas situações que preencham os requisitos legais estritos, bem como se e quando a situação de quem o pleiteia efetivamente o recomende, no que se refere ao pouco deixado pelo legislador para a livre interpretação do Poder Judiciário.

Ainda que o magistrado sensibilize-se com a situação apresentada pela parte autora e compadeça-se com a horripilante realidade a que são submetidos os trabalhadores em geral, não pode determinar à Seguridade a obrigação de pagamento de benefício, que independe de contribuição, ou seja, cujo custeio sairá da receita do órgão pagador - contribuições previdenciárias e sociais - e cujos requisitos mínimos não foram preenchidos, sob pena de criar perigoso precedente que poderia causar de vez a falência do já cambaleado Instituto Securitário.

O legislador não criou programa de renda mínima. Até porque a realidade econômico-orçamentária nacional não suportaria o ônus financeiro disto. Frisa-se que o dever de prestar a assistência social, por meio do pagamento pelo Estado de benefício no valor de um salário mínimo, encontra-se circunspecto àqueles que se encontram em situação de miserabilidade, ou seja, de absoluta carência, situação essa que evidencia que a sobrevivência de quem o requer, mesmo com o auxílio de outros programas sociais, como fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos de saúde pela rede pública, não são suficientes a garantir o mínimo existencial.

Repito que o benefício em questão, que independe de custeio, não se destina à complementação da renda familiar baixa e a sua concessão exige do julgador exerça a ingrata tarefa

de distinguir faticamente entre as situações de pobreza e de miserabilidade, eis que tem por finalidade precípua prover a subsistência daquele que o requer.

Inverto, por conseguinte, o ônus sucumbencial, condenando a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, os quais arbitro no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado (art. 85, §2º, do CPC).

Havendo a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, a teor do disposto no §3º do artigo 98 do CPC, ficará a exigibilidade suspensa por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação do INSS*, para reformar a r. sentença de 1º grau de jurisdição e, com isso, julgar improcedente o pedido deduzido na inicial, condenada a parte autora no ressarcimento das despesas processuais eventualmente desembolsadas pela autarquia, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados no percentual mínimo do §3º do artigo 85 do CPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor atribuído à causa, devidamente atualizado, suspensa a sua exigibilidade por 5 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que a fundamentou.

Revogo os efeitos da antecipação da tutela.

Oficie-se ao INSS.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5000886-36.2017.4.03.6130

Apelantes : FRANCISCO MENDES ALEIXO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSALIA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/01/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. ART. 86, § 1º, LEI Nº 8.213/91. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. REQUISITOS NÃO PRESENTES. BENEFÍCIO INDEVIDO. DESCONTO DO PERÍODO DE PRESTAÇÃO LABORATIVA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1786590/SP e 1788700/SP. MAIOR SOFRIMENTO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO.

- O auxílio-acidente, previsto no artigo 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é devido, a contar da cessação do auxílio-doença, ou do laudo pericial, ao acidentado que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentando como sequela definitiva, perda anatômica ou redução da capacidade funcional, a qual, embora sem impedir o desempenho da mesma atividade, demande, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho.

- No caso dos autos, a parte autora não faz jus ao benefício postulado, considerando que o laudo pericial realizado não revela redução da capacidade laborativa ou perda anatômica, de forma que não restou preenchido o requisito legal para obtenção do auxílio-acidente (artigo 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97).

- O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 24/06/2020, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 1.013 - Recurso Especial repetitivo 1786590/SP e 1788700/SP, Ministro HERMAN BENJAMIN), firmou posicionamento no sentido de que *“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente”*.

- Assim, são devidas as prestações do benefício no período de exercício de atividade remunerada, uma vez que o fato de o autor ter continuado a trabalhar, mesmo após o surgimento da doença, apenas demonstra que se submeteu a maior sofrimento físico para poder sobreviver.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia imediatamente posterior à cessação indevida do auxílio-doença anteriormente concedido à parte autora, uma vez que o conjunto probatório existente nos autos revela que o mal de que ela é portadora não cessou desde então, não tendo sido recuperada a capacidade laborativa, devendo ser descontados eventuais valores pagos administrativamente.

- Apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Decima Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento as apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal LUCIA URSALIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSALIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o benefício de auxílio-doença, no período de 12/02/2016 a 04/01/2017, com correção monetária e juros de mora, observando-se a prescrição quinquenal e descontando-se eventuais valores pagos administrativamente, além do pagamento de honorários advocatícios, fixados no patamar mínimo em relação ao valor da condenação, cujo percentual aplicável será definido quando liquidado o julgado (art. 85, §4º, II, CPC/2015), com incidência sobre os valores das prestações vencidas até a data da sentença.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação requerendo, preliminarmente, a submissão da decisão ao duplo grau de jurisdição. No mais, requer a alteração da sentença quanto à exclusão das prestações devidas do benefício no período em que a parte autora exerceu atividade laborativa e ao termo final do benefício.

Por sua vez, a parte autora interpôs recurso de apelação postulando pela reforma da sentença quanto à concessão do benefício de auxílio-acidente. Subsidiariamente, requer a realização de nova perícia médica.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSALIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSALIA (Relatora): Recebo os recursos, haja vista que tempestivos, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Com fundamento no inciso I do § 3º do artigo 496 do atual Código de Processo Civil, já vigente à época da prolação da r. sentença, a remessa necessária não se aplica quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos.

Verifico que a sentença se apresentou ilíquida, uma vez que julgou procedente o pedido inicial para condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício e pagar diferenças, sem fixar o valor efetivamente devido. Esta determinação, na decisão de mérito, todavia, não impõe que se conheça da remessa necessária, uma vez que o proveito econômico daquela condenação não atingirá o valor de mil salários mínimos ou mais.

Observo que esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que, mesmo não sendo de valor certo, quando evidente que o proveito econômico da sentença não atingirá o limite de mil salários mínimos resta dispensada a remessa necessária, com recorrente não conhecimento de tal recurso de ofício (Apelação/Reexame Necessário nº 0003371-69.2014.4.03.6140 – Relator Des. Fed. Paulo Domingues; Apelação/Remessa Necessária nº 0003377-59.2015.4.03.6102/SP – Relator Des. Fed. Luiz Stefanini; Apelação/Reexame Necessário nº 5882226-31.2019.4.03.9999 – Relator Des. Fed. Newton de Lucca).

Assim, agiu bem o Juízo *a quo* pela não submissão do julgado à remessa necessária.

O auxílio-acidente, previsto no artigo 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é devido, a contar da cessação do auxílio-doença, ou do laudo pericial, ao acidentado que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentando como sequela definitiva, perda anatômica ou redução da capacidade funcional, a qual, embora sem impedir o desempenho da mesma atividade, demande, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“O art. 86 da Lei 8.213/91 reuniu sob a denominação de auxílio-acidente tanto o benefício homônimo da Lei 6.367/76, quanto o auxílio-suplementar, uma vez que incorporou o suporte fático desse último, qual seja, redução da capacidade funcional que, embora não impedindo a prática da mesma atividade, demande mais esforço na realização do trabalho.” (AGRESP/SP nº 692626, Relator Ministro FELIX FISCHER, j 08/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 346);

“Com o advento da Lei nº 8.213/91, que instituiu o novo Plano de Benefícios da Previdência Social, o benefício previsto no artigo 9º da Lei nº 6.367/76, denominado de auxílio-suplementar, foi absorvido pelo regramento do auxílio-acidente, previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91, que incorporou o suporte fático daquele benefício - redução da capacidade funcional que, embora não impedindo a prática da mesma atividade, demande mais esforço na realização do trabalho - aos do auxílio-acidente, procedendo dessa forma, à substituição do auxílio-suplementar previsto na legislação anterior pelo auxílio-acidente.” (REsp nº 279053/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 02/03/2004, DJ DATA:03/05/2004, p. 217).

No caso dos autos, a parte autora não faz jus ao benefício postulado, considerando que o laudo pericial realizado não revela redução da capacidade laborativa ou perda anatômica (Id 143184013), de forma que não restou preenchido o requisito legal para obtenção do auxílio-acidente (artigo 86, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97). Dessa forma, a parte autora não faz jus ao benefício, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

Por outro lado, a alegação de precariedade da perícia realizada deve ser afastada, uma vez que o laudo pericial juntado aos autos apresenta-se completo e suficiente para a constatação da capacidade laborativa da parte autora, constituindo prova técnica e precisa.

Com efeito, para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial, a qual deve ser elaborada de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, e, por fim, responder os quesitos apresentados pelas partes e, eventualmente, pelo Juiz.

No presente caso, o laudo pericial produzido, por profissional de confiança do Juízo e equidistante dos interesses em confronto, fornece elementos suficientes para a formação da convicção do magistrado a respeito da questão. Ademais, determinar a realização de novo

exame pericial, sob o argumento de que o laudo médico pericial encartado nos autos não foi realizado por médico especialista, implicaria em negar vigência à legislação em vigor que regulamenta o exercício da medicina, que não exige especialização do profissional da área médica para o diagnóstico de doenças ou para a realização de perícias.

Quanto à pretensão de exclusão das prestações devidas do benefício no período em que a parte autora exerceu atividade laborativa ou recolheu contribuições previdenciárias, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 24/06/2020, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 1.013 - Recurso Especial repetitivo 1786590/SP e 1788700/SP, Ministro HERMAN BENJAMIN), firmou posicionamento no sentido de que *“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente”*, conforme ementa a seguir transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015. TEMA REPETITIVO 1.013/STJ. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA. DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO SEGURADO. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA DO SEGURADO. FUNÇÃO SUBSTITUTIVA DA RENDA NÃO CONSUBSTANCIADA. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO CONJUNTO DA RENDA DO TRABALHO E DAS PARCELAS RETROATIVAS DO BENEFÍCIO ATÉ A EFETIVA IMPLANTAÇÃO. TESE REPETITIVA FIXADA. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. O tema repetitivo ora controvertido consiste em definir a “possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício.”

2. Os fatos constatados no presente Recurso Especial consistem cronologicamente em: a) o segurado teve indeferido benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) na via administrativa; b) para prover seu sustento, trabalhou após o indeferimento e entrou com ação judicial para a concessão de benefício por incapacidade; c) a ação foi julgada procedente para conceder o benefício desde o requerimento administrativo, o que acabou por abranger o período de tempo em que o segurado trabalhou; e d) o debate, travado ainda na fase ordinária, consiste no entendimento do INSS de que o benefício por incapacidade concedido judicialmente não pode ser pago no período em que o segurado estava trabalhando, ante seu caráter substitutivo da renda e à luz dos arts. 42, 46 e 59 da Lei 8.213/1991.

3. A presente controvérsia e, conseqüentemente, a tese repetitiva que for fixada não abrangem as seguintes hipóteses:

3.1. O segurado está recebendo regularmente benefício por incapacidade e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade, em que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento que justifique a cumulação, e a função substitutiva da renda do segurado é implementada de forma eficaz. Outro aspecto que pode ser analisado sob perspectiva diferente é o relativo à boa-fé do segurado. Há jurisprudência das duas Turmas da Primeira Seção que analisa essa hipótese, tendo prevalecido a compreensão de que há incompatibilidade no recebimento conjunto das verbas. A exemplo: AgInt no REsp 1.597.369/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 13.4.2018; REsp 1.454.163/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; e REsp 1.554.318/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2.9.2016.

3.2. O INSS alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) somente na fase de cumprimento da sentença, pois há elementos de natureza processual prejudiciais à presente tese a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 20.8.2012).

RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

4. Alguns benefícios previdenciários possuem a função substitutiva da renda auferida pelo segurado em decorrência do seu trabalho, como mencionado nos arts. 2º, VI, e 33 da Lei 8.213/1991. Em algumas hipóteses, a substitutividade é abrandada, como no caso de ser possível a volta ao trabalho após a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991). Em outras, a substitutividade resulta na incompatibilidade entre as duas situações (benefício e atividade remunerada), como ocorre com os benefícios auxílio-doença por incapacidade e aposentadoria por invalidez.

5. Desses casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é pressuposto que a incapacidade total para o trabalho seja temporária ou definitiva, respectivamente.

6. Como consequência, o Regime Geral de Previdência Social arca com os citados benefícios por incapacidade para consubstanciar a função substitutiva da renda, de forma que o segurado que não pode trabalhar proveja seu sustento.

7. A cobertura previdenciária, suportada pelo regime contributivo solidário, é o provimento do sustento do segurado enquanto estiver incapaz para o trabalho.

8. É decorrência lógica da natureza dos benefícios por incapacidade, substitutivos da renda, que a volta ao trabalho seja, em regra, causa automática de cessação desses benefícios, como se infere do requisito da incapacidade total previsto nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/1991, com ressalva ao auxílio-doença.

9. No caso de aposentadoria por invalidez, o art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) estabelece como requisito a incapacidade “para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”, e, assim, a volta a qualquer atividade resulta no automático cancelamento do benefício (art. 46).

10. Já o auxílio-doença estabelece como requisito (art. 59) que o segurado esteja “incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual”. Desse modo, a função substitutiva do auxílio-doença é restrita às duas hipóteses, fora das quais o segurado poderá trabalhar em atividade não limitada por sua incapacidade.

11. Alinhada a essa compreensão, já implícita desde a redação original da Lei 8.213/1991, a Lei 13.135/2015 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 60 daquela, com a seguinte redação (grifos acrescentados): “§ 6º O segurado que durante o gozo do auxílio-doença vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência poderá ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade. § 7º Na hipótese do § 6º, caso o segurado, durante o gozo do auxílio-doença, venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas.”

12. Apresentado esse panorama legal sobre o tema, importa estabelecer o ponto diferencial entre a hipótese fática dos autos e aquela tratada na lei: aqui o segurado requereu o benefício, que lhe foi indeferido, e acabou trabalhando enquanto não obteve seu direito na via judicial; já a lei trata da situação em que o benefício é concedido, e o segurado volta a trabalhar.

13. A presente controvérsia cuida de caso, portanto, em que falhou a função substitutiva da renda, base da cobertura previdenciária dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

14. O provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferiu incorretamente o benefício, sendo inexistente do segurado que aguarde a efetivação da tutela jurisdicional sem que busque, pelo trabalho, o suprimento da sua subsistência.

15. Por culpa do INSS, resultado do equivocado indeferimento do benefício, o segurado teve de trabalhar, incapacitado, para o provimento de suas necessidades básicas, o que doutrinária e jurisprudencialmente convencionou-se chamar de sobre-esforço. Assim, a remuneração por esse trabalho tem resultado inafastável da justa contraprestação pecuniária.

16. Na hipótese, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua - indeferimento equivocado do benefício por incapacidade -, o segurado foi privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária, inerente aos mencionados benefícios.

17. Como tempero do elemento volitivo do segurado, constata-se objetivamente que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, está ele atuando de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito.

18. Assim, enquanto a função substitutiva da renda do trabalho não for materializada pelo efetivo pagamento do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, é legítimo que o segurado exerça atividade remunerada para sua subsistência, independentemente do exame da compatibilidade dessa atividade com a incapacidade laboral.

19. No mesmo sentido do entendimento aqui defendido: AgInt no AREsp 1.415.347/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Je de 28.10.2019; REsp 1.745.633/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18.3.2019; AgInt no REsp 1.669.033/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 30.8.2018; REsp 1.573.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 13.11.2017; AgInt no AgInt no AREsp 1.170.040/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10.10.2018; AgInt no REsp 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.8.2018; AgInt no AREsp 1.393.909/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 6.6.2019; e REsp 1.724.369/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25.5.2018.

FIXAÇÃO DA TESE REPETITIVA

20. O Tema Repetitivo 1.013/STJ é assim resolvido: “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.”

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

21. Ao Recurso Especial deve-se negar provimento, pois o Tribunal de origem julgou o presente caso no mesmo sentido do entendimento aqui proposto (fl. 142-143/e-STJ): “A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstando a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade.”

22. Consubstanciado o que previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, o recorrente é condenado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

CONCLUSÃO

23. Recurso Especial não provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.”

Assim, são devidas as prestações do benefício no período de exercício de atividade remunerada, uma vez que o fato de o autor ter continuado a trabalhar, mesmo após o surgimento da doença, apenas demonstra que se submeteu a maior sofrimento físico para poder sobreviver.

O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia imediatamente posterior à cessação indevida do auxílio-doença anteriormente concedido à parte autora (11/02/2016 – Id 143184030, página 14), uma vez que o conjunto probatório existente nos autos revela que o mal de que ela é portadora não cessou desde então, não tendo sido recuperada a capacidade laborativa, devendo ser descontados eventuais valores pagos administrativamente.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES*, nos termos da fundamentação. É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSIAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5002939-23.2017.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: DIVA FRANZINI GOMES
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ADICIONAL DE 25%. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

1. Dispõe a legislação que o acréscimo de 25% ao benefício de aposentadoria por invalidez somente é devido quando o segurado necessitar da assistência permanente de outra pessoa (Art. 45, da Lei nº 8.213/91).
2. Dar à norma infraconstitucional (Art. 45, da Lei 8.213/91) uma interpretação restritiva, e contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.
3. É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do discrimen “aposentadoria por invalidez”. Interpretação conjunta dos Arts. 5º, *caput*, da Constituição Federal, 45, da Lei nº 8.213/91, e 28.2 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com deficiência, equivalente à emenda constitucional (Art. 5º, § 3º, da CF). Precedentes da TNU e do TRF da 4ª Região.
4. A c. 1ª Seção do e. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do recurso repetitivo REsp nº 1720805, fixando a seguinte tese: “*Comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a todas as modalidades de aposentadoria.*”
5. A dependência permanente de terceiros restou constatada pela perícia médica judicial a que foi submetida a autora.
6. Preenchidos os requisitos faz jus a autora ao acréscimo legal de 25% sobre o benefício de a aposentadoria por idade.
7. 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.
8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.
9. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.
10. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio ressaltou o entendimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, havida como submetida, e de apelação em face da sentença proferida em ação de conhecimento em que se busca o acréscimo de 25% a benefício de aposentadoria por idade, sob a alegação de incapacidade da beneficiária e da necessidade de assistência permanente de outra pessoa.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o réu a conceder o adicional de 25% sobre o benefício da parte autora, desde o requerimento administrativo em 29/10/2014, e pagar as diferenças havidas, acrescidas de juros de mora e correção monetária, e honorários advocatícios de 10% sobre as prestações vencidas até a sentença, sem custas processuais. A tutela antecipada foi deferida.

Apela o réu, pleiteando a reforma da r. sentença, sustentando que não há previsão legal que autorize a concessão do acréscimo de 25% a qualquer outra espécie de aposentadoria que não seja a aposentadoria por invalidez. Caso assim não se entenda, requer que o termo inicial da concessão do acréscimo seja fixado na data da juntada do laudo pericial e que sejam modificados os juros de mora e a correção monetária.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

Por primeiro, pacífica a jurisprudência no sentido de que a sentença que defere ou confirma a antecipação de tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. O efeito suspensivo é excepcional, justificado somente nos casos de irreversibilidade da medida.

Quanto ao pleito de sobrestamento da causa, em virtude da afetação do tema por força de decisão emanada da e. Corte Superior, a Terceira Seção desta Corte possui o entendimento de não ser cabível a suspensão do feito nessa instância, em razão da prevalência do caráter protetivo do direito previdenciário e da necessidade de se garantir celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, sem prejuízo da aplicação da medida quando da interposição de eventuais recursos excepcionais, nos termos do Art. 1.037, § 8º, do CPC. Nesse sentido: AR 5005667-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Delgado, julg. 27/05/2019, e - DJF3 Jud. 1 29/05/2019; AR 0016148-08.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. David Dantas, julg. 26/09/2019, e-DJF3 Jud. 1 04/10/2019; AR 5003484-83.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Ines Virginia Prado Soares, julg. 05/12/2019, e - DJF3 Jud. 1 09/12/2019.

Passo à análise da questão de fundo.

O Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê o princípio da isonomia.

Por sua vez, dispõe o Art. 45, da Lei 8.213/91:

“Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).”

Da interpretação conjunta das normas supramencionadas, infere-se que o percentual de 25% é um adicional dirigido para assistir aqueles que necessitam de assistência permanente de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. Esse é o espírito de ambas as Leis.

Dar à norma infraconstitucional (Art. 45, da Lei 8.213/91) uma interpretação restritiva, significa contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, o que acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.

O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 28.08.2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008, equivalente à emenda constitucional (Art. 5, § 3º, da CF). Tal convenção reconhece a “*necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio*”, com o escopo de minorar as diferenças e impedir que sobrevenha Lei brasileira que estabeleça discriminação entre os próprios portadores de deficiência, mormente no campo da Previdência Social.

O Art. 28.2 da referida Convenção dispõe ainda que os “*Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria*”.

Assim, existe a Convenção que se equivale à emenda constitucional e o Art. 5º, *caput*, da CF, que impõem ao Art. 45, da Lei 8.213/91 uma interpretação à luz dos seus princípios, o que significa dizer, que o segurado aposentado por idade ou por tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência daqueles aposentados por invalidez, e que necessite de assistência permanente de terceiro tem direito ao acréscimo de 25%.

É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do *discrímen* “aposentadoria por invalidez”.

Ensina Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre o princípio da igualdade:

“Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, (...)”. (In Direito Constitucional, Editora Atlas S.A., 1999, 6ª edição, p. 61)

Faz jus, portanto, ao acréscimo de 25% o beneficiário de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho

ou para atividade que lhe garanta a subsistência e a necessidade de contar com a assistência permanente de outra pessoa.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

“PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO À APOSENTADORIA POR IDADE. CABIMENTO. QUESTÃO DE ORDEM 20. PROVIMENTO DO INCIDENTE. RETORNO À TR DE ORIGEM. EXAME DAS PROVAS. 1.(...).

11. Assim, presente a divergência de interpretação, passo ao exame do mérito do pedido de uniformização de interpretação.

12. A controvérsia centra-se no cabimento da extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 para a aposentadoria por idade, no caso de o segurado aposentado “necessitar da assistência permanente de outra pessoa”.

13. Dispõe a Lei nº 8.213/91: “Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.”.

14. Portanto, de acordo com a Lei 8.213/1991, o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%. A legislação prevê textualmente sua concessão apenas para os beneficiários da aposentadoria por invalidez.

15. Entretanto, aplicando-se o princípio da isonomia e se utilizando de uma análise sistêmica da norma, conclui-se que referido percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessitem de guarida, quando sua condição de saúde não suportar a realização de forma autônoma.

16. O que se pretende com esse adicional é prestar auxílio a quem necessita de ajuda de terceiros, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. A aplicação da interpretação restritiva do dispositivo legal, dela extraíndo comando normativo que contemple apenas aqueles que adquiriram a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, por exemplo, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.

17. Sobre este ponto, importante registrar que o Estado brasileiro é signatário e um dos principais artífices da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, detendo, portanto, força de emenda constitucional.

18. A referida Convenção, que tem por propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, reconhece expressamente a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”, em flagrante busca de minorar as diferenças existentes nos mais diversos ramos da atuação humana em detrimento dos portadores de deficiência, revelando-se inadmissível, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de extremada sensibilidade social quanto o é o da previdência social.

19. Em seu artigo 5.1, o Diploma Internacional estabelece que “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”. Por sua vez, o art. 28.2.e, estabelece que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”.

20. Temos, portanto, comandos normativos, internalizados com força de norma constitucional, que impõem ao art. 45 da Lei n. 8.213/91 uma interpretação à luz de seus princípios, da qual penso ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade que se encontra em idêntica condição de deficiência.

21. Assim, o elemento norteador para a concessão do adicional deve ser o evento “invalidez” associado à “necessidade do auxílio permanente de outra pessoa”, independentemente de tais fatos, incertos e imprevisíveis, terem se dado quando o segurado já se encontrava em gozo de aposentadoria por idade. Ora, o detentor de aposentadoria não deixa de permanecer ao amparo da norma previdenciária. Logo, não se afigura justo nem razoável restringir a concessão do adicional apenas ao segurado que restou acometido de invalidez antes de ter completado o tempo para aposentadoria por idade ou contribuição e negá-lo justamente a quem, em regra, mais contribuiu para o sistema previdenciário.

22. Seria de uma desigualdade sem justo *discrímen* negar o adicional ao segurado inválido, que comprovadamente carece do auxílio de terceiro, apenas pelo fato de ele já se encontrar aposentado ao tempo da instalação da invalidez.

23. Por fim, é de se registrar que, como não há, na legislação de regência, fonte de custeio específico para o adicional de 25% para os próprios casos de aposentadoria por invalidez, possível concluir que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não causando óbice aos aposentados por invalidez, também não deve causar aos demais aposentados, posto que, no caso, se trata de equiparação, por critério de isonomia, entre os benefícios de aposentadoria.

24. Aponte-se, ainda, que aqui não se está extrapolando os limites da competência e atribuição do Poder Judiciário, mas apenas interpretando sistematicamente a legislação, bem como à luz dos comandos normativos de proteção à pessoa portadora de deficiência, inclusive nas suas lacunas e imprecisões, condições a que está sujeita toda e qualquer atividade humana.

25. Neste sentido, entendo que a indicação pelo art. 45 da Lei n.º 8.213/91 do cabimento do adicional ao aposentado por invalidez, antes de ser interpretada como vedação à extensão do acréscimo aos demais tipos de aposentadoria, pela ausência de menção aos demais benefícios, deve ser entendida como decorrente do fato de ser o adicional devido em condições de incapacidade, usualmente associada à aposentadoria por invalidez, porém, não exclusivamente, tal como na hipótese em que a invalidez se instale após a concessão do benefício por idade ou por tempo de contribuição.

26. Em conclusão, uma vez comprovada a incapacidade total e definitiva do recorrente para o trabalho ou para atividade que lhe garanta a subsistência e a necessidade de contar com a assistência permanente de outra pessoa, faz jus ao adicional previsto no art. 45 da Lei 8.213/91.

27. Porém, tal questão fática (incapacidade e necessidade de assistência de terceiros) não foi enfrentada pelos julgados recorrido, de modo que, implicando o provimento do presente incidente, quanto à matéria de direito, na necessidade de reexame da matéria de fato, devem os autos retonarem à TR de origem para reapreciação das provas (conforme a Questão de Ordem nº 20/TNU).

28. Incidente conhecido e provido, em parte, para firmar a tese de que é extensível à aposentadoria por idade, concedida sob o regime geral da Previdência Social, o adicional previsto

no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez, uma vez comprovados os requisitos ali previstos.

(TNU, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 05010669320144058502, Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, DOU 20/03/2015 p. 106/170);

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL.

1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.

2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal.

3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.

4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria.

5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença.

6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa.

7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação.

(TRF4, AC 00173735120124049999, Relator Desembargador Federal Rogerio Favreto, 5ª Turma, D.E. 13/09/2013)”.

Acresça-se que, nessa mesma linha de interpretação, decidiu a c. 1ª Seção do e. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do recurso repetitivo REsp nº 1720805, realizado em 22/08/2018, fixando a seguinte tese:

“Comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a todas as modalidades de aposentadoria.”

Como se constata pela leitura do Art. 45, da Lei nº 8.213/91, o pagamento do adicional se faz desde que o segurado necessite de assistência permanente de outra pessoa, sendo certo que as situações que autorizam o pagamento do adicional contidas no Anexo I do Decreto nº 3048/99, não revelam hipóteses de completa dependência, mas de séria dificuldade para o desenvolvimento das atividades cotidianas.

Por sua vez, o Decreto 3.048/99 expõe, em seu Anexo I, as hipóteses que permitem o deferimento do acréscimo pretendido, consoante a transcrição que segue:

- “1 - Cegueira total.
- 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.
- 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.
- 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível.
- 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.
- 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.
- 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.
- 8 - Doença que exija permanência contínua no leito.
- 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.”

A autora é beneficiária de aposentadoria por idade desde 18/08/89 e nasceu em 02/08/29, ou seja, possui 91 anos de idade.

O exame pericial, realizado em 16/05/2016, constatou que a autora possui “*Presença e encurtamento de musculatura isquiotibial bem como dor à palpação de ponto gatilho dorsais e nos membros superiores. Presença de valgo bilateral, dor e crepitação à palpação de partes moles dos joelhos bilateralmente.*”. Ao responder ao quesito da parte autora no sentido de que a autora necessita de assistência permanente de outra pessoa, o Sr. Perito afirmou que sim. Consta ainda do laudo pericial que a autora é cadeirante e que enquanto não for submetida a tratamento cirúrgico da artrose bilateral dos joelhos necessitará de auxílio de terceiro.

A ação foi proposta em 30/06/2015.

O termo inicial do adicional de 25% deve ser fixado na data da realização da perícia (16/05/2016), quando restou constatada a necessidade de assistência permanente de outra pessoa.

Destarte é de se reformar em parte a r. sentença, devendo o réu conceder à autora o adicional de 25% sobre a aposentadoria por idade, desde 16/05/2016, e pagar as prestações em atraso, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém ressaltar que do montante devido devem ser descontadas as parcelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei 8.213/91.

Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

Mantida a isenção de custas processuais, vez que não impugnada.

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 ao exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, havida como submetida, e à apelação para reformar a r. sentença no que toca ao termo inicial do adicional e para adequar os consectários legais e os honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5002471-25.2018.4.03.6119

Apelantes: IVONETE OZANA DA SILVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RECEBIMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. OMISSÃO. MÁ-FÉ CONFIGURADA. DESCONTO DOS VALORES. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA TR.

1. Consoante narrado na exordial, autora e falecido mantiveram-se em união estável desde meados de 1980 até o dia do passamento (31/12/2016 – ID 10858433), numa convivência pública e notória, residindo sob o mesmo teto, tanto que em 30/06/2004 foi lavrada Escritura Pública Declaratória de União Estável entre o casal, reconhecendo o período de 20 (vinte) anos (ID 108584836 -p. 7/8).
2. Assim, na oportunidade do requerimento administrativo do benefício assistencial, o tempo de união estável já perfazia cerca de 27 (vinte e sete) anos, razão pela qual não tinha como ser omitido tal fato.
3. Todavia, em depoimento pessoal (ID 108584879), ela assevera que, de fato, não informou a existência da referida união com o falecido à época do requerimento do LOAS, sendo certo que ele já recebia renda proveniente de aposentadoria, reportando-se a informar somente a respeito do primeiro esposo, sumido desde 1980, cujo paradeiro é ignorado.
4. Os argumentos expendidos, notadamente que ela é pessoa de pouco conhecimento e foi-lhe perguntado se era *casada* (e não *companheira*) não lograram êxito para escusá-la da conduta omissiva. É sabido que, se tivesse dito a verdade, o benefício não teria sido concedido por ausência de preenchimento dos requisitos legais.
5. Dessarte, a omissão de fato relevante ensejou na concessão indevida do benefício de amparo social ao idoso em 23/03/2011, apto a ensejar na má-fé e no enriquecimento ilícito (art. 884 do Código Civil) da autora, razão pela qual está escorrido o desconto dos valores recebidos, nos moldes e período determinados na r. sentença guerreada.
6. As razões da autarquia federal estão em dissonância com o entendimento pacificado pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810)*, submetido à repercussão geral, julgado em 29/09/2017.
7. Portanto, para fins de correção monetária aplicam-se os índices na forma da Lei n. 6.899, de 08/04/1981 e da legislação superveniente, conforme preconizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, consoante os citados precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do *Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905)*.
8. Recursos não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Cuida-se de *apelações* interpostas por *Ivonete Ozana da Silva* e pelo *Instituto Nacional do Seguro Social – INSS* – contra sentença proferida em demanda previdenciária, que *julgou procedente* o pedido de *pensão por morte* decorrente do falecimento do companheiro da autora, e determinou o desconto dos valores recebidos a título de LOAS do montante a ser pago a título de atrasado pela pensão por morte, diante da caracterização de fraude para a obtenção do benefício.

Em razões recursais, a autora sustenta ser indevido o desconto do valor recebido a título de LOAS no período de 23/03/2011 a 30/12/2016, por não ter restado comprovada a fraude nem a má-fé dela.

Já a autarquia federal defende a aplicação da TR como índice de juros e de correção monetária.

Com contrarrazões da autora, os autos foram remetidos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal convocada Leila Paiva (Relatora):

Inicialmente, com fulcro no artigo 496, § 3º, I, do Código de Processo Civil/2015, destaca-se não ser a hipótese de submissão da sentença *a quo* ao reexame necessário, pois o proveito econômico da parte é inferior a 1.000 salários-mínimos.

Passo a analisar o mérito.

Do recurso da autora – devolução dos valores recebidos a título de LOAS

Sem maiores digressões, constato no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) que em 23/03/2011 foi concedido a autora benefício de amparo social ao idoso (ID 103584863 – p. 1).

Consoante narrado na exordial, autora e falecido mantiveram-se em união estável desde meados de 1980 até o dia do passamento (31/12/2016 – ID 10858433), numa convivência pública e notória, residindo sob o mesmo teto, tanto que em 30/06/2004 foi lavrada Escritura Pública Declaratória de União Estável entre o casal, reconhecendo o período de 20 (vinte) anos (ID 108584836 -p. 7/8).

Assim, na oportunidade do requerimento administrativo do benefício assistencial, o tempo de união estável já perfazia cerca de 27 (vinte e sete) anos, razão pela qual não tinha como ser omitido tal fato.

Todavia, em depoimento pessoal (ID 108584879), ela assevera que, de fato, não informou a existência da referida união com o falecido à época do requerimento do LOAS, sendo certo que ele já recebia renda proveniente de aposentadoria, reportando-se a informar somente a respeito do primeiro esposo, sumido desde 1980, cujo paradeiro é ignorado.

Os argumentos expendidos, notadamente que ela é pessoa de pouco conhecimento e foi-lhe perguntado se era *casada* (e não *companheira*) não lograram êxito para escusá-la da conduta omissiva. É sabido que, se tivesse dito a verdade, o benefício não teria sido concedido por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

Dessarte, a omissão de fato relevante ensejou na concessão indevida do benefício de amparo social ao idoso em 23/03/2011, apto a ensejar na má-fé e no enriquecimento ilícito (art. 884 do Código Civil) da autora, razão pela qual está incorreto o desconto dos valores recebidos, nos moldes e período determinados na r. sentença guerreada.

Nessa seara, prevalece o entendimento de que o instituto da seguridade social é financiado por toda a sociedade (art. 195 da CF), de modo que o enriquecimento sem causa de algum segurado, em virtude de pagamento indevido de benefício, compromete o equilíbrio financeiro e atuarial de todo o Sistema, importando em inequívoco prejuízo a todos os demais segurados e em risco à continuidade dessa rede de proteção.

Do recurso da autarquia federal – incidência da TR

As razões da autarquia federal estão em dissonância com o entendimento pacificado pelo C. Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do *Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810)*, submetido à repercussão geral, julgado em 29/09/2017, firmou o seguinte entendimento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, *CAPUT*). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, *porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.* (g. m.)

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

O precedente, transitado em julgado em 03/03/2020, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, no ponto em que fixa a utilização da Taxa Referencial (TR) para a atualização de condenações não tributárias impostas à Fazenda pública, substituindo-a pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária a partir de 30/06/2009, firmando, assim, duas teses, a saber:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. (grifei)

Com relação ao índice substitutivo, prevaleceu o r. voto condutor do acórdão, prolatado pelo e. Ministro Relator Luiz Fux, nos seguintes termos:

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, *todos os créditos inscritos em precatórios* deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuida.

Ressalte-se que a não modulação de efeitos pelo Colendo STF acerca do Tema 810, resultou, na prática, na necessidade de conferir interpretação teleológica a sua aplicação aos casos concretos.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça na sessão de 22/02/2018, ao julgar o Recurso Especial nº 1495146/MG, referente ao Tema 905, submetido ao regime dos recursos repetitivos, procedeu à fixação de parâmetros, expressos nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

...

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

...

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

...

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

...

4. Preservação da coisa julgada.

Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, *cumpra ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.*

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) - nem para atualização monetária nem para compensação da mora -, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido.
6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.
- (REsp 1495146, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22-02-2018, publicado em 02-03-2018)

Portanto, para fins de correção monetária aplicam-se os índices na forma da Lei n. 6.899, de 08/04/1981 e da legislação superveniente, conforme preconizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, consoante os citados precedentes do C. STF no julgamento do RE n. 870.947 (Tema 810), bem como do C. STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Ante o exposto, *nego provimento aos recursos de apelação* apresentados pela *autarquia federal* e pela *autora*.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5003110-91.2018.4.03.6103

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelada: ROSA HELENA ROTONDARO
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85/STJ. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. Em se tratando de pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, estamos diante de relação jurídica de trato sucessivo e natureza alimentar, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas correspondentes às prestações não reclamadas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, a teor da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.

2. São requisitos do benefício postulado a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

3. No caso vertente, de acordo com o extrato do CNIS, a parte autora satisfaz os requisitos necessários à obtenção do benefício, quais sejam, período de carência e qualidade de segurada. Ademais, quando da eclosão da incapacidade, em 13/12/2012 (data fixada pela perícia), a parte autora mantinha contrato de trabalho, o que lhe confere a condição de segurada obrigatória do RGPS.

4. No tocante à incapacidade, o sr. perito atestou que a parte autora é portadora de Cirrose biliar primária (CID K74.3), Hiperesplenismo (CID 73.1), Hipertensão portal (CID K76.6) e Trombocitopenia (CID D69.6), apresentando incapacidade total e permanente desde 13/12/2012.

5. Embora tenha laborado por alguns períodos após esta data, depreende-se que a parte autora, mesmo com dificuldades buscou angariar ganhos para sua manutenção. O fato de ter continuado a trabalhar, mesmo após o surgimento da doença, não impede a concessão do benefício, apenas demonstra que buscou recursos para poder sobreviver.

6. Outrossim, anoto que o C. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Tema Repetitivo 1.013, fixou a seguinte tese: *“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente”* (Julgado em 24.06.2020, Publicado no DJ Eletrônico em 01.07.2020).

7. De acordo com os artigos 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, o benefício de aposentadoria por invalidez é devido ao segurado que ficar incapacitado total e permanentemente para o exercício de suas atividades profissionais habituais.

8. Desse modo, diante do conjunto probatório, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data do pedido administrativo de reconsideração, em 17/04/2013.

9. Tendo em vista a fixação do termo inicial do benefício em 17/04/2013, o valor da aposentadoria por invalidez deve ser fixado com base no artigo 44 da Lei nº 8.213/91, sendo inaplicável ao presente caso as disposições da EC 103/19.

10. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

11. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

12. Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

13. Devem ser descontados das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, os benefícios inacumuláveis, eventualmente recebidos, e as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

14. Preliminar rejeitada. No mérito, apelação do INSS desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Turma, por unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação do INSS, e fixar, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação pelo procedimento ordinário objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Sentença, pela procedência do pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir de 17/04/2013, observada a prescrição quinquenal, com parcelas em atraso corrigidas monetariamente e com a incidência de juros de mora, além de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Inconformada, a autarquia interpôs recurso de apelação alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, e, no mérito, a não comprovação da qualidade de segurada e da incapacidade da parte autora. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da perícia, a observância da EC 103/2019 quanto ao valor do benefício, a suspensão do pagamento do benefício nas competências de exercício de atividade remunerada, a alteração dos honorários advocatícios e dos consectários legais, bem como o afastamento da condenação em custas.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Inicialmente, não merece subsistir a alegação de prescrição do fundo de direito nos termos do Decreto 20.910/32, vez que em se tratando de pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, estamos diante de relação jurídica de trato sucessivo e natureza alimentar, sendo as parcelas atingidas pela prescrição apenas aquelas correspondentes às prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, a teor da Súmula 85, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO. “Em matéria de previdência social, a prescrição só alcança as prestações, não o direito, que pode ser perseguido a qualquer tempo” (REsp 1.319.280/SE, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe 15.8.2013). Recurso especial provido.” (RESP 1416885, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 10.02.2014)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. REQUISITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85 /STJ.

1. Inexiste a alegada negativa de vigência ao art. 535, incisos II e III, do CPC nos casos em que o Tribunal de origem julga o feito de maneira clara e suficientemente fundamentada, apenas não adotando a tese pretendida pela recorrente.
2. A concessão do benefício previdenciário deve ser disciplinado pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor por força da aplicação do princípio *tempus regit actum* e que, para a sua concessão, devem ser prontamente comprovados os requisitos demandados pelos beneficiários.
3. Entendimento diverso acerca do que foi firmado pelo Tribunal de origem - em relação ao preenchimento dos requisitos legais aptos a concessão da pensão por morte em exame nos autos -, enseja, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, na via do recurso especial, ante o óbice estabelecido na Súmula 7/STJ.
4. Não há a chamada prescrição do fundo de direito, haja vista que no tocante às pensões e aos benefícios regidos pela Lei nº 1.711/52 é de se adotar a imprescritibilidade quanto ao direito à postulação, considerando-se prescritas tão somente as prestações que antecedem o quinquênio anterior à propositura da ação.
5. Agravo regimental não provido.”

(AGARESP nº 201102450377, 2ª Turma, Rel. Castro Meira, DJE 28.03.2012)

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

Passo à análise do mérito.

O benefício de aposentadoria por invalidez está previsto no art. 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, pelo qual:

“[...] A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança [...]”.

Por sua vez, o benefício de auxílio-doença consta do art. 59 e seguintes do referido diploma legal, a saber:

“[...] será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos [...]”.

Os requisitos do benefício postulado são, portanto, a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. Deve ser observado ainda, o estabelecido no art. 26, inciso II e art. 151, da Lei 8.213/1991, quanto aos casos que independem do cumprimento da carência; bem como o disposto no parágrafo único, do art. 24, da Lei 8.213/1991.

“Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Parágrafo único. 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.”.

Quanto à qualidade de segurado, estabelece o art. 15 da Lei nº 8.213/91, que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração.

O prazo mencionado será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já houver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

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 uma parcela do mínimo legal de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. Inicialmente, esse mínimo correspondia a 1/3 (um terço) do tempo previsto para a carência originária, conforme constava do parágrafo único do art. 24 da Lei 8.213/1991, sendo atualmente ele-

vado para metade, na forma do disposto no art. 27-A da Lei de Benefícios, incluído pela Lei 13.457 de 26.06.2017.

Assim, podemos concluir que são requisitos do benefício postulado a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

No caso vertente, de acordo com o extrato do CNIS, a parte autora satisfaz os requisitos necessários à obtenção do benefício, quais sejam, período de carência e qualidade de segurada. Ademais, quando da eclosão da incapacidade, em 13/12/2012 (data fixada pela perícia), a parte autora mantinha contrato de trabalho, o que lhe confere a condição de segurada obrigatória do RGPS.

No tocante à incapacidade, o sr. perito atestou que a parte autora é portadora de Cirrose biliar primária (CID K74.3), Hiperesplenismo (CID 73.1), Hipertensão portal (CID K76.6) e Trombocitopenia (CID D69.6), apresentando incapacidade total e permanente desde 13/12/2012.

Saliento, por oportuno, que, embora tenha laborado por alguns períodos após esta data, depreende-se que a parte autora, mesmo com dificuldades buscou angariar ganhos para sua manutenção. O fato de ter continuado a trabalhar, mesmo após o surgimento da doença, não impede a concessão do benefício, apenas demonstra que buscou recursos para poder sobreviver.

Outrossim, anoto que o C. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Tema Repetitivo 1.013, fixou a seguinte tese: *“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente”* (Julgado em 24.06.2020, Publicado no DJ Eletrônico em 01.07.2020).

De acordo com os artigos 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91, o benefício de aposentadoria por invalidez é devido ao segurado que ficar incapacitado total e permanentemente para o exercício de suas atividades profissionais habituais.

Desse modo, diante do conjunto probatório, a parte autora faz jus à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data do pedido administrativo de reconsideração, em 17/04/2013.

Tendo em vista a fixação do termo inicial do benefício em 17/04/2013, o valor da aposentadoria por invalidez deve ser fixado com base no artigo 44 da Lei nº 8.213/91, sendo inaplicável ao presente caso as disposições da EC 103/19.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Devem ser descontados das parcelas vencidas, quando da liquidação da sentença, os benefícios inacumuláveis, eventualmente recebidos, e as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

Ante o exposto, *rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação do INSS*, fixando, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios na forma acima explicitada.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5000617-73.2020.4.03.6103

Parte Autora: ALTAMIRO SILVA SANTOS

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. AUXÍLIO DOENÇA. CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA APÓS FALTA JUSTIFICADA AO PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

- Remessa oficial conhecida na forma da Lei nº 12.016/2009.
- O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.
- A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.
- O benefício de auxílio-doença, por sua vez, é devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 contribuições mensais e for considerado temporariamente incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos e possuir a condição de segurado (arts. 59 a 63 da Lei de Benefícios).
- *In casu*, embora o controle da análise da existência de incapacidade laborativa, ou não, não tenha sido afastado do INSS, o impedimento justificado do comparecimento ao programa de reabilitação profissional, comprovado pelo impetrante, configura “caso fortuito ou força maior”, implicando o direito ao restabelecimento do benefício e da remarcação de nova data para prosseguimento ao programa de reabilitação profissional, conforme legislação de regência e orientações administrativas da própria autarquia federal.
- Remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança impetrado por ALTAMIRO SILVA SANTOS contra ato praticado pelo GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP, o qual consistiu na cessação do benefício de auxílio-doença, após falta justificada ao programa de reabilitação profissional disponibilizado pela autarquia federal.

Liminar deferida para determinar o restabelecimento do benefício de auxílio doença (NB 617.527.710-8), e o agendamento de nova perícia para fins de reabilitação profissional. (ID 139529690)

A r. sentença, proferida em 01.06.2020, confirmando a decisão liminar, julgou procedente o pedido para conceder a segurança definitiva, para determinar à autoridade impetrada providenciar o imediato restabelecimento do benefício de auxílio doença (NB 617.527.710-8), e o agendamento de nova perícia para fins de reabilitação profissional. Sem condenação em honorários advocatícios. Sentença submetida à remessa oficial. (ID 139529706).

Sem interposição de recursos voluntários, subiram os autos a esta instância, por força da remessa oficial.

Parecer do Ministério Público Federal, no qual manifesta a desnecessidade da intervenção ministerial, e opina pelo prosseguimento do feito. (ID 144941499).

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

Conheço da remessa oficial na forma do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

COMPETÊNCIA

Em mandado de segurança, a competência é estabelecida em função da natureza da autoridade impetrada, sendo da competência federal quando a autoridade indicada como coatora é federal (CF, art. 109, VIII).

No caso concreto, o ato coator é atribuído ao gerente do INSS, o que atrai a competência da Justiça Federal.

MANDADO DE SEGURANÇA

O *writ of mandamus* é o meio processual destinado à proteção de direito líquido e certo, evidente *prima facie* e demonstrável de imediato, sendo indispensável prova pré-constituída à apreciação do pedido. A necessidade de dilação probatória torna inadequada a via mandamental.

Confira-se o magistério de Hugo de Brito Machado:

“Se os fatos alegados dependem de prova a demandar instrução no curso do processo, não se pode afirmar que o direito, para cuja proteção é este requerido, seja líquido e certo”.
(Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 4ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, p. 98-99).

Igualmente se manifesta o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder

do impetrado (art. 6º parágrafo único), ou superveniente às informações. Admite-se também, a qualquer tempo, o oferecimento de parecer jurídico pelas partes, o que não se confunde com documento. O que se exige é prova preconstituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”. (Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 19ª ed. atualizada por Arnold Wald, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35).

Ainda sobre o assunto, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. MANDADO DE SEGURANÇA . SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. INDÍCIO DE FRAUDE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES.

I - Agravo legal interposto em face da decisão que afastou o reconhecimento da decadência e, com fundamento no §3º do art. 515 do CPC, denegou a segurança pleiteada, em mandado de segurança preventivo, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, a teor do artigo 267, I e VI, do CPC, ao fundamento da impropriedade da via eleita, que pressupõe direito líquido e certo e ato lesivo da autoridade.

II (...)

VII - Não há comprovação do direito líquido e certo do impetrante, e tampouco de ato lesivo da autoridade, em razão do envio de correspondência para apresentação de defesa, a fim de restar demonstrada a regularidade da concessão do benefício.

VIII - O ponto fulcral da questão diz respeito à impropriedade da via eleita. A manutenção e restabelecimento de benefício previdenciário traz consigo circunstâncias específicas que motivaram cogitar-se a suspensão, além da certificação da ocorrência de ilegalidades, a reavaliação dos documentos que embasaram a concessão, o cumprimento dos trâmites do procedimento administrativo, para lembrar apenas alguns aspectos, e não será em mandado de segurança que se vai discutir o direito ao benefício, cuja ameaça de suspensão decorre de indícios de irregularidade na concessão.

IX - A incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da pretensão através de mandado. Em tais circunstâncias, o direito não se presta a ser defendido na estreita via da segurança, e sim através de ação que comporte dilação probatória. Segue, portanto, que ao impetrante falece interesse de agir (soma da necessidade e adequação do provimento jurisdicional invocado). Precedentes jurisprudenciais. X - Agravo legal improvido.”

(8ª Turma, AMS nº 1999.03.99.103526-9, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 05/09/2011, DJF3 15/09/2011, p. 1019).

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, destinado a proteger direito líquido e certo da violação efetiva ou iminente, praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 1.533/51 e art. 1º da atual Lei nº 12.016/09.

DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO - DOENÇA

A cobertura do evento invalidez é garantia constitucional prevista no Título VIII, Capítulo II da Seguridade Social, no art. 201, I, da Constituição Federal.

A Lei nº 8.213/91 preconiza, nos arts. 42 a 47, que o benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez será devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência e a condição de segurado.

Independe, porém, de carência a concessão do benefício nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido das doenças relacionadas no art. 151 da Lei de Benefícios.

Cumpre salientar que a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social não impede a concessão do benefício na hipótese em que a incapacidade tenha decorrido de progressão ou agravamento da moléstia.

Acerca da matéria, há de se observar o disposto na seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO NÃO COMPROVAÇÃO. INCAPACIDADE PREEXISTENTE. REFILIAÇÃO.

1- Não é devida a aposentadoria por invalidez à parte Autora que não cumpriu a carência, bem como não demonstrou a manutenção da qualidade de segurado no momento em sobreveio a incapacidade para o trabalho.

2- Incapacidade constatada em perícia médica realizada pelo INSS no procedimento administrativo originado do requerimento de auxílio-doença.

3- Ainda que se considerasse a refiliação da Autora à Previdência pelo período necessário de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido, esta se deu posteriormente à sua incapacidade.

4- A doença preexistente não legitima o deferimento de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, à exceção de quando a incapacidade laborativa resulte progressão ou agravamento do mal incapacitante.

5- A Autora quando reingressou no sistema previdenciário, logrando cumprir a carência exigida e recuperando sua qualidade de segurada, já era portadora da doença e da incapacidade, o que impede a concessão do benefício pretendido, segundo vedação expressa do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

6- Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.”

(TRF3, 9ª Turma, AC nº 2005.03.99.032325-7, Des. Fed. Rel. Santos Neves, DJU de 13/12/2007, p. 614).

É certo que o art. 43, §1º, da Lei de Benefícios disciplina que a concessão da aposentadoria depende da comprovação da incapacidade total e definitiva mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social. O entendimento jurisprudencial, no entanto, firmou-se no sentido de que também gera direito ao benefício a incapacidade parcial e definitiva para o trabalho, atestada por perícia médica, a qual inabilite o segurado de exercer sua ocupação habitual, tornando inviável a sua readaptação. Tal entendimento traduz, da melhor forma, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento da Seguridade Social.

É que, para efeitos previdenciários, basta a incapacidade permanente que impeça o exercício da atividade laborativa nos moldes ditados pelo mercado de trabalho, evidenciando, dessa forma, padecer o periciando de incapacidade total.

Nesse sentido, destaco acórdão desta Turma:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS: PREENCHIMENTO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. INVIABILIDADE DE EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES HABITUAIS E DE READAPTAÇÃO A OUTRAS. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. (...)

II - O laudo pericial concluiu pela incapacidade parcial da autora. Porém, o Juiz não está adstrito unicamente às suas conclusões, devendo valer-se de outros elementos para a formação de

sua convicção. No caso, corretamente considerada a falta de condições da autora para exercer suas funções habituais de cozinheira, em razão de tenossinovite no punho e problemas de coluna, que levaram-na a perder as forças das mãos, bem como sua idade avançada e as dificuldades financeiras e físicas para exercer outra profissão ou aprender novo ofício. Mantida a sentença que deferiu o benefício da aposentadoria por invalidez à autora.

(...)

IV - Apelações improvidas.”

(9a Turma, AC nº 1997.03.007667-O, Des. Fed. Rel. Marisa Santos, v.u., DJU de 04.09.2003, p. 327).

É necessário, também, para a concessão da aposentadoria por invalidez o preenchimento do requisito da qualidade de segurado. Mantém essa qualidade aquele que, mesmo sem recolher as contribuições, conserve todos os direitos perante a Previdência Social, durante um período variável, a que a doutrina denominou “período de graça”, conforme o tipo de segurado e a sua situação, nos termos do art. 15 da Lei de Benefícios, a saber:

“Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.”

É de se observar, ainda, que o §1º do supracitado artigo prorroga por 24 meses tal período de graça aos que contribuíram por mais de 120 meses.

Em ambas as situações, restando comprovado o desemprego do segurado perante o órgão do Ministério de Trabalho ou da Previdência Social, os períodos serão acrescidos de mais 12 meses.

Convém esclarecer que, conforme disposição inserta no §4º do art. 15 da Lei nº 8.213/91, c.c. o art. 14 do Decreto Regulamentar nº 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto nº 4.032/01, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no 16º dia do segundo mês seguinte ao término do prazo fixado no art. 30, II, da Lei nº 8.212/91 para recolhimento da contribuição, acarretando, consequentemente, a caducidade do direito pretendido.

O benefício de auxílio-doença, por sua vez, é devido ao segurado que tiver cumprido o período de carência exigido de 12 contribuições mensais e for considerado temporariamente incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de 15 dias consecutivos e possuir a condição de segurado (arts. 59 a 63 da Lei de Benefícios).

Cumprе salientar, ainda, que o benefício acima referido é um *minus* em relação à aposentadoria por invalidez, a qual sendo concedida não gera cumulação, mas sim cessação daquele.

CASO DOS AUTOS

Verifica-se que o pedido da parte autora cinge-se ao reconhecimento do direito ao restabelecimento do benefício de auxílio doença, com a designação de nova data para fins de reabilitação profissional.

O impetrante demonstra que, em razão da necessidade de internação no período de 08.11.2019 a 24.01.2020, não pode comparecer ao programa de reabilitação profissional agendado pelo INSS em 15.01.2020, tendo o seu benefício cessado administrativamente.

Em posição contrária, o impetrado não prestou informação, apenas comunicando o cumprimento da liminar.

A análise da documentação apresentada revela que o impetrante instruiu o *mandamus* de maneira suficiente ao exame do direito alegado.

Portanto, adequada a via eleita, uma vez que se mostra possível a apreciação do pleito da impetrante sem necessidade de dilação probatória.

Da análise dos documentos juntados aos autos (ID's 139529473/474/475/685), observa-se que o impetrado justificou sua ausência ao programa de reabilitação profissional disponibilizado pela autarquia federal, por determinação judicial nos autos da ação nº 0003306-56.2018.4.03.6327.

Saliento que, embora o controle da análise da existência de incapacidade laborativa, ou não, não tenha sido afastado do INSS, o impedimento justificado do comparecimento ao programa de reabilitação profissional pelo impetrante, configurou “caso fortuito ou força maior”, implicando o direito ao restabelecimento do benefício e da remarcação de nova data para prosseguimento ao programa de reabilitação profissional, conforme legislação de regência e orientações administrativas da própria autarquia federal (ID 139529695).

Desta forma, de rigor a manutenção da sentença que concedeu a segurança.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *nego provimento à remessa oficial*, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5004896-54.2020.4.03.6119

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 Apelado: LUIZ GUSTAVO RODRIGUES DA CRUZ
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO. CÔMPUTO DOS NOVOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO RECONHECIDOS EM SENTENÇA TRABALHISTA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÕES. FISCALIZAÇÃO A CARGO DO INSS. PRINCÍPIO DA AUTOMATICIDADE. EFEITOS FINANCEIROS DA DER. SUCUMBÊNCIA.

- O cálculo da RMI do benefício previdenciário tem como fundamentos normas constitucionais e legais.
- Inteligência do artigo 29, §3º, da Lei n. 8.213/1991.
- A parte autora ajuizou demanda trabalhista, na qual obteve o reconhecimento do direito ao pagamento de verbas trabalhistas e consequentes reflexos, com repercussão nos salários-de-contribuição.
- Conquanto a sentença oriunda de reclamatória não faça coisa julgada perante o INSS, pode ser utilizada como um dos elementos de prova a permitir a formação do convencimento acerca da efetiva prestação laborativa.
- Reclamatória resolvida por sentença de mérito reconhecendo a relação de emprego e reflexos trabalhistas, os quais repercutirão diretamente no cálculo da RMI. Ademais, constata-se os recolhimentos previdenciários correspondentes. Precedentes.
- Sem ofensa à regra do artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991, tampouco violação da regra inscrita no artigo 195, § 5º, do Texto Magno, diante do princípio da automaticidade (artigo 30, I, da Lei n. 8.212/1991), haja vista caber ao empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias, inclusive as devidas pelo segurado.
- O teto do benefício revisado deve obedecer ao disposto nos artigos 29, § 2º, e 33, da Lei 8.213/1991, quando da liquidação do julgado.
- Os efeitos financeiros são mantidos da DER, consoante compreensão sedimentada do C. STJ.
- Resta mantida a condenação do INSS a arcar com os honorários de advogado, cujo percentual sobe para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC.
- Apelação do INSS conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação autárquica, nos termos do relatório e voto

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia a revisão de sua aposentadoria para computar os novos salários-de-contribuição obtidos em processo trabalhista.

O pedido foi acolhido para condenar o INSS a proceder ao recálculo da RMI, incorporando os novos salários-de-contribuição aferíveis durante o vínculo laboral mantido pela parte autora. Estabeleceu, ainda, os efeitos financeiros da DIB, respeitada a prescrição quinquenal. Foram discriminados os consectários e protraída a fixação da verba sucumbencial.

O INSS apresentou apelação. Defendeu a improcedência do pedido, ao argumento do frágil conjunto probatório. Aduz que a sentença trabalhista constitui início de prova material, a ser complementada com outros elementos.

Contrarrrazões apresentadas.

Os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

No mérito, a pretensão é de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante incorporação, no período básico de cálculo, dos salários-de-contribuição majorados por força de sentença proferida em processo trabalhista.

O cálculo da RMI tem como fundamentos normas constitucionais e legais.

O artigo 29, §3º, da Lei n. 8.213/1991, determina que serão “*considerados para cálculo do salário-de-benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo-terceiro salário (gratificação natalina)*”. (Redação dada pela Lei n. 8.870/1994)

Por força do art. 202 da Constituição Federal de 1988, na redação original, e do art. 29 da Lei n. 8.213/1991, também na redação primitiva, os últimos 36 maiores salários contributivos, dentro dos últimos 48, deviam ser contabilizados para fins do cálculo da renda mensal do benefício de aposentadoria.

Posteriormente, com o advento do artigo 3º da Lei n. 9.876, de 26/11/1999, para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que viesse a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício seria considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do art. 29 da Lei n. 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei, observado o fator previdenciário.

Na hipótese, a parte autora ajuizou demanda trabalhista em desfavor do ex-empregador SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO), na qual obteve, por decisão de mérito, o reconhecimento do direito ao pagamento de verbas trabalhistas e consequentes reflexos, com repercussão nos salários-de-contribuição.

Observo que o INSS não figurou na lide obreira, incidindo, na espécie, o disposto no artigo 472 do CPC/1973 (art. 506 do atual CPC), de modo que a coisa julgada material não atinge a autarquia previdenciária.

Eis a redação do artigo:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiro.”

Com efeito, a sentença faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando, nem beneficiando terceiros.

Ora, na controvérsia sobre o cômputo de serviço, a sentença da Justiça do Trabalho configura prova emprestada, que, nas vias ordinárias, deve ser submetida a contraditório e complementada por outras provas. Isto é, conquanto a sentença oriunda de reclamatória não faça coisa julgada perante o INSS, pode ser utilizada como um dos elementos de prova a permitir a formação do convencimento acerca da efetiva prestação laborativa.

Em vários outros casos, este relator entendeu pela impossibilidade de revisão de benefício previdenciário com base puramente em ações trabalhistas, nas quais ocorreram revelia ou acordos na fase de conhecimento e o consequente encerramento prematuro sem a produção de quaisquer provas relevantes.

Mas o presente caso é distinto, pois a reclamatória, aforada perante à 39ª Vara do Trabalho da Capital, foi resolvida por *sentença de mérito* (id 142250943 - Pág. 1/7), reconhecendo não a relação de emprego em si, mas a *incorporação de valores oriundos de desvio de função desempenhada pela reclamante*, os quais repercutirão diretamente no cálculo da RMI do segurado.

Constato, ademais, os recolhimentos previdenciários correspondentes.

No mais, não se identificou a presença de qualquer indício de fraude ou conluio na reclamação trabalhista. Eventuais pormenores da lide trabalhista não mais interessam aqui, por força da coisa julgada.

No caso, não há ofensa à regra do artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991.

Tampouco violação da regra inscrita no artigo 195, § 5º, do Texto Magno, diante do princípio da automaticidade (artigo 30, I, da Lei n. 8.212/1991), haja vista caber ao empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias, inclusive as devidas pelo segurado. Nesse sentido:

“(…) E no que concerne ao pagamento das respectivas contribuições, relativamente ao interregno do labor reconhecido, é de se ressaltar que compete ao empregador a arrecadação e o recolhimento do produto aos cofres públicos, a teor do artigo 30, inciso I, “a” e “b” da Lei 8.212/91 e ao Instituto Nacional da Seguridade Social a arrecadação, fiscalização, lançamento e recolhimento de contribuições, consoante dispõe o artigo 33 do aludido diploma legal, não podendo ser penalizado o empregado pela ausência de registro em CTPS, quando

deveria ter sido feito em época oportuna, e muito menos pela ausência das contribuições respectivas, quando não deu causa. 3. E, no caso dos autos, houve a determinação de recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, conforme observado dos termos da cópia da reclamação trabalhista apresentada pela parte autora, com a exordial”. (TRF3, Ap 00204944120174039999, AC 2250162, Rel. DES. FED. TORU YAMAMOTO, 7T, Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 25/9/2017, FONTE_REPUBL.).

Desnecessária, por isso, a produção de outras provas. *In casu*, reputo suficiente a prova produzida à comprovação das contingências da relação de emprego da parte autora e, *ipso facto*, para fins de revisão do período básico de cálculo utilizado na composição da RMI (DIB 11/5/2010).

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. REDUÇÃO INICIAL NO VALOR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCLUSÃO DE PARCELAS SALARIAIS RECONHECIDAS EM RECLAMAÇÃO COM RETIFICAÇÃO DA CTPS. POSSIBILIDADE: PROVA PLENA DE VERACIDADE (ENUNCIADO 12/TST). APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

(...)

A exigência de início de prova documental somente se aplica para o reconhecimento de tempo de serviço, não se podendo aplicar, por analogia, a mesma regra na hipótese de reconhecimento de direitos trabalhista s em ação judicial, uma vez que norma de restrição de direitos não admite interpretação extensiva.

(...)

- Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF1, AMS 2001.38.00.003288-1, Rel. Des. Fed. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ªT, julgamento em 25/7/2005, votação unânime, publicado no DJ de 26/9/2005, p. 54)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RMI DE BENEFÍCIO. ACRÉSCIMO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO, EM RAZÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÕES. FISCALIZAÇÃO A CARGO DO INSS.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser a sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho prova material em lides da previdência. Neste sentido estão os inúmeros julgados que reconhecem o tempo de serviço comprovado através de sentença judicial proferida em Juízo trabalhista, para fins de concessão do benefício previdenciário.

- O autor teve seu pedido de equiparação salarial acolhido em lide trabalhista, fato este que resultou na majoração dos valores dos seus proventos salariais ao longo de sua vida laborativa. Sendo assim, tais valores, revistos em reclamação trabalhista, devem ser utilizados no cálculo da renda mensal inicial.

- Ao INSS cabe exercer a fiscalização sobre os empregadores no sentido de cobrar-lhes as contribuições devidas, não podendo o autor ser apenado pela inércia da autarquia previdenciária.

- Agravo interno improvido.”

(TRF2, AGTAC 379073, Proc. 2003.51.02.002633-9, Rel. Des. Fed. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, 1ªT Espec, julgamento em 27/11/2007, votação unânime, DJ de 22/1/2008, p. 411)

Acerca do cálculo do salário-de-benefício, o art. 29, §§ 3º e 4º, da Lei n. 8.213/1991, dispõe:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste (redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 3º Serão considerados para o cálculo do salário-de-benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuição previdenciária. (redação original)

§ 3º Serão considerados para cálculo do salário-de-benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo-terceiro salário (gratificação natalina). (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994)

§ 4º Não será considerado, para o cálculo do salário-de-benefício, o aumento dos salários-de-contribuição que exceder o limite legal, inclusive o voluntariamente concedido nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo se homologado pela Justiça do Trabalho, resultante de promoção regulada por normas gerais da empresa, admitida pela legislação do trabalho, de sentença normativa ou de reajustamento salarial obtido pela categoria respectiva”.

O teto do benefício revisando deve obedecer ao disposto nos artigos 29, § 2º, e 33, do próprio Plano de Benefícios, quando da liquidação do julgado.

Por fim, os efeitos financeiros são mantidos da DER, momento do reconhecimento tardio de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, consoante compreensão sedimentada do C. STJ (vide REsp 1.637.856/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2T, julgado em 13/12/2016, DJe 2/2/2017), respeitada a prescrição quinquenal.

Possíveis valores não cumulativos recebidos na esfera administrativa deverão ser compensados por ocasião da liquidação do julgado.

Irretorquível, portanto, se afigura o r. julgado.

Resta mantida a condenação do INSS a arcar com os honorários de advogado, cujo percentual sobe para 12% (doze por cento) sobre a condenação, excluindo-se as prestações vencidas após a data da sentença, consoante Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 11, do CPC.

Entretanto, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido, se o caso, na hipótese do artigo 85, § 4º, II, do referido diploma processual, se a condenação ou o proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos.

Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido desrespeito algum à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

Diante do exposto, *nego provimento* à apelação, mantendo íntegra a decisão recorrida. É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

5005896-89.2020.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FLORIVAL FERREIRA DE SOUZA
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO MENDES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/01/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO/PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DEMONSTRADO. CARÊNCIA CUMPRIDA. QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL NA DATA DO IMPLEMENTO ETÁRIO DEMONSTRADA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM PARTE.

1. A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91), além da demonstração do exercício de atividade rural, bem como o cumprimento da carência mínima exigida no art. 142 da referida lei. De acordo com a jurisprudência, é suficiente a tal demonstração o início de prova material corroborado por prova testemunhal.

2. A parte autora alega seu labor rural na condição de segurado especial em regime de economia familiar e, para comprovar o alegado, acostou aos autos cópia de sua certidão de casamento, contraído no ano de 1979, data em que se declarou como sendo lavrador; inscrição junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais, como arrendatário no ano de 1989 e notas fiscais de compra e venda de gado e produtos agrícolas no período compreendido entre os anos de 1995 a 2018.

3. Consigno que a prova material demonstra o labor rural do autor desde o ano de 1979, tendo sido demonstrado sua exploração agrícola até data imediatamente anterior à data do seu implemento etário, além de recolhimentos vertidos ao INSS para assegurar sua aposentadoria. Verifico que as notas apresentadas, acompanhadas por declarações e documentos fiscais demonstram que o autor sempre exerceu atividade rural, não tendo sido demonstrado, nestes autos, que o autor tenha exercido qualquer outra atividade que não àquela indicada na inicial de rurícola.

4. Quanto à prova testemunhal, pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que apenas ela não basta para a comprovação da atividade rural, requerendo a existência de início de prova material, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, que assim dispõe: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário”. Em suma, a prova testemunhal deve corroborar a prova material, mas não a substitui. E, no presente caso surge em apoio à pretensão inicial, a fim de robustecer o início de prova material do exercício de atividade rural exercida pela parte autora no período de carência mínima de 180 meses.

5. Consigno que nos termos da Súmula 54 do CJP “para a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, o tempo de exercício de atividade equivalente à carência deve ser aferido no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo

ou à data do implemento da idade mínima”. Nesse sentido, conclui-se que do trabalhador rural é exigida a qualidade de segurado no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou implemento de idade, devendo essa exigência ser comprovada por meio de prova material e testemunhal, ou de recolhimentos vertidos ao INSS, conforme demonstrado nestes autos.

6. Do conjunto probatório apresentado, restou demonstrado que o autor preencheu todos os requisitos exigidos pela lei de benefícios e sua condição de segurado especial como trabalhador rural em regime de economia familiar, estando apto para a concessão da aposentadoria por idade rural, nos termos do § 1º, do art. 48, da Lei nº 8.213/91, na forma determinada na sentença.

7. Por conseguinte, mantenho a sentença de procedência do pedido, isentando o INSS de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei nº 9.289/1996, art. 24-A da Lei nº 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/1993).

8. Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

9. Apelação do INSS parcialmente provida.

10. Sentença mantida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido e condenou o INSS a conceder a Florival Ferreira de Souza, o benefício de aposentadoria por idade, com renda mensal de um salário mínimo, a pagar as prestações vencidas desde a data do requerimento administrativo, se houver, ou da citação, até a data de implementação efetiva do benefício e respeitada a prescrição quinquenal.

O INSS interpôs recurso de apelação alegando que não restou demonstrado o labor rural do autor na condição de segurado especial, visto constar contribuições individuais por ele no período de 2013 a 2018 estando ausente sua condição de trabalhador rural em regime de economia familiar. Requer a reforma da sentença e o improvimento do pedido. Subsidiariamente, pugna pela aplicação dos juros de mora e correção monetária nos termos previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, os quais devem ser aplicados desde a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009 e que seja excluída qualquer condenação do INSS ao pagamento de custas processuais.

Com as contrarrazões da parte autora, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES - Relator

VOTO

Verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (art. 1009 CPC) e tempestividade (art. 1.003 CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

A aposentadoria por idade de rurícola reclama idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (§ 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91), bem como a demonstração do exercício de atividade rural, além do cumprimento da carência mínima exigida no art. 142 da referida lei (art. 201, § 7º, II, da CF/88 e arts. 48, 49, 142 e 143, da Lei nº 8.213/91).

De acordo com a jurisprudência, é suficiente a tal demonstração o início de prova material corroborado por prova testemunhal. Ademais, para a concessão de benefícios rurais, houve um abrandamento no rigorismo da lei quanto à comprovação da condição de rurícola dos trabalhadores do campo, permitindo a extensão dessa qualidade do marido à esposa, ou até mesmo dos pais para os filhos, ou seja, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou conviventes, aparecem qualificados como lavradores, ainda que o desempenho da atividade campesina não tenha se dado sob o regime de economia familiar.

Cumprе ressaltar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir dos trabalhadores campesinos o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que, sob tal informalidade, verifica-se a existência de uma subordinação, haja vista que a contratação acontece diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados “gatos”. Semelhante exigência equivaleria a retirar destes qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão de sua atividade.

O art. 143 da Lei nº 8.213/1991, com redação determinada pela Lei nº 9.063, de 28.04.1995, dispõe que: “O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício”.

Saliento, ainda, que, segundo o recente entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp 1354908, em sede de recurso repetitivo, o segurado especial deve estar trabalhando no campo no momento em que completar a idade mínima para a obtenção da aposentadoria rural por idade, a fim de atender ao segundo requisito exigido pela Lei de Benefícios: “período imediatamente anterior ao requerimento do benefício”, ressalvada a hipótese de direito adquirido, na qual o segurado especial, embora não tenha ainda requerido sua aposentadoria por idade rural, já tenha preenchido concomitantemente, no passado, ambos os requisitos - carência e idade.

No caso dos autos, a parte autora, nascida em 10/11/1957, comprovou o cumprimento do requisito etário no ano de 2017. Assim, considerando que o implemento desse requisito se deu quando já havia encerrado a prorrogação prevista no art. 143 da Lei de Benefícios, é necessária, após 31/12/2010, a comprovação do recolhimento de contribuições para os empregados rurais, trabalhadores avulsos e diaristas, além da comprovação do cumprimento da carência de 180 meses, a teor do que dispõe o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91, com vistas à concessão do benefício.

Observo, no entanto, que a parte autora alega seu labor campesino em regime de economia familiar (segurado especial) desde longa data e o trabalho rural eventualmente exercido poderá ser reconhecido mediante a apresentação de início de prova material, corroborado por prova testemunhal, consistente e robusta.

Cumpra salientar, nesses termos, que o trabalho rural exercido em regime de economia familiar, a fim de classificar a parte autora como segurada especial (e justificar a ausência de contribuições previdenciárias), pressupõe a exploração de atividade primária pelo indivíduo como principal forma de sustento, acompanhado ou não pelo grupo familiar, mas sem o auxílio de empregados (art. 11, VII, “a” e § 1º, da Lei 8.213/91).

Assim, nos termos do art. 11, VII, da Lei 8.213/91, consideram-se segurados especiais, em regime de economia familiar, os produtores, parceiros, meeiros, arrendatários rurais, pescadores artesanais e assemelhados, que exerçam atividades individualmente ou com auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos, ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo, residindo na área rural ou em imóvel próximo ao local onde a atividade rural é exercida e com participação significativa nas atividades rurais do grupo familiar.

In casu, a parte autora alega seu labor rural na condição de segurado especial em regime de economia familiar e, para comprovar o alegado, acostou aos autos cópia de sua certidão de casamento, contraído no ano de 1979, data em que se declarou como sendo lavrador; inscrição junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais, como arrendatário no ano de 1989 e notas fiscais de compra e venda de gado e produtos agrícolas no período compreendido entre os anos de 1995 a 2018.

Consigno que a prova material demonstra o labor rural do autor desde o ano de 1979, tendo sido demonstrado sua exploração agrícola até data imediatamente anterior à data do seu implemento etário, além de recolhimentos vertidos ao INSS para assegurar sua aposentadoria. Verifico que as notas apresentadas, acompanhadas por declarações e documentos fiscais demonstram que o autor sempre exerceu atividade rural, não tendo sido demonstrado, nestes autos, que o autor tenha exercido qualquer outra atividade que não àquela indicada na inicial de rurícola.

Quanto à prova testemunhal, pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que apenas ela não basta para a comprovação da atividade rural, requerendo a existência de início de prova material, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, que assim dispõe: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário”. Em suma, a prova testemunhal deve corroborar a prova material, mas não a substitui. E, no presente caso surge em apoio à pretensão inicial, a fim de robustecer o início de prova material do exercício de atividade rural exercida pela parte autora no período de carência mínima de 180 meses.

Consigno que nos termos da Súmula 54 do CJF “para a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, o tempo de exercício de atividade equivalente à carência deve

ser aferido no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou à data do implemento da idade mínima”. Nesse sentido, conclui-se que do trabalhador rural é exigida a qualidade de segurado no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou implemento de idade, devendo essa exigência ser comprovada por meio de prova material e testemunhal, ou de recolhimentos vertidos ao INSS, conforme demonstrado nestes autos.

Do conjunto probatório apresentado, restou demonstrado que o autor preencheu todos os requisitos exigidos pela lei de benefícios e sua condição de segurado especial como trabalhador rural em regime de economia familiar, estando apto para a concessão da aposentadoria por idade rural, nos termos do § 1º, do art. 48, da Lei nº 8.213/91, na forma determinada na sentença.

Por conseguinte, mantenho a sentença de procedência do pedido, isentando o INSS de custas processuais, arcando com as demais despesas, inclusive honorários periciais (Res. CJF nºs. 541 e 558/2007), além de reembolsar as custas recolhidas pela parte contrária, o que não é o caso dos autos, ante a gratuidade processual concedida (art. 4º, I e parágrafo único, da Lei nº 9.289/1996, art. 24-A da Lei nº 9.028/1995, n.r., e art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/1993).

Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

Por esses fundamentos, dou parcial provimento à apelação do INSS, para isentar a autarquia das custas processuais e esclarecer os critérios de aplicação dos juros de mora e correção monetária, mantendo, no mais, o determinado na r. sentença prolatada, conforme ora consignado.

É o voto.

Juiz Federal Convocado FERNANDO MENDES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5288265-59.2020.4.03.9999

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ANDRESA CRISTINA MARQUES DE OLIVEIRA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. CASAMENTO. DOIS ANOS. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Observa-se que na data da prisão (17.09.2018), a autora estava casada há menos de 3 meses, razão pela qual lhe foi concedido o benefício de auxílio-reclusão pelo período de 4 meses (até 17.01.2019), conforme dispõe o artigo 77, inciso V, alínea “b” da Lei 8.213/91, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 13.135/2015, c/c com o artigo 80 da referida lei 8.213/91, não tendo sido apresentado início de prova material de união estável por período superior aos dois anos exigidos, não tendo sido apresentado início de prova material de união estável por período superior aos dois anos exigidos.

II - Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

III - Apelação do INSS e remessa oficial tida por interposta providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta, sendo que o Des. Fed. Nelson Porfírio ressaltou o entendimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação previdenciária, condenando o réu a conceder à autora o benefício de auxílio-reclusão desde a cessação administrativa (17.01.2019). As parcelas em atraso deverão ser pagas com correção monetária na forma do IPCA-E, e juros de mora na forma da Lei 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Não houve condenação em custas.

O réu pugna pela submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição e pela reforma da sentença, aduzindo que não foram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento, tendo em vista que não havia preenchido o requisito de apresentar tempo mínimo de casamento de 2 anos, na forma da Lei 13.135/15. Aponta que a parte recebeu benefício por 4 meses, nos termos do art.77, § 2º, V, b da referida lei.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Auxílio-Reclusão, na qualidade de esposa de Dirceu Gonçalves, recluso em 17.09.2018, conforme atestado de permanência carcerária.

A condição de dependente da autora em relação ao detento restou evidenciada através da certidão de casamento, datada de 26.06.2018, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, já que ela é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91 por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

.....

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Quanto à renda auferida pelo recluso, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 587365/SC (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009, DJe de 03.04.2009), firmou entendimento no sentido de que para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, previsto nos artigos 201, IV, da Constituição da República e 80 da Lei nº 8.213/91, a renda a ser considerada deve ser a do preso e não a de seus dependentes, sendo que referida decisão tem repercussão geral.

No entanto, observa-se que na data da prisão (17.09.2018), a autora estava casada há menos de 3 meses, razão pela qual lhe foi concedido o benefício de auxílio-reclusão pelo período de 4 meses (até 17.01.2019), conforme dispõe o artigo 77, inciso V, alínea “b” da Lei 8.213/91, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 13.135/2015, c/c com o artigo 80 da referida

lei 8.213/91, não tendo sido apresentado início de prova material de união estável por período superior aos dois anos exigidos.

Sendo assim, a autora não faz jus ao restabelecimento do benefício pleiteado.

Honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta* para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL

0001548-54.1999.4.03.6118

Apelantes: ARY DE CASTRO COELHO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BATISTA GONÇALVES
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1040, II, DO CPC/2015. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI N.º 11.960/09. RE N. 870.947. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. PAGAMENTO DOS JUROS INCIDENTES NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA CONTA HOMOLOGADA E A DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO PRINCIPAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTEDIMENTO EXARADO PELO STF NO JULGAMENTO DO RE 579431-8/RS.

- Retratação prevista no artigo 1.040, II, do NCPC. Julgamento final do RE 870.947 e do RE 579.431.

- RE 870.947 pelo STF: o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 foi objeto de pronunciamento expresse da Suprema Corte quanto à sua constitucionalidade na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório.

- Questão dos autos limitada à discussão acerca do índice adotado na atualização do precatório complementar, devendo o acórdão ser mantido, porquanto não se aplica o citado precedente ao caso, não sendo o caso de retratação.

- A apresentação da conta de liquidação em Juízo não faz cessar a mora do devedor, pois não há qualquer dispositivo legal a estipular que a elaboração da conta configure causa interruptiva da fluência dos juros, de modo a permitir que incidam no aludido interregno.

- Pertinente, portanto, a expedição de ofício requisitório complementar para pagamento dos juros moratórios incidentes no período compreendido entre a data da conta homologada e a da expedição do precatório inicial. Entendimento em consonância com as teses fixadas no RE nº 579.431.

- Juízo de retratação positivo, para dar parcial provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu, em juízo de retratação positivo, dar parcial provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

Com fundamento no art. 1.040, II, do Código de Processo Civil, a e. Vice-Presidência deste Tribunal restitui estes autos para eventual juízo de retratação de acórdão desta e. Nona Turma, em razão de possível dissonância da decisão recorrida com o entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE n. 870.947 – Tema 810, bem como no RE 579.431 – Tema 96.

Destaca-se a interposição de recursos excepcionais pela parte autora e o julgamento final dos temas acima citados pela Corte Suprema.

Em síntese, o relatório.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

Trata-se de aplicação da exegese esposada pelo c. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.947, bem como do Recurso Extraordinário n. 579.431, com respaldo no art. 1.040, II, do Código de Processo Civil.

No tocante ao modo de incidência de correção monetária, importante frisar que a atualização da condenação imposta ao ente autárquico ocorre em dois momentos distintos.

No primeiro, a atualização ocorre pelos índices legalmente estabelecidos aos benefícios previdenciários, salvo se o título exequendo determinar de outra forma, até a data da elaboração da conta de liquidação.

O segundo momento compreende o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório/RPV e o efetivo pagamento.

E, no julgamento do RE 870.947 pelo STF, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 foi objeto de pronunciamento expresse pela Suprema Corte quanto a sua constitucionalidade na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório.

Não obstante, a discussão acerca da inconstitucionalidade da correção monetária pela TR quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório/RPV e o efetivo pagamento foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, permitindo a aplicação da TR entre 29/06/2009 e 25/03/2015.

Deste modo, quanto à discussão acerca do índice adotado na atualização do requisitório complementar, o acórdão deve ser mantido, porquanto não aplicável o citado precedente ao caso (RE 870.947), não sendo o caso de retratação.

De outro giro, no que tange ao termo final da incidência dos juros moratórios, sobre a matéria, esta não comporta maiores digressões, encontrando-se definitivamente solvida ao cabo do julgamento do RE 579431-8/RS, concluído em 19/04/2017, tendo sido fixada a tese de repercussão geral no sentido de que *“incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”*, nos termos do divulgado no Informativo STF nº 861, de 10 a 21 de abril de 2017:

“RPV e juros moratórios- 2

Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório .”

Com base nesse entendimento, o Plenário, em conclusão, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a incidência dos juros de mora no período supracitado - v. Informativo 805.

O Colegiado afirmou que o regime previsto no art. 100 da Constituição Federal (CF) consubstancia sistema de liquidação de débito, que não se confunde com moratória. A requi-

sição não opera como se fosse pagamento nem faz desaparecer a responsabilidade do devedor. Assim, enquanto persistir o quadro de inadimplemento do Estado, devem incidir os juros da mora. Portanto, desde a citação - termo inicial firmado no título executivo - até a efetiva liquidação da Requisição de Pequeno Valor (RPV), os juros moratórios devem ser computados, a compreender o período entre a data da elaboração dos cálculos e a da requisição.

Segundo o Colegiado, a Súmula Vinculante 17 não se aplica ao caso, pois não cuida do período de 18 meses referido no art. 100, § 5º, da CF, mas sim 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 foi superado pela Emenda Constitucional 62/2009, que excluiu o § 12 ao art. 100 da CF.

A Corte enfatizou que o sistema de precatório, a abranger as RPVs, não pode ser confundido com moratória, razão pela qual os juros da mora devem incidir até o pagamento do débito. Comprovada a mora da Fazenda até o efetivo pagamento do requisitório, não há 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, entrou em vigor a Lei 11.960/2009, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.494/1997. A norma prevê a incidência dos juros para compensar a mora nas condenações impostas à Fazenda até o efetivo pagamento. Não há, portanto, fundamento constitucional ou legal a justificar o afastamento dos juros da mora enquanto persistisse a inadimplência do Estado.

Ademais, não procede a 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 Emenda Constitucional 37/2002. Há precedentes do Supremo Tribunal Federal a consignar a dispensa da expedição de requisitório complementar - mesmo nos casos de precatório - quando houvesse erro material, inexatidão dos cálculos do precatório ou substituição, por força de lei, do índice empregado.

Também é insubsistente o argumento de que o requisitório deve ser corrigido apenas monetariamente, ante a parte final da regra do art. 100, § 1º, da CF, na redação conferida pela Emenda Constitucional 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”. (RE 579431/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.4.2017” (Informativo do STF 861, divulgado em 02/05/2017)

Confira-se a ementa do julgado, publicada no DJe 145 em 30/06/2017:

“JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO . Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”.

Por derradeiro, acrescente-se que o STF já afastou a possibilidade de modulação do pronunciamento em tela, rejeitando os embargos de declaração opostos, tendo sido certificado o trânsito em julgado em 16/08/2018. Eis a ementa do acórdão:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INEXISTÊNCIA DE VÍCIO - DESPROVIMENTO. Inexistindo, no acórdão formalizado, qualquer dos vícios que respaldam os embargos de declaração - omissão, contradição, obscuridade ou erro material -, impõe-se o desprovemento. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - MODULAÇÃO DE PRONUNCIAMENTO. Descabe modular pronunciamento quando ausente alteração de jurisprudência dominante - art. 927, § 3º, do

Código de Processo Civil. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ART. 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no art. 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.” (RE 579431 ED-RS - Ministro Relator Marco Aurélio, DJE 22/06/18).

No caso em tela, verifica-se a decisão agravada, assim dispôs:

“... De rigor, portanto, afastar o cabimento dos juros de mora, para efeito de execução complementar, a partir da data da conta homologada até o efetivo pagamento do ofício precatório expedido, independentemente de sua expedição ou inclusão na proposta orçamentária, aplicando-se a mesma orientação às requisições de pequeno valor - RPV, consoante a jurisprudência desta Corte e do E. Supremo Tribunal Federal ...”

Portanto, esta merece reparos, para determinar a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data dos cálculos e a da expedição do precatório/RPV, em consonância ao quanto disposto no RE 579.431.

Posto isso, em *juízo de retratação positivo*, com fundamento no art. 1.040, II, do CPC, dou parcial provimento ao agravo interno, para determinar a incidência de juros de mora nos moldes do RE 579.431. No mais, resta mantido o deliberado por esta e. Nona Turma, no julgado precedente.

Determino o retorno dos autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência para as providências cabíveis.

É o voto.

Desembargador Federal BATISTA GONÇALVES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0008721-57.2016.4.03.0000

Agravantes: GILBERTO GARCIA E GABRIEL DA ROCHA RIBEIRO
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2021

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPEDEM O DESTAQUE DA VERBA HONORÁRIA. RECURSO IMPROVIDO.

I – O art. 20, da Resolução nº 405/2016, do Conselho da Justiça Federal, prevê a possibilidade de o advogado destacar do montante da condenação, o valor dos honorários contratuais, *in verbis*: “Caso o advogado pretenda destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, deverá juntar aos autos o respectivo contrato antes da elaboração do requisitório, não sendo admitido o requerimento de destaque de honorários no âmbito do tribunal.”

II- Contudo, no presente caso, observa-se que o “*contrato particular de prestação de serviços*” foi celebrado diretamente entre o agravante e “*Silvia Helena da Silva*”, não participando do ato o autor Gabriel da Rocha Ribeiro – mediante a devida representação por sua curadora Silvia Helena da Silva.

III- Ademais, é possível observar que o contrato prevê que “*o CONTRATANTE pagará ao Contratado, o valor de um salário mínimo, e mais 30% (trinta por cento) sobre os valores a ser recebidos no final*”, de forma que o ajuste excede ao limite previsto na tabela da OAB.

IV- Desta forma, em vista das circunstâncias do caso concreto, descabe atender ao pleito de destaque de 30% (trinta por cento) do valor depositado, devendo eventual debate com relação aos honorários contratuais ser promovido pelas vias próprias, na medida em que a matéria desborda dos limites do objeto da demanda de Origem.

V- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Gilberto Garcia contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Garça/SP que, nos autos do processo nº 0002341-61.2012.8.26.0201, determi-

nou a expedição de alvará, em separado, para o levantamento de honorários contratuais, com limitação a 20% (vinte por cento) do valor depositado nos autos, em favor da parte autora.

O agravante, patrono que representa a autora nos autos subjacentes, alega que os honorários contratuais foram definidos em 30% (trinta por cento) sobre o valor econômico da demanda, o que se encontra em conformidade com a tabela da OAB. Aduz que, por força de tutela antecipada, a segurada recebeu o benefício entre maio/2013 e fevereiro/2015 (trânsito em julgado), sendo que os valores depositados nos autos dizem respeito apenas às prestações vencidas anteriormente.

Requer o provimento do recurso para seja determinada a expedição de alvará, em separado, relativo a 30% (trinta por cento) do valor depositado nos autos.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Intimado (doc. nº 106.859.299, p. 55), o agravado não ofereceu resposta.

Por se tratar de demanda que envolve o interesse de pessoa incapaz, o MPF apresentou parecer, opinando pelo provimento do recurso (doc. nº 106.859.299, p. 61/67).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): O art. 20, da Resolução nº 405/2016, do Conselho da Justiça Federal, prevê a possibilidade de o advogado destacar do montante da condenação, o valor dos honorários contratuais, *in verbis*: “Caso o advogado pretenda destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, deverá juntar aos autos o respectivo contrato antes da elaboração do requisitório, não sendo admitido o requerimento de destaque de honorários no âmbito do tribunal.”

Nos termos do referido dispositivo, esta Oitava Turma tem adotado o entendimento no sentido de possibilitar o destaque dos honorários contratuais, conforme precedente que ora reproduzo:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESOLUÇÃO N. 405/2016 DO CJF. DESTAQUE E REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR PERMITIDOS. PROVIMENTO DO RECURSO. É atribuída ao advogado a qualidade de beneficiário do montante apurado a título de honorários advocatícios contratuais, dada a natureza alimentar do crédito (artigos 18 e 19 da Res. 405/2016 do CJF), de modo a possibilitar a requisição correlata com destaque do principal, quando anexado aos autos respectivo contrato antes da elaboração do requisitório, mas sem considerar a aludida verba parte integrante do valor devido ao credor. Agravo de instrumento provido.”

(AI nº 0001948-59.2017.4.03.0000, Rel. Des. Federal David Dantas, j. 02/10/2017, v.u.)

Contudo, no presente caso, observo que o “*contrato particular de prestação de serviços*” foi celebrado diretamente entre o agravante e “*Silvia Helena da Silva*”, não participando do ato, o autor Gabriel da Rocha Ribeiro – mediante a devida representação por sua curadora Silvia Helena da Silva (doc. nº 106.859.299, p. 39).

Ademais, é possível observar que o contrato prevê que “*o CONTRATANTE pagará ao Contratado, o valor de um salário mínimo, e mais 30% (trinta por cento) sobre os valores a*

ser recebidos no final” (doc. 106.859.299, p. 39). Ou seja, além da cláusula *ad exitum*, o contratado também se vê obrigado a pagar o valor de um salário mínimo já no início da demanda, de forma que o ajuste excede ao limite previsto na tabela da OAB. Neste sentido, destaco os seguintes precedentes desta E. Oitava Turma:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERCENTUAL SUPERIOR AO DA TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB.

- Nos termos do artigo 22, § 4º do Estatuto da Advocacia, é possível a execução dos honorários contratuais nos próprios autos, desde que o advogado faça juntar o contrato firmado com a parte em momento anterior à expedição do mandado de levantamento ou do precatório.

- Ainda que vigore a autonomia da vontade entre as partes contratantes, o certo é que existem limites preconizados pela Ordem dos Advogados do Brasil no tocante aos honorários avençados para propositura de demandas previdenciárias.

- *O montante cobrado a título de honorários deve situar-se nos limites da tabela de honorários da OAB/SP, ou seja, até 30% (trinta por cento) sobre o valor bruto efetivamente recebido ao final da ação.*

- O contrato firmado entre as partes, no qual restou estabelecida a remuneração correspondente a 40% (quarenta por cento) sobre o total apurado em liquidação de sentença, não atende ao princípio da razoabilidade, sobretudo, em casos como o vertente, tendo em vista a presumida hipossuficiência da parte assistida, e em se tratando de verba de natureza alimentar.

- *Eventuais questionamentos acerca do adimplemento do contrato devem ser dirimidos no juízo competente, em processo próprio, já que é estranha a esse feito a discussão sobre honorários advocatícios contratados entre a parte e seu advogado.*

- Agravo de instrumento não provido.”

(AI nº 5008035-72.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Diva Malerbi, v.u., j. 23/10/2019, DJe 29/10/2019, grifos meus)

“PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERCENTUAL SUPERIOR AO DA TABELA DE HONORÁRIOS DA OAB. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- É atribuída ao advogado a qualidade de beneficiário do crédito apurado (honorários advocatícios contratuais), considerado de natureza alimentar, de modo a possibilitar sua requisição e pagamento.

- *O montante cobrado a título de honorários deve situar-se nos limites da tabela de honorários da OAB/SP – ‘30% (trinta por cento) sobre o valor bruto efetivamente recebido ao final da ação’, sendo certo que questionamentos atinentes ao adimplemento contratual propriamente dito e seu reflexo na verba honorária correlata transcendem os limites cognitivos da demanda e podem ser discutidos pela via própria, se o caso.*

- Recurso desprovido.”

(AI nº 5018323-16.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. David Dantas, v.u., j. 29/01/2019, DJe 31/01/2019, grifos meus)

Desta forma, em vista das circunstâncias do caso concreto, descabe atender ao pleito de destaque de 30% (trinta por cento) do valor depositado, devendo eventual debate com relação aos honorários contratuais ser promovido pelas vias próprias, na medida em que a matéria desborda dos limites do objeto da demanda de Origem.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5010868-34.2017.4.03.0000

Agravante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Agravados: COLACO REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS S/C LTDA - ME, JOSÉ APARECIDO COLACO E ZORAIDE ZAMPERLIN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 14/01/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM OBJETO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO EM OUTRO PROCESSO. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO PROVIDO.

- A Súmula 242 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece: “O bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o devedor fiduciário”.

- Nesse sentido, não obstante o bem alienado fiduciariamente não possa ser constrito, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento segundo o qual o credor tem o direito de obter a penhora sobre os direitos do devedor fiduciante, decorrente de contrato de alienação fiduciária para aquisição de veículo quando, devidamente citado, deixar de pagar ou nomear bens à penhora.

- No caso concreto, após inúmeras tentativas de penhora do patrimônio dos executados. Constatada a existência de veículo em nome do devedor, submetido a financiamento bancário, foi solicitada a penhora, contudo indeferida, ao fundamento de que já havia restrição anteriormente anotada no RENAJUD.

- Portanto, a existência de outra restrição realizada por juízo cível em cobrança de débito que certamente não tem preferência sobre o de natureza tributária não impede, por si só, a penhora requerida pela exequente.

- Nesse contexto, cumpre salientar, que não há impedimento para que, a teor do disposto no artigo 11, inciso VIII, da Lei n. 6.830/80, seja viabilizada a constrição sobre os direitos do executado decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Ressalte-se que não há restrição quanto à realização de leilão relativamente às parcelas já pagas, informação que deve constar do edital da hasta pública, porquanto somente leiloados tais direitos e não o bem alienado, de forma que descabida a remoção do bem, o qual não será penhorado, mas apenas os direitos que sobre ele recaírem. Caso haja o cumprimento integral do contrato, mediante o pagamento de todas as parcelas, a penhora pode, a pedido da parte interessada, incidir sobre o bem propriamente dito.

- Agravo de instrumento provido, para determinar que sejam penhorados os direitos do coexecutado José Aparecido Colaço decorrentes do contrato de alienação fiduciária para a aquisição do veículo indicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para deter-

minar que sejam penhorados os direitos do coexecutado José Aparecido Colaço decorrentes do contrato de alienação fiduciária para a aquisição do veículo indicado no id 792064, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela UNIAO FEDERAL contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a penhora sobre veículo requerida, ao fundamento de que o bem tem restrição de licenciamento perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE.

Aduz, em síntese, que é permitida a penhora de direitos do executado e que a propriedade do bem alienado fiduciariamente foi comprovada. Por fim, sustenta que o caso dos autos não se trata de hipótese abarcada pelo artigo 833 do CPC.

Sem contraminuta (id 1148150).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

Dispõem os artigos 11 da Lei nº 6.830/80 e 835, XII, do CPC/73:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

- I - dinheiro;
- II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III - pedras e metais preciosos;
- IV - imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

“Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - veículos de via terrestre;
- V - bens imóveis;
- VI - bens móveis em geral;
- VII - semoventes;
- VIII - navios e aeronaves;
- IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.”

A Súmula 242 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece:

“O bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de penhora nas execuções ajuizadas contra o devedor fiduciário”.

Nesse sentido, não obstante o bem alienado fiduciariamente não possa ser constricto, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento segundo o qual o credor tem o direito de obter a penhora sobre os direitos do devedor fiduciante, decorrente de contrato de alienação fiduciária para aquisição de veículo quando, devidamente citado, deixar de pagar ou nomear bens à penhora , *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PENHORA SOBRE OS DIREITOS E AÇÕES DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. POSSIBILIDADE.

1. (...)

2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora , nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de ‘direitos e ações’. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06).” (REsp 910.207/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.10.2007)

3. Recurso especial parcialmente provido.

(RESP 200800891043, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:02/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE . PENHORA . POSSIBILIDADE.

1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor-executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento. Entretanto é possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no respectivo contrato. Precedentes.

2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora , nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que permite a constrição de “direitos e ações”. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06).

3. Recurso especial provido. ..EMEN:

(RESP 200602736428, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:25/10/2007 PG:00159 ..DTPB:.)

O posicionamento deste tribunal não destoa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE DIREITOS DO FIDUCIANTE REPRESENTADAS PELAS PARCELAS QUITADAS DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência tem decidido que não é possível a penhora sobre bens alienados fiduciariamente, tendo em vista que não pertencem ainda ao executado, mas sim à instituição que efetuou o financiamento.

2. Não obstante, admite-se que tal penhora recaia sobre os direitos do fiduciante, representados pelas parcelas já pagas do contrato de alienação fiduciária.

3. Dessa forma, não há necessidade de se aguardar a liberação da alienação fiduciária junto ao credor para que seja realizado leilão, uma vez que o objeto da hasta pública seria, justamente, os referidos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária, devendo tal constar do edital de leilão.

4. Possibilidade de penhora sobre os direitos do devedor fiduciante, representados pelas parcelas já pagas dos contratos de alienação fiduciária relativos aos veículos descritos nos extratos dos autos originários.

5. Agravo de instrumento provido.

(AI 00302126220124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2013)

No caso concreto, após inúmeras tentativas de penhora do patrimônio dos executados (ids 792028, 792034, 792048 – Pág. 03/04). Constatada a existência de veículo em nome do devedor, submetido a financiamento bancário, foi solicitada a penhora, contudo indeferida, ao fundamento de que já havia restrição anteriormente anotada no RENAJUD (id 792068).

Nesse ponto, dispõem os artigos 186 e 187 do Código Tributário Nacional:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)
(...)

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III - Municípios, conjuntamente e pró rata.”

Portanto, a existência de outra restrição realizada por juízo cível em cobrança de débito que certamente não tem preferência sobre o de natureza tributária não impede, por si só, a penhora requerida pela exequente (id 792064).

Nesse contexto, cumpre salientar, que não há impedimento para que, a teor do disposto no artigo 11, inciso VIII, da Lei n. 6.830/80, seja viabilizada a constrição sobre os direitos do executado decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Ressalte-se que não há restrição quanto à realização de leilão relativamente às parcelas já pagas, informação que deve constar do edital da hasta pública, porquanto somente leiloados tais direitos e não o bem alienado, de forma que descabida a remoção do bem, o qual não será penhorado, mas apenas os direitos que sobre ele recaírem. Caso haja o cumprimento integral do contrato, mediante o pagamento de todas as parcelas, a penhora pode, a pedido da parte interessada, incidir sobre o bem propriamente dito.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, para determinar que sejam penhorados os direitos do coexecutado José Aparecido Colaço decorrentes do contrato de alienação fiduciária para a aquisição do veículo indicado no id 792064.

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

0000430-27.2018.4.03.6102

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Apelada: OPS PARTICIPAÇÕES EIRELI
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/01/2021

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185 DO CTN. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. ALIENAÇÃO POR PESSOA ALHEIA À DEMANDA EXECUTIVA. HIPÓTESE DE VENDA SUCESSIVA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ QUE MILITA EM FAVOR DO ADQUIRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CRITÉRIOS. ART. 85, § 3º E 5º, DO CPC/2015, COM INCIDÊNCIA DO § 8º, DO MESMO ARTIGO, NA HIPÓTESE DE VALOR IRRISÓRIO OU EXCESSIVO.

1. A E. Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, em 10/11/2010 (pela sistemática do art. 543-C, do CPC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 19/11/2010), consolidou entendimento de que para o reconhecimento de fraude à execução ocorrida antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a alienação do bem deve ter ocorrido após a citação do executado, independentemente da prévia averbação de penhora ou da prova de *concilium fraudis*, sendo que, posteriormente à 09/06/2005, isto é, subsequentemente à vigência do referido diploma legal, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal depois da inscrição do crédito tributário na dívida ativa, não se aplicando às execuções fiscais a Súmula nº 375 do STJ.

2. Os documentos juntados aos autos demonstram que o embargante adquiriu os imóveis penhorados na execução fiscal subjacente de terceira pessoa alheia à demanda executiva, e sem que houvesse anotação de qualquer ônus ou gravame sobre o bem, quando da transação. Entretanto, na data da primeira alienação, em que figurou como vendedora, a executada, esta já havia sido validamente citada nos autos da execução fiscal. Assim, à vista da orientação jurisprudencial do C. STJ, no âmbito do recurso repetitivo mencionado, tal alienação teria se dado em fraude à execução, acarretando a ineficácia das transações seguintes.

3. Todavia, nas hipóteses de sucessivas alienações, há de se atentar para os limites dos efeitos jurídicos da declaração de ineficácia da alienação de bens do devedor, porquanto a alienação não se dá pelos coexecutados ou corresponsáveis, ou seja, a alienação não é procedida pelo “*sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, por crédito regularmente inscrito como dívida ativa*”, mas sim por terceiro, que nada tem a ver com o débito cobrado na execução fiscal, não havendo que se falar, nessa situação, da infração de que trata o artigo 185 do CTN, ao qual se aplica o julgado proferido pelo C. STJ, nos autos do REsp nº 1.141.990/PR.

4. O vício da fraude à execução, de que trata o artigo 185 do CTN, atinge apenas a transferência patrimonial procedida pelo devedor tributário, não eventuais alienações sucessivas do bem a terceiros de boa-fé.

5. Não se pode conceber que qualquer aquisição de bens, por quem quer que seja, a qualquer tempo, e independentemente do número de sucessivas alienações, possa ser considerada ilegítima e ineficaz perante a Fazenda Pública, sem que se afira acerca da boa-fé desse terceiro adquirente do bem.

6. O princípio da boa-fé, assim como o da segurança jurídica, são normas gerais que sobrepõem todo o ordenamento jurídico, com assento constitucional, inclusive, devendo ser aplicadas nas alienações realizadas subsequentemente àquela primeira efetivada pelo devedor responsável tributário, somente se tornando ineficaz se a Fazenda demonstrar ocorrência de alienações de má-fé, ou seja, que o terceiro adquirente do bem tinha conhecimento da origem fraudulenta da execução.

7. Ainda que não se exija comprovação de má-fé no reconhecimento da fraude à execução na alienação feita pelo devedor, hipótese estrita prevista no artigo 185, do CTN, essa não pode se estender infinitamente, por falta de previsão legal e pelos princípios acima mencionados, sob pena de afetar direito de terceiros, alheios à execução, diante da inércia da exequente, o que importaria no contrassenso de privilegiar a negligência em desfavor de atos praticados legitimamente por terceiros.

8. Não havendo nos autos prova de que a aquisição dos imóveis objeto destes embargos foi fruto de conluio fraudulento entre o alienante e o ora apelado (embargante) tendente a frustrar o êxito do executivo fiscal, presume-se em favor destes a boa-fé por eles alegada, não se aplicando o disposto no art. 185 do CTN.

9. Resta obstada a análise da alegação da apelante no sentido de que a adquirente do imóvel diretamente da executada era filha de ex-sócia da empresa devedora, no período de ocorrência dos fatos geradores do débito, nos termos do art. 1.014 do CPC/2015 (equivalente ao art. 517 do CPC/1973) *“As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”*

10. Nos termos do art. 85, do CPC/2015, para fixação da verba honorária em face da Fazenda Pública, o julgador deverá avaliar *“o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”* (incisos I a IV do § 2º), porém dentro dos limites consignados no § 3º, observando o escalonamento previsto no § 5º, ambos do mesmo artigo, de acordo com o valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora, ou, sobre o valor atualizado da causa.

11. Isso significa que, em nenhuma hipótese, é possível afastar os parâmetros percentuais e valorativos mínimos e máximos estabelecidos para as demandas envolvendo a Fazenda Pública, tendo em vista a escala de valores criada pela legislação processual em vigor.

12. Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem abrandando a aplicação do art. 85, § 3º, do CPC, a fim de evitar o enriquecimento ilícito ou desproporcional, mediante interpretação conjunta o § 8º, do mesmo artigo, ao fundamento de embora aludida norma tenha disciplinado o estabelecimento objetivo dos honorários advocatícios, de forma clara, esta não deve ser interpretada de forma literal, mas em conjunto com o ordenamento jurídico.

13. Assim, existindo valor inestimável ou irrisório, de um lado, ou, importância exorbitante, de outro, pode a fixação dos honorários advocatícios ser feita por apreciação equitativa do Juízo, sendo possível seu arbitramento tomando-se como base o valor da condenação, o valor do proveito econômico, ou, não sendo possível determiná-los, o valor atualizado da causa atualizado, considerando-se ainda o grau de zelo profis-

sional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogados e o tempo exigido para o seu serviço (CPC/2015, art. 85, § 2º). 14. No caso, tendo em vista o valor dado à causa, não se trata de valor inestimável, nem importância que pode ser tida como irrisória ou excessiva de modo a justificar o estabelecimento dos honorários advocatícios por apreciação equitativa (§ 8º, do art. 85, do CPC). Desse modo, tendo em vista o trabalho despendido pelos causídicos, e respeitado o princípio da razoabilidade, que se constitui diretriz de bom-senso aplicada ao Direito, a fim de que se mantenha um perfeito equilíbrio entre o encargo ostentado pelos defensores e a onerosidade ao erário, impõe-se a redução dos honorários advocatícios fixados na sentença, para adequação aos critérios previstos nos §§ 3º e 5º, do art. 85, do CPC.

15. Apelação da União Federal provida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de terceiro, com pedido liminar, opostos por OPS PARTICIPAÇÕES EIRELI em face da União Federal – Fazenda Nacional, visando a desconstituição da constrição e o cancelamento/revogação da decisão que reconheceu a ocorrência de fraude à execução e ineficácia da alienação dos imóveis matriculados sob nºs. 18 e 19 do 2º CRI de Ribeirão Preto/SP, nos autos da execução fiscal nº 0010593-33.1999.403.6102, promovida pela embargada em desfavor de “PETROL Com. Importação e Exportação Ltda.”, Flavio Henrique Andreato, Francisco Antonio Machado Filho e “C. R. do Brasil Ltda.”.

Sustenta, em síntese, ser legítima proprietária dos citados imóveis, os quais adquiriu em 30/08/2013, através de escritura pública de compra e venda, de Laercio Augusto Torre Silva, que, por sua vez, os havia adquirido, também por escritura pública de 16/10/2012, de Carla Mazzoni Ristum, averbada na respectiva matrícula em 17/12/2012.

Argumentou não ter realizado aludido negócio jurídico com a empresa executada, destacando que na época da aquisição inexistiam quaisquer restrições, ônus, penhora, ou ações em nome do vendedor, ou pendências sobre referidos bens, que pudessem invalidar o negócio jurídico, tratando-se, portanto, de adquirente de boa-fé, sendo ilegítimo, assim, ter seu patrimônio atingido por dívida que não contraiu. Afirmou que também a anterior proprietária dos imóveis, Carla Mazzoni Ristum, não possuía qualquer processo em seu nome na ocasião em que comprou os imóveis, o que se constata por certidões de distribuição da Justiça Federal. Por tais razões, invocou a aplicação da Súmula 375 do Egr. Superior Tribunal de Justiça.

Aduziu terem sido ofertados, pelos executados, bens suficientes para garantir a execução, tendo em vista que o valor superava, em muito, o montante do débito exigido, havendo, ainda, outros imóveis penhorados nos autos (matrículas nºs. 84159, 14653, 18136 e 27374,

todas do 2º CRI de Ribeirão Preto, alienados em 2015, após a decisão que decretou fraude à execução), o que afasta a necessidade de constrição de bens de sua propriedade. Deu à causa o valor de R\$ 166.960,74 (cento e sessenta e seis mil, novecentos e sessenta reais e setenta e quatro centavos) (fls. 02/40 dos autos físicos – id 35438198).

Citada, a União Federal contestou os embargos, alegando que na execução fiscal foi reconhecida a fraude à execução, possibilitando a penhora sobre os imóveis em questão. Aduziu que o pedido de reconhecimento de fraude à execução já fora deduzido em 26/04/2012, tendo sido amparado na decisão prolatada em 11/12/2006, nos autos da execução fiscal nº 1999.61.02.006182-9, constando do bojo de certidões das matrículas 18 e 19, que serviram para fundamentar o pedido, sem indicação de alienação por Carla Mazzoni Ristum.

Salientou, assim, a regularidade da constrição, uma vez que o negócio jurídico foi realizado em fraude à execução, a teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o art. 185 do CTN, tanto na redação anterior quanto posterior à alteração introduzida pela Lei Complementar nº 118/2005, conforme julgamento do REsp 1.141.990/PR, representativo de controvérsia, em cujo âmbito ficou estabelecida também a não incidência, nesses casos, da Súmula 375 da mesma Corte Superior (fls. 232/236 dos autos físicos – id 35438199).

A r. sentença recorrida, prolatada em 21/06/2018, julgou procedente o pedido, deferindo a tutela de urgência para determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre os imóveis de matrícula nºs. 18 e 19, do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto/SP, por entender que *“A fraude à execução restringe-se apenas à alienação promovida pelo executado, não podendo a declaração da ineficácia da primeira alienação atingir o terceiro de boa-fé, que adquiriu os imóveis de pessoa estranha ao executivo fiscal. E, nesse caso, deve prevalecer a boa-fé do adquirente, mormente em face da inexistência de restrições na matrícula dos imóveis à época da alienação.”* Condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios a favor da embargante, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do inc. I, do § 3º, do art. 85 do CPC, determinando, por fim, se trasladasse cópia do *decisum* para os autos da execução fiscal nº 0010593-33.1999.403.6102 (id 35438199).

A União Federal apelou, pugnando pela reforma da sentença, argumentando, em resumo que houve reconhecimento de fraude à execução na alienação dos imóveis realizada pela empresa executada, o que possibilitou a penhora dos referidos bens. Ressaltou que Carla Mazzoni Ristum que adquiriu os imóveis diretamente da executada, Petrol, é filha de Rosângela Ferraz Mazzoni Ristum, que participou do quadro societário da devedora durante o período de ocorrência dos fatos geradores do crédito tributário objeto da execução fiscal, tendo sido essa alienação que foi tida como em fraude à execução e ineficaz, abrangendo a ineficácia desse negócio jurídico toda sequência de alienações. Reiterou as alegações no sentido da aplicação do art. 185 do CTN, nos termos do entendimento jurisprudencial do STJ e não incidência do verbete sumular nº 375 daquela Corte.

Requeru também que seja desobrigada do pagamento de honorários advocatícios, uma vez que a indicação de fraude à execução em relação às alienações foi feita de boa-fé, com fulcro em decisão judicial que já havia reconhecido, em outra execução, a sua ocorrência. Porém, sendo mantida a condenação em verba honorária, pugna por sua redução, visto ser desproporcional ao caso concreto diante da pequena complexidade da questão de fundo debatida na demanda (id 35438199).

Com contrarrazões (id 35438199), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO (Relator):

No caso, discute-se a ocorrência de fraude à execução fiscal na hipótese de venda sucessiva de bem a terceiro presumidamente de boa-fé, sendo o alienante, pessoa alheia à execução em que foi decretada a constrição do bem, não existindo, ainda, registro de ônus ou gravame sobre o mesmo por ocasião da transação.

Anoto, inicialmente, que na execução fiscal subjacente objetiva-se a cobrança de dívida relativa ao não recolhimento ao PIS-Faturamento no período de 03/1996 a 07/1997, CDA nº 80.799.002411-18, inscrita na dívida ativa em 02/03/1999, no valor originário de R\$ 72.236,65 (setenta e dois mil, duzentos e trinta e seis reais e sessenta e cinco centavos (fls. 88/101, dos autos físicos - id 35438198).

Nos termos da atual redação do art. 185 do CTN, é certo que nas execuções fiscais a fraude é caracterizada quando a alienação ocorrer após a inscrição do débito em dívida ativa e se o devedor não reservar bens suficientes para o seu pagamento, sendo irrelevante a boa-fé do terceiro adquirente.

A propósito, transcrevo o dispositivo supracitado, em sua redação originária e atual:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

De outro turno, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.141.990, em 10/11/2010, DJe 19/11/2010, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao regime dos Recursos Repetitivos, afastou a aplicação da Súmula nº 375 do STJ às execuções fiscais, *consolidando o entendimento de que a alienação de bens pelo sujeito passivo, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, sem haver necessidade de registro da penhora ou mesmo diante da boa-fé do adquirente*, salvo se o negócio jurídico ocorreu antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, quando somente se considera fraudulenta a alienação ocorrida após a citação válida do devedor.

Aludido acórdão restou assim ementado, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução”.

3. A Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”

4. Consectariamente, *a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC nº 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.*

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: “O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ”. (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) “Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);”. (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) “Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005”. (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) “A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EResp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal”. (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante nº 10, verbis: “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante nº 10, do STF.

10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.”

(REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010).

No mesmo sentido, seguem julgados assim ementados:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 185 DO CTN. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. BOA-FÉ E AUSÊNCIA DE REGISTRO. IRRELEVÂNCIA. NÃO REDUÇÃO DO EXECUTADO À INSOLVÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DO EMBARGANTE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Os critérios para configuração da fraude à execução fiscal foram estabelecidos pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1141990/PR, proferido na sistemática dos recursos especiais repetitivos. *Até o advento da Lei Complementar nº 118, de 09.06.2005, o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido de que não bastava a mera distribuição da execução fiscal para configuração da fraude à execução, sendo exigida a citação válida dos devedores, salvo prova de má-fé de alienantes e adquirentes, a cargo da Fazenda Pública.* Esse entendimento se alterou apenas com a modificação promovida no artigo 185, do Código Tributário Nacional, pela mencionada Lei Complementar nº 118/05, que fez constar como exigência para a caracterização da fraude à execução tão somente a inscrição em Dívida Ativa dos créditos tributários. Contudo, essa exigência mais rigorosa aplica-se tão somente às alienações praticadas posteriormente à sua entrada em vigor, isto é, 09.06.2005.

2. No caso dos autos, o embargante adquiriu da empresa executada ALBA TURISMO LTDA, em 16/10/1995, o veículo ônibus marca SCANIA, modelo SCANIA BR 116, ano 1981, cor branca, chassi nº 3451163, RENAVAL nº 400992833, placa NW7882 (fl. 17), e registrou a transferência no DETRAN em 26/10/1995 (fl. 18). Contudo, a execução fiscal nº 2001.61.26.005429-4, na qual foi bloqueado o referido bem em 23/03/1995 (fl. 12 dos autos da execução fiscal, em apenso), já havia sido ajuizada em 01/02/1995 (fl. 02 dos autos da execução fiscal, em apenso) contra a pessoa jurídica devedora ALBA TURISMO LTDA, visando a cobrança de contribuições. A empresa executada foi citada por oficial de justiça em 23/03/1995 (fl. 11 dos autos da execução fiscal, em apenso).

3. Não há que se cogitar, ademais, da verificação da boa-fé do adquirente, tendo em vista a redação original do art. 185 do Código Tributário Nacional e o entendimento de que a presunção de fraude à execução deste artigo é absoluta, conforme o julgamento acima transcrito.

4. No mais, não há provas nos autos no sentido de que a alienação do bem penhorado não tenha reduzido o executado à insolvência, isto é, que o executado possuía rendas ou bens reservados e suficientes à garantia da dívida. Assim, o embargante, ora apelado, não produziu a prova que poderia afastar a presunção de fraude à execução e, portanto, a ineficácia da penhora, nos termos do parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional.

5. Encontram-se preenchidas todas as condições estipuladas em lei e consagradas no entendimento jurisprudencial a respeito da configuração da fraude à execução.

6. Assim, a sentença merece ser reformada para julgar improcedentes os presentes embargos de terceiro, determinando a ineficácia da alienação do ônibus em questão e a validade da penhora efetivada sobre ele nos autos da execução fiscal nº 2001.61.26.005429-4 e, em decorrência da procedência do recurso de apelação, o ônus sucumbencial deve ser invertido.

7. Recurso de apelação da União provido, para determinar a ineficácia da alienação do veículo ônibus marca SCANIA, modelo SCANIA BR 116, ano 1981, cor branca, chassi nº 3451163, RENAVAM nº 400992833, placa NW7882 e a validade da penhora efetivada sobre ele nos autos da execução fiscal nº 2001.61.26.005429-4, bem como para inverter o ônus sucumbencial, nos termos do voto.”

(TRF3, AC nº 1387207, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, e-DJF3 Judicial 1 01/06/2016)

“PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM MÓVEIS. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Embora a titularidade do automóvel constasse em nome do agravado quando da citação do executivo fiscal, a transferência do bem móvel ocorre somente com a tradição e não com o registro junto ao órgão competente (inteligência dos arts. 1.226 e 1.267 do Código Civil) que apenas induz à presunção iuris tantum da propriedade, que pode ser elidida mediante prova da alienação.

2. Para a caracterização de fraude à execução faz-se mister que a alienação do bem tenha ocorrido após a concretização da citação válida do devedor, que não é o caso dos autos.”

(TRF4, AG nº 200504010275159, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, DJ 03/11/2005, pág. 521)

In casu, constata-se dos elementos constantes dos autos que a execução fiscal subjacente, foi distribuída em 17/09/1999 (fls. 80, 84 e 88/101 dos autos físicos – id 35438198), e a executada “PETROL COM. IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.”, citada por AR (fls. 133), compareceu aos autos para oferecer bens à penhora em 15/12/1999, o qual não foi aceito pela exequente (fls. 105/106 e 109 dos autos físicos). Conclui-se, portanto, que a citação antecedeu à vigência da Lei Complementar nº 118/05.

A alienação dos imóveis (matrículas nºs. 18 e 19 do 2º CRI de Ribeirão Preto/SP) à ora embargante deu-se em 28/08/2013, por escritura pública de venda e compra, figurando como vendedor, *Laercio Augusto Torres Silva* (fls. 56/57 dos autos físicos – id 35438198), que havia adquirido aludido bem em 19/10/2012, de Carla Mazzoni Ristum, que, por sua vez, o comprou da empresa PETROL, em 31/08/2001, conforme se vê das certidões das matrículas expedidas em setembro/2013.

Consoante se vê da sentença foi essa primeira alienação, entre a executada PETROL e Carla Mazzoni, que foi declarada ineficaz por ter ocorrido em fraude à execução, nos autos da execução fiscal nº 1999.61.02.010593-6.

Nesse contexto, tendo em vista a orientação do C. STJ no julgamento do REsp nº 1.141.990/PR, retro destacado, constata-se que a transação do imóvel efetivada entre a empresa PETROL e Carla Mazzoni Ristum, aos 31/08/2001, teria ocorrido em fraude à execução, uma vez que sucedeu à citação válida daquela na execução fiscal subjacente.

Entretanto, conforme salientou o Magistrado sentenciante, nestes autos discute-se a validade de alienação feita por terceiro não integrante do feito executivo.

De fato, o conjunto probatório carreado pela autora comprova a aquisição dos imóveis de terceira pessoa sem nenhuma relação com a referida execução fiscal, ou seja, a embargante não comprou tais bens de integrante do polo ativo da demanda executiva, e mais, não existia à época da alienação qualquer restrição ou gravame registrado na matrícula do imóvel, conforme se extrai das certidões das matrículas emitidas em 03/09/2013 (id 35438198).

Nessas hipóteses, há que se tecer outra ordem de considerações, aplicáveis para as situações em que se verificam sucessivas alienações do bem.

Com efeito, nesses casos de sucessivas alienações, há de se atentar para os limites dos efeitos jurídicos da declaração de ineficácia da alienação de bens do devedor, porquanto a alienação não se dá pelo executados, coexecutados ou corresponsáveis, ou seja, a alienação não é procedida pelo *“sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, por crédito regularmente inscrito como dívida ativa”*, mas sim por terceiro, que nada tem a ver com o débito cobrado na execução fiscal, não havendo que se falar, nessa situação, da infração de que trata o artigo 185 do CTN, ao qual se aplica o julgado proferido pelo C. STJ, nos autos do REsp nº 1.141.990/PR.

O vício da fraude à execução, de que trata o artigo 185 do CTN, atinge apenas a transferência patrimonial procedida pelo devedor tributário, não eventuais alienações sucessivas do bem a terceiros de boa-fé.

Em casos de alienações de bens pelos devedores, a Fazenda Pública credora deve exercer a defesa de seu crédito com a devida diligência, promovendo as garantias que lhe são conferidas pela lei de modo a não afetar direitos de terceiros.

Sua eventual negligência no exercício de seus direitos, garantias e prerrogativas não pode prejudicar terceiros, sob pena de clara violação ao princípio da segurança jurídica.

Ora, não se pode conceber que qualquer aquisição de bens, por quem quer que seja, a qualquer tempo, e independentemente do número de sucessivas alienações, possa ser considerada ilegítima e ineficaz perante a Fazenda Pública, sem que se afira acerca da boa-fé desse terceiro adquirente do bem.

O princípio da boa-fé, assim como o da segurança jurídica, são normas gerais que sobrepõem todo o ordenamento jurídico, com assento constitucional, inclusive, devendo ser aplicadas nas alienações realizadas subsequentemente àquela primeira efetivada pelo devedor responsável tributário, somente se tornando ineficaz se a Fazenda demonstrar ocorrência de alienações de má-fé, ou seja, que o terceiro adquirente do bem tinha conhecimento da origem fraudulenta da execução.

O ônus dessa prova é da Fazenda, posto que a fraude não se presume, sem que haja expressa previsão normativa.

Em síntese, em hipóteses que tais, de sucessivas alienações, prevalece o direito do terceiro de boa-fé sobre o direito da credora que foi negligente na defesa de suas prerrogativas legais, decorrência lógica, também, dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em última análise, nessas situações de responsabilidade tributária, o devedor já fraudou o fisco com a sonegação dos tributos executados e, assim, não se pode esperar que o mesmo ofereça, passivamente, seus bens para saldar sua dívida, devendo o Fisco diligenciar na defesa das garantias de seus créditos, pelos meios judiciais e extrajudiciais postos à sua disposição pelo ordenamento legal, sem causar prejuízos a qualquer outro cidadão que nada tenha a ver com a questão jurídica.

Dessa maneira, entendo que, ainda que não se exija comprovação de má-fé no reconhecimento da fraude à execução na alienação feita pelo devedor, hipótese estrita prevista no artigo 185, do CTN, essa não pode se estender infinitamente, por falta de previsão legal e pelos princípios acima mencionados, sob pena de afetar direito de terceiros, alheios à execução, diante da inércia da exequente, o que importaria no contrassenso de privilegiar a negligência em desfavor de atos praticados legitimamente por terceiros.

Assim, não havendo prova nos autos de que a compra dos bens imóveis tenha sido fruto de conluio fraudulento entre a alienante e a ora embargante, tendente a frustrar o êxito do executivo fiscal, do qual, aliás, referido vendedor sequer é parte ativa, presume-se em favor da embargante a boa-fé por ela alegada, não se aplicando o disposto no art. 185 do CTN.

Saliente-se, por oportuno, que a aquisição dos imóveis pela embargante se deu em 30/08/2013, tendo sido averbada, respectivamente, nos R.13 e R.14 das matrículas nºs. 18 e 19, antes que a Fazenda Nacional providenciasse a anotação da decretação de ineficácia da alienação à Carla Mazzoni Ristum, pois, conforme se infere das certidões trazidas pela embargante, emitidas em 03/09/2013, as averbações anteriores aos citados registros se referem à aquisição feita exatamente por Laercio Augusto Torres Silva (R. 12/18 e R 13/19), o que ratifica a presunção de boa-fé do embargante.

No mais, a teor do art. 1.014 do CPC/2015 (correspondente ao art. 517 do CPC/1973), “*As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.*”

Na espécie, ao apresentar sua contestação (id 35438199), a União Federal não teceu qualquer manifestação acerca do fato de ser a adquirente do imóvel, Carla Mazzoni Ristum, filha de Rosângela Ferraz Mazzino Ristum, que fora sócia da empresa executada PETROL durante o período de ocorrência dos fatos geradores do débito em cobrança no executivo fiscal subjacente.

Enfim, aludida questão de fato, proposta no apelo, não foi apresentada ao juízo de primeiro grau, o que obsta sua análise em sede de apelação, se a parte não comprovar que deixou de propô-la na impugnação por motivo de força maior, não se tratando, ademais, de fato novo que sobreveio à prolação da sentença.

A esse respeito, julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. JULTADA DE PROVA PELO FISCO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 517 DO CPC. AUSÊNCIA DE MOTIVO DE FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.

1. A alegada violação ao art. 535, II do CPC não ocorreu. A lide foi resolvida nos limites propostos e com a devida fundamentação, tanto no Juízo de piso como no Tribunal de Apelação. As questões postas a debate foram decididas; não houve qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Ademais, o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada; encontrando motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o Órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado.

2. O Tribunal de origem agiu de forma escorreita ao ponderar que o recorrente não demonstrou qualquer motivo de força maior que justificasse a juntada extemporânea da prova da intimação por edital, nos termos do art. 517 do CPC, não se tratando, ainda, de fato novo ocorrido após a prolação da sentença. Com efeito, a iniciativa probatória foi alcançada pela

preclusão. Precedentes: REsp. 888.467/SP, Rel. p/Acórdão Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 06.10.2011; AgRg no REsp. 1.103.993/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 23.11.2010; e EDcl no REsp. 703.447/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24.03.2010.

3. Agravo Regimental desprovido.”

(STJ, AgRg no AREsp 39.810/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 07/03/2013)

Dessa forma, impõe-se desacolher os argumentos da apelante, mantendo-se a sentença que reconheceu a inocorrência de fraude à execução em relação à aquisição, pela embargante, dos imóveis objeto dos presentes embargos.

Honorários advocatícios

Quanto aos honorários advocatícios, em relação à Fazenda Pública, o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/03/2015) dispõe que:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º 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.”

Assim, consoante se extrai da norma em comento, para a fixação da verba honorária em face da Fazenda Pública, o julgador deverá avaliar “o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (incisos I a IV do § 2º), porém dentro dos limites

consignados no § 3º retro transcrito, observando o escalonamento previsto na norma (§ 5º), de acordo com o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Isso significa, num primeiro momento, que em nenhuma hipótese seria possível afastar os parâmetros percentuais e valorativos mínimos e máximos estabelecidos para as demandas envolvendo a Fazenda Pública, tendo em vista a escala de valores criada pela legislação processual em vigor.

Entretanto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível o abrandamento de tais dispositivos, a fim de evitar o enriquecimento ilícito ou desproporcional, mediante interpretação conjunta dos §§ 3º e 8º do mencionado regramento, este último, do seguinte teor:

“§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”

De acordo com o entendimento da Corte Superior, apesar da disciplina estabelecida pelo art. 85, § 3º, do CPC/2015 e por mais claro que seja o seu conteúdo, aludida regra não deve ser interpretada de forma literal, mas em conjunto com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, na hipótese de existir valor inestimável ou irrisório, de um lado, ou, importância exorbitante, de outro, pode ser realizada a fixação dos honorários advocatícios, através de apreciação equitativa do Juízo, sendo possível seu arbitramento tomando-se como base o valor da condenação, o valor do proveito econômico, ou, não sendo possível determiná-los, o valor atualizado da causa atualizado, tendo em vista o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogados e o tempo exigido para o seu serviço (CPC/2015, art. 85, § 2º).

Acerca do tema, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 85, §§ 3º E 8º DO CPC/2015, DESTINADA A EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DESPROPORCIONAL. POSSIBILIDADE.

1. No regime do CPC/1973, o arbitramento da verba honorária devida pelos entes públicos era feito sempre pelo critério da equidade, tendo sido consolidado o entendimento jurisprudencial de que o órgão julgador não estava adstrito ao piso de 10% estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC/1973.

2. A leitura do caput e parágrafos do art. 85 do CPC/2015 revela que, atualmente, nas causas envolvendo a Fazenda Pública, o órgão julgador arbitrará a verba honorária atento às seguintes circunstâncias: a) liquidez ou não da sentença: na primeira hipótese, passará o juízo a fixar, imediatamente, os honorários conforme os critérios do art. 85, § 3º, do CPC/2015; caso ilíquida, a definição do percentual a ser aplicado somente ocorrerá após a liquidação de sentença; b) a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora; em caráter residual, isto é, quando inexistente condenação ou não for possível identificar o proveito econômico, a base de cálculo corresponderá ao valor atualizado da causa; c) segundo disposição expressa no § 6º, os limites e critérios do § 3º serão observados independentemente do conteúdo da decisão judicial (podem ser aplicados até nos casos de sentença sem resolução de mérito ou de improcedência); e d) o juízo puramente equitativo para arbitramento da verba honorária – ou seja, desvinculado dos critérios acima –, teria ficado reservado para situações de caráter excepcionalíssimo,

quando “inestimável” ou “irrisório” o proveito econômico, ou quando o valor da causa se revelar “muito baixo”.

3. No caso concreto, a sucumbência do ente público foi gerada pelo acolhimento da singela Exceção de Pré-executividade, na qual apenas se informou que o débito foi pago na época adequada.

4. O Tribunal de origem fixou honorários advocatícios abaixo do valor mínimo estabelecido no art. 85, § 3º, do CPC, almejado pela recorrente, porque “o legislador pretendeu que a apreciação equitativa do Magistrado (§ 8º do art. 85) ocorresse em hipóteses tanto de proveito econômico extremamente alto ou baixo, ou inestimável” e porque “entendimento diverso implicaria ofensa aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, razoabilidade e proporcionalidade” (fls. 108-109, e-STJ).

5. A regra do art. 85, § 3º, do atual CPC – como qualquer norma, reconhece-se – não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserta em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico.

6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015).

7. *Conforme bem apreendido no acórdão hostilizado, justifica-se a incidência do juízo equitativo tanto na hipótese do valor inestimável ou irrisório, de um lado, como no caso da quantia exorbitante, de outro. Isso porque, observa-se, o princípio da boa-fé processual deve ser adotado não somente como vetor na aplicação das normas processuais, pela autoridade judicial, como também no próprio processo de criação das leis processuais, pelo legislador, evitando-se, assim, que este último utilize o poder de criar normas com a finalidade, deliberada ou não, de superar a orientação jurisprudencial que se consolidou a respeito de determinado tema.*

8. A linha de raciocínio acima, diga-se de passagem, é a única que confere efetividade aos princípios constitucionais da independência dos poderes e da isonomia entre as partes – com efeito, é totalmente absurdo conceber que somente a parte exequente tenha de suportar a majoração dos honorários, quando a base de cálculo dessa verba se revelar ínfima, não existindo, em contrapartida, semelhante raciocínio na hipótese em que a verba honorária se mostrar excessiva ou viabilizar enriquecimento injustificável à luz da complexidade e relevância da matéria controvertida, bem como do trabalho realizado pelo advogado.

9. A prevalecer o indevido entendimento de que, no regime do novo CPC, o juízo equitativo somente pode ser utilizado contra uma das partes, ou seja, para majorar honorários irrisórios, o próprio termo “equitativo” será em si mesmo contraditório.

10. Recurso Especial não provido.”

(REsp 1.789.913/DF, Segunda Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 11/03/2019) (g.n.)

Acresça, por oportuno, a existência de entendimento assentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os honorários advocatícios não podem ser arbitrados em valores inferiores a 1% do valor da causa, nem em percentual excessivo, de modo a não caracterizar, aludida verba, valor irrelevante ou valor exorbitante. Neste sentido, colaciono o aresto abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.155.125/MG, de relatoria do Ministro Castro Meira, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou orientação no sentido de que, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos ho-

norários não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo segundo o critério de equidade.

2. Afasta-se o enunciado da Súmula 7/STJ se o valor da verba honorária se revela abusivo ou irrisório, como ocorreu na hipótese dos autos.

3. Trata-se de Exceção de Pré-executividade acolhida pelo Tribunal *a quo*, que reconheceu a prescrição da dívida no montante de aproximadamente R\$ 951.824,85, atualizado até 16/6/2009, e estabeleceu os honorários em R\$ 1.000,00.

4. A decisão agravada deu parcial provimento ao Recurso Especial da Vepal Veículos e Peças Arcoverde S/A para fixar os honorários advocatícios em 1% do valor da causa atualizado, o que representa aproximadamente R\$ 10.000,00, quantia que não se mostra ínfima.

5. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1385928/PE, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013)

No caso, não se trata de valor inestimável, tendo sido atribuído à causa, o valor de R\$ 166.960,74 (cento e sessenta e seis mil, novecentos e sessenta reais e setenta e quatro centavos) (id 35438198), importância essa que não pode ser tida como irrisória, nem excessiva de modo a justificar o estabelecimento dos honorários advocatícios por apreciação equitativa.

Assim, nos moldes da orientação jurisprudencial retro assinalada, considerando o trabalho despendido pelos causídicos, e respeitado o princípio da razoabilidade, que se constitui diretriz de bom-senso aplicada ao Direito, a fim de que se mantenha um perfeito equilíbrio entre o encargo ostentado pelos defensores e a onerosidade ao erário, reduzo os honorários advocatícios fixados na sentença para 10% (dez por cento) do valor da causa, atualizado monetariamente, nos termos do § 3º, inc. I, do art. 85, do CPC/2015, tendo em vista que o valor da causa equivalia 175 (cento e setenta e cinco) salários mínimos.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação da União Federal, para reduzir os honorários advocatícios, mantendo, no mais, a r. sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5005195-89.2019.4.03.0000

Agravante: SONIA MARIA NEGRI ZAMPRONI

Agravado: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/01/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. GRUPO ECONÔMICO. SUCESSÃO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INGRESSO DA SÓCIA APÓS OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- A existência de sucessão empresarial ou grupo econômico ocasiona a responsabilidade tributária solidária entre as sociedades que dele fazem parte, nos termos dos art. 124 do CTN, art. 30, IX da Lei n. 8212/91 e 265/277 da Lei n. 6404/76.

- De fato, dispõe o art. 135, *caput*, do CTN que são requisitos para o redirecionamento da execução fiscal a prática de atos com excesso de poderes ou a infração da lei, estatuto ou contrato social, revestindo a medida de caráter excepcional.

- Nesse sentido, a prática de atos fraudulentos é causa para o redirecionamento por representar desvio de finalidade e infração ao estatuto e contrato social da pessoa jurídica.

- O crédito tributário em cobrança é relativo ao período de 1996 a 2000, de modo que devem responder por tais débitos as pessoas jurídicas e físicas que possuíam participação no quadro social da executada no referido período e as pessoas jurídicas que efetivamente foram beneficiadas com as operações que esvaziaram o patrimônio da executada.

- Nesse sentido, embora a agravante fosse sócia da Smar Cobrança Ltda., o período que participou da referida sociedade se deu após a ocorrência dos débitos. Deste modo, por ora, não se observa a relação direta da referida sócia com os fatos que ocasionaram a confusão patrimonial, desvio de finalidade e débitos tributários executados, razão pela qual não se mostra razoável o redirecionamento da execução na pessoa da agravante. Precedente da Quarta Turma.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Des. Fed. MÔNICA NOBRE (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MARCELO SARAIVA e ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SÔNIA MARIA NEGRI ZAMPRONI, em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu o pedido de antecipação da tutela, objetivando provimento jurisdicional que suspenda a exigibilidade do crédito tributário referente à CDA nº 80.2.03.003528-49 (execução fiscal nº 0010633-89.2004.8.26.0597) em face da sócia incluída no polo passivo da ação.

Alega a agravante, em síntese, que o débito exigido nos autos da execução fiscal mencionada, refere-se a período em que a recorrente não era sócia da empresa incluída no polo passivo.

Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

Conforme consta dos autos principais, foi proposta execução fiscal nº 0010633-89.2004.8.26.0597, em face da empresa Smar Equipamentos Industriais Ltda, referente aos débitos dos exercícios de 1996 a 2000 – CDA nº 80.2.03.003528-49.

Posteriormente, em 01/2009, conforme decisão proferida no agravo de instrumento nº 2008.03.00.02615-0, foi reconhecida a formação de grupo econômico, com a determinação de inclusão no polo passivo da execução fiscal de várias pessoas jurídicas e seus sócios, dentre elas, a empresa Smar Cobrança Ltda. e a sócia agravante.

Dos documentos juntados, verifica-se que a agravante permaneceu no quadro societário da Smar Cobrança Ltda. no período de 2003 a 2006 (ID 38010824).

Pois bem.

A existência de sucessão empresarial ou grupo econômico pode ocasionar a responsabilidade tributária solidária entre as sociedades que dele fazem parte, nos termos dos art. 124 do Código Tributário Nacional, art. 30, IX da Lei n. 8212/91 e 265/277 da Lei n. 6404/76.

As sociedades e os sócios administradores que participaram das ações que importaram em desvio de patrimônio e elisão fiscal devem responder solidariamente nos autos da execução fiscal.

De fato, dispõe o art. 135, *caput*, do CTN que são requisitos para o redirecionamento da execução fiscal a prática de atos com excesso de poderes ou a infração da lei, estatuto ou contrato social, revestindo a medida de caráter excepcional.

Nesse sentido, a prática de atos fraudulentos é causa para o redirecionamento por representar desvio de finalidade e infração ao estatuto e contrato social da pessoa jurídica.

O crédito tributário em cobrança é relativo ao período de 1996 a 2000, de modo que devem responder por tais débitos as pessoas jurídicas e físicas que possuíam participação no quadro social da executada no referido período e as pessoas jurídicas que efetivamente foram beneficiadas com as operações que esvaziaram o patrimônio da executada.

Nesse sentido, embora a agravante fosse sócia da Smar Cobrança Ltda., o período que participou da referida sociedade se deu após a ocorrência dos débitos. Deste modo, por ora,

não se observa a relação direta da referida sócia com os fatos que ocasionaram a confusão patrimonial, desvio de finalidade e débitos tributários executados, razão pela qual não se mostra razoável o redirecionamento da execução na pessoa da agravante.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Quarta Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. NÃO COMPROVADA. SUMULAS 430 e 435. RECURSO PROVIDO.

- Primeiramente, o instituto da exceção de pré-executividade encontra seu fundamento legal no artigo 618 do Código de Processo Civil e pode ser invocado nos casos em que o juiz poderia conhecer da matéria de ofício, que possa ser constatada de plano, tais como o pagamento ou a prescrição. Enfim, que não comportem dilação probatória. Assim, é perfeitamente cabível discutir, por meio desse instrumento processual, questão referente à legitimidade de parte para o redirecionamento da execução aos sócios, notadamente quando o nome do co-responsável não consta da CDA.

- A inclusão de sócios-gerentes no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, inciso III, do CTN. Quando os nomes dos co-responsáveis não constam da certidão da dívida ativa, somente é cabível se comprovados atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato, ao estatuto social ou, ainda, na hipótese de encerramento irregular da sociedade.

- O Superior Tribunal de Justiça assentou, ademais, que para a configuração da dissolução ilegal não basta a mera devolução do aviso de recebimento, mas é indispensável que o oficial de justiça constate que a empresa não foi encontrada.

- Para a configuração da responsabilidade delineada na norma tributária como consequência da dissolução irregular é imprescindível a comprovação de que o sócio integrava a empresa quando do fechamento de suas atividades e de que era gerente ao tempo do vencimento do tributo, a teor do entendimento pacificado na corte superior. (...)

- Agravo de instrumento provido.

(AI 00210943320104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, TRF3

- QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2013).

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico, outrossim, a presença do *periculum in mora*, vez que a eficácia da tutela jurisdicional, visa evitar prematura imposição de atos expropriatórios em desfavor da agravante.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5022577-61.2020.4.03.0000

Agravantes: TELMA MENEZES DOS SANTOS, MATHEUS MENEZES DOS SANTOS
E VITOR MENEZES DOS SANTOS

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO PARA SATISFAÇÃO DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Por se tratar de impenhorabilidade absoluta, que traz em seu bojo questão de ordem pública, não se há falar em preclusão.

O numerário objeto de bloqueio, nos termos de declaração emitida pela instituição bancária, constitui-se de quantia depositada em conta poupança, com saldo inferior a quarenta salários-mínimos, razão pela qual deve ser classificado como impenhorável, independentemente da natureza da verba depositada; logo, não é passível de constrição judicial. (art. 833, X, CPC/2015).

Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que não conheceu de petitório por considerá-lo precluso, quanto ao desbloqueio de valores depositados em conta poupança.

A parte devedora sustenta que sua conta bancária é classificada como conta poupança e, assim, não poderia ter sido bloqueado o seu saldo, de R\$ 3.041,67, com fundamento no art. 833, X do CPC/2015.

Intimada, a autarquia não apresentou contraminuta.

O MPF opinou pelo provimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS:

O *decisum* veio vazado nos seguintes termos:

“(...) não conheço da nova impugnação à penhora, pois a questão já foi decidida em 06.05.2020 (doc. 31798582). Tal decisão foi precedida de diligências para a apuração da natureza dos ativos financeiros bloqueados (doc. 26038246) e de oportunidade à parte (doc. 28303314) para a demonstração das alegações expostas na primeira impugnação (doc. 22761605), em observância à ampla defesa e ao contraditório. A matéria é, portanto, preclusa. (...)”

Dispõe o artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil de 2015, *in litteris*:

“Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;”.

Observa-se que o bloqueio do valor depositado com vistas à penhora, recai sobre bem considerado impenhorável.

Eslareça-se, de início, que se trata de impenhorabilidade absoluta, que traz em seu bojo questão de ordem pública, não passível de preclusão.

Sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL. BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÃO A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. ‘Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício’ (REsp 192133/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 04/05/1999, DJ 21/06/1999, p. 165).

2. Esta Corte tem pronunciando no sentido de que as matérias de ordem pública (e.g. prescrição, decadência, condições da ação, pressupostos processuais, consectários legais, incompetência absoluta, impenhorabilidade, etc) não se sujeitam à preclusão, podendo ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 223.196/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012).

Em verdade, o numerário objeto de bloqueio, nos termos de declaração emitida pelo Banco Itaú, constitui-se de quantia depositada em conta poupança, com saldo inferior a quarenta salários-mínimos, razão pela qual deve ser classificado como impenhorável, independentemente da origem da verba depositada; logo, não é passível de constrição judicial.

O inciso X do artigo 649 do Código de Processo Civil de 1973, ora repetido no inciso IV do artigo 833 do NCPC de 2015, já contemplava a hipótese de impenhorabilidade absoluta em comento, de modo que nem sequer poderia ser elidida *sponte propria* pelo devedor.

A propósito:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON-LINE. CONTA POUPANÇA CONJUNTA. QUANTIA INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 649, X, CPC/1973. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. RECURSOS PREJUDICADOS.

1. Nos termos do art. 649, X, do CPC/1973, a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos é impenhorável, regra mantida pelo novo CPC, em seu art. 833, inciso X.

2. Na espécie, houve penhora on-line de numerário depositado em conta poupança conjunta, pertencente à embargante e seu cônjuge, contra o qual a execução fiscal subjacente foi redirecionada. O bloqueio alcançou o valor de R\$17.878,22 (dezessete mil oitocentos e setenta e oito reais e vinte e dois centavos), inferior a 40 salários mínimos.

3. Em que pese a questão não ter sido suscitada pela embargante nem examinada pelo juízo *a quo*, o STJ e esta Corte Regional orientam-se no sentido de que a impenhorabilidade, qualquer que seja seu fundamento, é matéria de ordem pública, insuscetível de preclusão e reconhecível de ofício. Precedentes.

4. Ressalte-se que as partes foram devidamente intimadas, de acordo com o art. 10 do novo CPC, para se manifestar acerca da questão, limitando-se a União a apontar o valor do salário mínimo na data do bloqueio judicial e a transcrever os dispositivos legais referentes à impenhorabilidade da conta poupança, apenas ressaltando que ‘deve ser mantida a penhora que superar o limite de 40 (quarenta) salários mínimos’.

5. Sem condenação em honorários advocatícios, ante o reconhecimento de ofício da impenhorabilidade.

6. Reconhecida de ofício a impenhorabilidade dos valores bloqueados para determinar a sua integral liberação. Prejudicados os recursos de apelação.”

(TRF-3 - AC: 00019583920094036126 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 19/04/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017).

Destarte, evidenciada a impossibilidade de constrição dos saldos depositados a título de caderneta de poupança, descabe o bloqueio do montante correlato.

DISPOSITIVO

PELO EXPOSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

É O VOTO.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5024343-52.2020.4.03.0000

Suscitante: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PIRACICABA/SP - JEF
 Suscitado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PIRACICABA/SP - 2ª VARA FEDERAL
 Partes Autoras: CARLOS LUIZ DOS SANTOS E TEREZINHA DE SOUZA
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FRANCISCO
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/02/2021

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COBERTURA SECURITÁRIA. FCVS. RAMO 66, LEI Nº 13.000/2014. TEMA 1.011 DO E.STF. CEF. PARTE-RÉ. POSSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO NO JEF. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- Divergem os Juízos quanto à qualidade ou não de parte da CEF na presente demanda, cujo objeto é a cobertura securitária, com base em apólice do Seguro Habitacional do Ramo Público 66, em razão de danos existentes no imóvel da parte-autora, de modo a se verificar a possibilidade de ser demanda no Juizado Especial.
- Pelo contido na MP nº 633 (DOU de 26/12/2013), convertida na Lei nº 13.000/2014, incluindo o art. 1º-A na Lei 12.409/2011, a CEF intervirá como parte (autora ou ré) nas referidas ações, e não como assistente simples.
- O E.STJ tinha entendimento formado nos Temas 50 e 51 (REsp 1091363/SC, em embargos de declaração correspondentes, julgados em 10/10/2012), segundo o qual a CEF detinha interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples, mas nos termos da Tese fixada no Tema 1.011 pelo E.STF no RE nº 827.996, a intervenção se dá como parte, razão pela qual não há impeditivo ao processamento perante o Juizado Especial Federal.
- Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por maioria, decidiu julgar improcedente o conflito para afirmar a competência do Juízo do Juizado Especial Federal de Piracicaba, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais PEIXOTO JUNIOR, COTRIM GUIMARÃES, WILSON ZAUHY e VALDECI DOS SANTOS, restando vencido o Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA que julgava procedente o conflito, declarando a competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Piracicaba/SP, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Cuida-se de conflito negativo de competência em que é suscitante o Juízo do Juizado Especial Federal de Piracicaba e suscitado o Juízo da 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP.

Foi proposta ação cujo objeto é a cobertura securitária, com base em apólice do Seguro Habitacional do Ramo Público 66, em razão de danos existentes no imóvel da parte autora, distribuída inicialmente perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Piracicaba/SP, que declinou da competência para o Juizado Especial Federal, considerando o valor dado à causa.

Redistribuído o feito ao Juízo do Juizado Especial Federal de Piracicaba, este houve por bem suscitar conflito, ao fundamento de que a CEF não tem relação jurídica com o mutuário, razão pela qual seu eventual ingresso na relação processual se dá na figura de assistente litis-consorcial, como sedimentado pelo STJ em sede de Recurso Especial repetitivo, o que afasta a competência dos Juizados Especiais.

Designado o Juízo Suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas de urgência. É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Carlos Francisco (Relator): Cuida-se de conflito negativo de competência em que é suscitante o Juízo do Juizado Especial Federal de Piracicaba e suscitado o Juízo da 1ª Vara Federal de Piracicaba/SP.

Divergem os Juízos quanto à qualidade ou não de parte da CEF na presente demanda, cujo objeto é a cobertura securitária, com base em apólice do Seguro Habitacional do Ramo Público 66, em razão de danos existentes no imóvel da parte-autora, de modo a se verificar a possibilidade de ser demanda no Juizado Especial.

Com a MP nº 633 (DOU de 26/12/2013), convertida na Lei nº 13.000/2014, incluindo o art. 1º-A na Lei 12.409/2011, foi disciplinada a intervenção da CEF na representação (judicial e extrajudicial) dos interesses do FCVS:

Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A. CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

§ 3º Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.

§ 4º Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.

§ 5º As ações em que a CEF intervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009.

§ 6º A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.

§ 7º Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual.

§ 8º Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo

público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices. § 9º (VETADO).

§ 10. Os depósitos judiciais já realizados por determinação da Justiça Estadual permanecerão no âmbito estadual até sua liberação ou a decisão final do processo.

Pelo contido na MP nº 633 (DOU de 26/12/2013), convertida na Lei nº 13.000/2014, incluindo o art. 1º-A na Lei 12.409/2011, a CEF intervirá como parte (autora ou ré) nas referidas ações, e não como assistente simples. É verdade que o E.STJ tinha entendimento formado nos Temas 50 e 51 (REsp 1091363/SC, em embargos de declaração correspondentes, julgados em 10/10/2012), segundo o qual a CEF detinha interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009 (período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/1988 e da MP nº 478/2009 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS - apólices públicas, ramo 66), mas sobreveio decisão do E.STF, proferida em 29/06/2020, nos autos do RE nº 827.996, Rel. Min. Gilmar Mendes, modificando o assentado pelo E.STJ no REsp 1091363/SC (Temas 50 e 51).

Nos termos da Tese fixada no Tema 1.011 pelo E.STF no RE nº 827.996, o art. 1º da MP 513/2010 é aplicável: 1) aos processos em trâmite na data de sua entrada em vigor (26/11/2010): 1.1) sem sentença de mérito (na fase de conhecimento), em relação aos quais os autos devem ser remetidos à Justiça Federal para análise do preenchimento dos requisitos legais acerca do interesse da CEF ou da União (caso haja provocação nesse sentido de quaisquer das partes ou intervenientes e respeitado o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011); e 1.2) com sentença de mérito (na fase de conhecimento), em face dos quais a União e/ou a CEF podem intervir na causa na defesa do FCVS, de forma espontânea ou provocada, no estágio em que se encontre, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, devendo o feito continuar tramitando na Justiça Comum Estadual até o esgotamento do cumprimento de sentença; e 2) aos processos ajuizados após sua entrada em vigor (26/11/2010), quando então a Justiça Federal deverá processar e julgar causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS, devendo haver o deslocamento do feito para a Subseção Judiciária Federal a partir do momento em que a CEF ou a União, de forma espontânea ou provocada, indiquem interesse em intervir na causa, observado o § 4º do art. 64 do CPC e/ou o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011.

Porque a CEF deverá ingressar no feito como ré, não há impeditivo ao processamento perante o Juizado Especial Federal.

Assim, *julgo improcedente* o conflito para afirmar a competência do Juízo do Juizado Especial Federal de Piracicaba.

Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Desembargador Federal Hélio Nogueira: peço vênia ao e. Relator para divergir.

Entendo que o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 827.996-PR (Tema 1.011 da repercussão geral), a par de reconhecer o interesse da Caixa Econômica Federal para intervir nas ações securitárias que envolvam o FCVS, não assentou a sua qualidade de ré.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 827.966-PR extrai-se a seguinte passagem:

De outro lado, o resultado das ações que envolvem apólice pública (ramo 66) passa a interessar diretamente ao FCVS, fundo federal, que, em caso de procedência do pedido, será o responsável por ressarcir às seguradoras e/ou por disponibilizar os recursos necessários ao pagamento das indenizações estabelecidas.

Em outras palavras: a seguradora demandada judicialmente paga o mutuário e, posteriormente, busca o ressarcimento junto ao FCVS nas apólices do ramo 66 (gerido por fundo com recursos públicos).

Por esse motivo, o legislador ordinário conferiu legitimidade à CEF para integrar o polo passivo, seja na condição de litisconsorte ou assistente simples das ações em que se discute matéria securitária no âmbito do SH/SFH relacionada ao ramo securitário 66.

Nesse contexto, em que a ação é promovida em face da seguradora, tenho que persiste o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Em primeiro lugar, como nos seguros habitacionais inexistente relação jurídica entre o mutuário e a CEF (na qualidade de administradora do FCVS), conclui-se que a intervenção da instituição financeira se dará na condição de assistente simples e não de litisconsorte necessária. (...)”

(trecho do voto da Exma. Ministra Nancy Andrighi, relatora para acórdão, no julgamento dos EDcl nos EDcl no Recurso Especial nº 1.091.363-SC).

Portanto, demonstrado o interesse da CEF, e uma vez que esse interesse decorre de sua responsabilidade pelo ressarcimento à seguradora, sua intervenção se dará na qualidade de assistente.

E por não comportar os Juizados Especiais a intervenção de terceiros, entendo que a competência, no caso, é do Juízo Federal comum.

Diante do exposto, pedindo vênias ao Relator, julgo procedente o presente conflito negativo de competência, declarando a competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Piracicaba/SP.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL

5026482-74.2020.4.03.0000

Impetrantes: BRUNO JOSÉ BRASIL VASCONCELLOS E OUTROS
 Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 09/02/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. CONSULTA ENCAMINHADA AO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. AUXÍLIO-MORADIA SUSPENSO. DIRETORES DE SECRETARIA. PRAZO DECADENCIAL. DISPONIBILIZAÇÃO DOS AUTOS ADMINISTRATIVOS AO ADVOGADO. CIÊNCIA DO TEOR DO PROCESSO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO DO *MANDAMUS*. FEITO EXTINTO COM JULGAMENTO DE MÉRITO.

I- Mandado de segurança impetrado contra ato da então Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que teria promovido consulta “*flagrantemente abusiva e procrastinatória*” perante o Conselho da Justiça Federal.

II- Os impetrantes questionam o mérito da consulta realizada pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, dando ensejo ao processo SEI n. 0001369-00.2020.4.90.8000, que tramita perante o Conselho da Justiça Federal em Brasília. Seu advogado informa que teve acesso ao teor da consulta apenas em 16/06/2020, conforme andamento processual do referido processo SEI.

III- Em 02/04/2020, foi disponibilizado acesso externo para Luciano César Bazzoli da Costa, “*com visualização integral do processo*” SEI 0054895-46.2017.4.03.8001 até 29/09/2020, nos termos da Decisão PRESI/DIRG/SEGE/DAJU n. 5647199/2020. Em 03/04/2020, o advogado manifestou ciência.

IV- A Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas encaminhou, ao e-mail funcional do advogado, em 02/04/2020, “*cópia de decisão 5647199 proferida nos autos do Processo SEI 0054895-46.2017.4.03.8001, acompanhada de cópia de despachos e pareceres emitidos no mesmo expediente, que concerne ao pagamento de auxílio-moradia*”, tendo sido acusado o recebimento na mesma data.

V - Em 03/04/2020, foi encaminhada ao Conselho da Justiça Federal, via malote digital, “*a consulta consubstanciada na Manifestação 5634852, nos termos da Resolução/CJF nº 105/2020*”.

VI - De acordo com o art. 23 da Lei n. 12.016/09, o direito de requerer mandado de segurança se extingue após decorridos 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado.

VII – Ciente do acesso aos autos em 03/04/2020, e impetrado o presente mandado de segurança em 23/09/2020, verifica-se que decorreram mais de 120 dias, motivo pelo qual é de ser pronunciada a decadência do direito.

VIII - Por se tratar de instituto de direito material, não se aplica ao caso a contagem em dias úteis prevista no CPC (art. 219). Precedentes.

IX – Feito extinto, com resolução de mérito, em virtude de decadência, com fundamento no art. 23 da Lei n. 12.016/09, c/c art. 487, II, do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários, nos termos do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/09. Custas pelos impetrantes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Sustentação oral: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA, OAB/SP 336505A, pelos impetrantes. O Órgão Especial, por unanimidade, julgou extinto o mandado de segurança, com resolução de mérito, em virtude de decadência, com fundamento no art. 23 da Lei n. 12.016/09, c/c art. 487, II, do Código de Processo Civil, nos termos do voto da Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora). Votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, COTRIM GUIMARÃES (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA (com ressalva), MARLI FERREIRA, PEIXOTO JÚNIOR, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, HÉLIO NOGUEIRA, CONSUELO YOSHIDA (Presidente em exercício), SOUZA RIBEIRO e WILSON ZAUHY. Impedido o Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, NEWTON DE LUCCA e ANDRÉ NEKATSCHALOW., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargador Federal Marisa Santos (Relatora)

BRUNO JOSÉ BRASIL VASCONCELOS e OUTROS, servidores públicos federais, impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da então Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que teria promovido consulta “*flagrantemente abusiva e procrastinatória*” perante o Conselho da Justiça Federal.

De início, pugnam pela livre distribuição do feito, tendo em vista que, nos autos do mandado de segurança n. 5029320-24.2019.4.03.0000, questionaram a ilegalidade quanto à demora no julgamento dos recursos administrativos no processo SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001. No presente *mandamus*, questionam o mérito da consulta realizada pelo CJF da 3ª Região, que deu ensejo ao processo SEI n. 0001369-00.2020.4.90.8000, que tramita perante o CJF em Brasília.

Alegam, em síntese: (1) são Diretores de Secretaria que tiveram o auxílio-moradia suspenso por força de decisão da Diretoria do Foro de São Paulo, nos autos do processo SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001; (2) a questão foi submetida ao Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que, em sessão realizada na data de 09/05/2019, propôs o envio de consulta ao Conselho da Justiça Federal para uniformização de interpretação; (3) seu advogado, ao acessar o teor da consulta, verificou que “*como ato administrativo, está eivada de vícios do mérito quanto à finalidade, motivo e objeto, de forma que a torna nula e necessita ser revogada*”; (4) a controvérsia debatida no processo administrativo não foi submetida ao CJF, qual seja, a possibilidade de a DFORSF compelir os impetrantes à alteração de lotação para a cidade de

designação como condição para o processamento da nomeação no cargo de diretor de secretaria; (5) estão sendo lesados financeiramente desde agosto de 2017, em flagrante ofensa à isonomia em relação aos diretores de outras seções judiciárias do Brasil; (6) têm direito ao julgamento dos recursos administrativos no prazo de 30 dias, conforme disposto no texto constitucional e na Lei n. 9.784/99; (7) os pedidos de atribuição de efeito suspensivo nos diversos recursos administrativos interpostos também não foram apreciados pelo CJF da 3ª Região.

Pedem a concessão de medida liminar *“determinando à autoridade impetrada, Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3.ª Região, que revogue a consulta formulada perante o Conselho da Justiça Federal e promova o imediato julgamento dos recursos administrativos, porquanto essa consulta foi flagrantemente abusiva e procrastinatória, caracterizando-se ato administrativo eivado de vício em finalidade, motivo e objeto, afrontando ao disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, bem como o disposto nos artigos 2º, “caput”, e 59, § 1º da Lei n. 9.784/99, na medida em que, com o nítido propósito de protelar o julgamento do mérito, fez consulta desnecessária sobre texto de lei (possibilidade ou não de pagamento de auxílio-moradia quando ocorre alteração de lotação, que já é vedado pela Lei n. 8.112/90 e Resoluções do CJF), do qual não há controvérsia e nem lide, deixando especificamente de consultar sobre o cerne da controvérsia debatida no processo administrativo.”.*

Ao final, pela concessão da segurança.

Juntaram documentos.

Custas recolhidas.

Conforme certidão da UFOR, o feito foi redistribuído por prevenção ao Desembargador Federal Newton De Lucca, em razão da anterior distribuição do MS n. 5029320-24.2019.4.03.0000; Sua Excelência não reconheceu a prevenção, ao argumento de que o pedido e a causa de pedir são distintos e, ainda que assim não fosse, não haveria que se falar em conexão se um dos processos já foi julgado, como é o caso (ID 143184494).

Os autos foram livremente distribuídos à minha relatoria.

Por meio da decisão ID 143480688, indeferi a medida liminar; na ocasião, foram solicitadas informações à autoridade impetrada e dada ciência à AGU para, querendo, ingressar no feito (art. 7º, II, da Lei n. 12.016/09).

A autoridade impetrada encaminhou informações prestadas pela SCAJ-Secretaria dos Conselhos de Administração e Justiça, SUVT-Seção de Direitos e Vantagens da Seção Judiciária de São Paulo e DAJU-Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas, nessa ordem (ID 144513503).

De acordo com as informações prestadas pelos referidos setores, em síntese, : (1) o expediente SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001 foi instaurado pela SUVT para a *“revisão dos procedimentos adotados na concessão de Auxílio-moradia aos servidores ocupantes do cargo em comissão de Diretor de Secretaria, CJ-3, nesta Seção Judiciária [de São Paulo], diante da Informação DAJU 2823054/2017”*; (2) de início, a sugestão de interrupção de pagamento se referia apenas à servidora Ana Maria Marcondes do Amaral; (3) em 30/08/2017, a Seção de Apoio Técnico Jurídico da Seção Judiciária de São Paulo opinou, quanto aos demais servidores, pela aplicação da Súmula 249 do TCU, que dispensa a reposição de importâncias indevidamente percebidas (de boa-fé), ante o erro escusável de interpretação de lei pelo órgão, porém sugeriu a supressão do benefício para os servidores cujo deslocamento se deu por força de alteração de lotação; (4) nessa mesma data, o então Diretor do Foro da Seção Judiciária de São Paulo, Juiz Federal Paulo Cezar Neves Júnior, determinou *“de imediato e por cautela, haja vista o*

fechamento iminente da folha de pagamentos, a suspensão dos pagamentos dos auxílios-moradias concedidos à servidora Ana Maria Marcondes do Amaral, bem como a todos os demais servidores que recebem nesta SJSP o auxílio-moradia em razão de deslocamento ocorrido por força de alteração de lotação (remoção) ou de redistribuição”; (5) após, o Diretor do Foro encaminhou o expediente a esta Corte, em razão da interposição de recursos contra a sua decisão e da divergência de entendimento e de procedimentos entre as Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, bem como em relação aos demais Tribunais Regionais Federais; (6) o processo SEI n. 0054895-46.2017.4.03.8001 foi distribuído ao Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, por ordem da então presidente deste Tribunal, Desembargadora Federal Cecília Marcondes; (7) em 09/05/2019, o Relator, Desembargador Federal Nery Júnior, apresentou voto no sentido de submeter a matéria ao Conselho da Justiça Federal e a então Presidente, Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, apresentou proposta no sentido de encaminhar o feito à Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas, para emissão de parecer, com a posterior remessa à Presidência para a análise da possibilidade de consulta; (8) o CJF da 3ª Região aprovou por unanimidade a proposta apresentada pela Presidente e os autos foram encaminhados à DAJU; (9) nos autos do processo, foi expedido o Ofício 11 (Doc. SEI 5647215), por meio do qual foi veiculada a consulta dirigida ao Conselho da Justiça Federal.

A União informou que possui interesse em ingressar no feito, requerendo a intimação pessoal acerca de todos os atos decisórios exarados, nos termos da LC n. 73/1993 e Lei n. 9.028/1995. Pugnou pelo indeferimento da segurança pleiteada, ao argumento de que o ato administrativo em discussão não padece de qualquer ilegalidade (ID 144681266).

O Ministério Público Federal consignou que o mandado de segurança versa sobre interesse estritamente patrimonial dos servidores, não havendo repercussão no âmbito do interesse público primário. Opinou pelo regular prosseguimento do feito; no caso de eventual instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, demandas repetitivas ou de assunção de competência, requer imediata vista dos autos (ID 145640434).

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

Mandado de segurança impetrado por BRUNO JOSÉ BRASIL VASCONCELOS e OUTROS contra ato da então Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que teria promovido consulta *“flagrantemente abusiva e procrastinatória”* perante o Conselho da Justiça Federal.

De início, cumpre esclarecer que o Órgão Especial, em sessão realizada em 09/09/2020, por maioria, denegou a segurança pleiteada nos autos do MS n. 5029320-24.2019.4.03.0000. Em seu voto, o Relator, Desembargador Federal Newton De Lucca, deixou consignado que *“a E. Presidência deste Tribunal, em ofício encaminhado em 07/05/2020, informou que a Consulta mencionada na decisão do E. CJF-3ª Região já foi enviada ‘ao Conselho da Justiça Federal - CJF, por malote digital, em 3 de abril de 2020, conforme comprovante juntado no SEI 0054895-46.2017.4.03.8001 (doc. SEI 5664258)’ (doc. nº 131.559.988, p. 1). Assim, a matéria já se encontra afetada àquele C. Conselho, órgão que não se sujeita à competência deste E. Tribunal.”*

Não obstante a referência à consulta encaminhada ao Conselho da Justiça Federal, o re-

ferido mandado de segurança foi impetrado com a finalidade de compelir o CJF da 3ª Região a julgar, no prazo de 30 (trinta) dias, os recursos e pedidos de efeito suspensivo apresentados pelos impetrantes nos autos do processo administrativo SEI nº 0054895-46.2017.4.03.8001. Não houve questionamento acerca do mérito da consulta formulada.

Logo, como bem colocado pelo Desembargador Federal Newton De Lucca, ao analisar a distribuição por prevenção, o pedido e a causa de pedir são distintos, não havendo identidade de ações.

Feito o esclarecimento, cabe tecer considerações acerca do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do *mandamus* (art. 23 da Lei n. 12.016/09).

Os impetrantes questionam o mérito da consulta realizada pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, dando ensejo ao processo SEI n. 0001369-00.2020.4.90.8000, que tramita perante o Conselho da Justiça Federal em Brasília. Seu advogado informa que teve acesso ao teor da consulta apenas em 16/06/2020, conforme andamento processual do referido processo SEI.

De fato, há decisão do Ministro Villas Bôas Cueva, Conselheiro Relator, datada de 16/06/2020, deferindo o pedido de acesso eletrônico ao advogado Luciano César Bazzoli da Costa nos autos do processo SEI n. 0001369-00.2020.4.90.8000, em trâmite no CJF (ID 142811508 – fl. 115).

Contudo, conforme se extrai do andamento processual, a consulta do CJF da 3ª Região - objeto de inconformismo dos impetrantes, - reporta-se à Manifestação DAJU 5634852, inserida no processo SEI 0054895-46.2017.4.03.8001, constando as assinaturas dos diretores responsáveis em 26/03/2020.

Em 02/04/2020, foi disponibilizado acesso externo para Luciano César Bazzoli da Costa, “com visualização integral do processo” até 29/09/2020, nos termos da Decisão PRESI/DIRG/SEGE/DAJU n. 5647199/2020. Em 03/04/2020, o advogado manifestou ciência.

Em acréscimo, a Divisão de Apoio Jurídico à Gestão de Pessoas encaminhou, ao e-mail funcional do advogado, em 02/04/2020, “cópia de decisão 5647199 proferida nos autos do Processo SEI 0054895-46.2017.4.03.8001, acompanhada de cópia de despachos e pareceres emitidos no mesmo expediente, que concerne ao pagamento de auxílio-moradia”, tendo sido acusado o recebimento na mesma data.

Em 03/04/2020, foi encaminhada ao Conselho da Justiça Federal, via malote digital, “a consulta consubstanciada na Manifestação 5634852, nos termos da Resolução/CJF nº 105/2020” (ID 142811508 – fl. 95).

É dizer, concedido o acesso à visualização integral do processo, o advogado teria condições de conferir o conteúdo da consulta, visto que a Manifestação DAJU 5634852 já constava dos autos. Ademais, depreende-se que as peças principais do processo também foram encaminhadas via e-mail, em 02/04/2020.

De acordo com o art. 23 da Lei n. 12.016/09, o direito de requerer mandado de segurança se extingue após decorridos 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado.

Ciente do acesso aos autos em 03/04/2020, e impetrado o presente mandado de segurança em 23/09/2020, verifica-se que decorreram mais de 120 dias, motivo pelo qual é de ser pronunciada a decadência do direito.

Por se tratar de instituto de direito material, não se aplica ao caso a contagem em dias úteis prevista no CPC (art. 219), conforme remansosa jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOTORA DE JUSTIÇA ESTADUAL. CNMP. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. LITISPENDÊNCIA. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 219 DO CPC. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. A reprodução de ação ainda em curso configura, nos termos do art. 337, § 3º, do Código de Processo Civil, litispendência, o que implica o indeferimento da inicial sem julgamento de mérito.

2. *In casu*, a impetrante já ajuizou mandado de segurança com o objetivo de desconstituir precisamente a decisão proferida no processo 1.00443/2015-76 que lhe aplicou a penalidade de advertência.

3. O novo Código de Processo Civil, ao alterar a sistemática da contagem de prazos, estipulando o cômputo somente dos dias úteis, o fez única e exclusivamente em relação aos prazos processuais, nos termos do parágrafo único do artigo 219.

4. Não se tratando de prazo processual, descabe cogitar a incidência do art. 219 do CPC ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias estabelecido para a impetração do mandado de segurança (art. 23 da Lei 12.016/09).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA 34941, Relator Edson Fachin, STF – Segunda Turma, DJe: 05/12/2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 219 DO CPC. INAPLICABILIDADE. EXTINÇÃO LIMINAR DO WRIT. INDEFERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. OBJETO DA IMPETRAÇÃO. ILEGALIDADE E TERATOLOGIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF.

1. É extemporâneo o mandado de segurança impetrado após o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009.

2. O prazo para a impetração do mandado de segurança é decadencial e, como tal, não possui natureza de prazo processual. Trata-se de prazo contado em dias corridos e não apenas nos dias úteis, sendo inaplicável a regra do art. 219 do CPC.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 58440 2018.02.08888-o, Relatora Maria Isabel Gallotti, STJ – Quarta Turma, DJe: 19/12/2019)

Diante do exposto, julgo extinto o presente feito, com resolução de mérito, em virtude de decadência, com fundamento no art. 23 da Lei n. 12.016/09, c/c art. 487, II, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários, nos termos do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/09. Custas pelos impetrantes.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA CÍVEL**5034136-15.2020.4.03.0000**

Requerente: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Requeridos: MATHEUS EDUARDO FURLAN DE PAULA E SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP - 1ª VARA FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - Presidente

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/01/2021

DECISÃO

Vistos no plantão judiciário da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (art. 5º, § 2º, Resolução CA-TRF3 nº 122/2020).

Cuida-se de pedido de suspensão dos efeitos de sentença proferida nos autos de mandado de segurança (Reg. nº 5005090-12.2019.4.03.6112), em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Presidente Prudente, formulado pela Caixa Econômica Federal - CEF, com fundamento no artigo 15 da Lei nº 12.016/2009.

De acordo com os documentos juntados ao presente incidente, o mandado de segurança subjacente, impetrado por Matheus Eduardo Furlan de Paula, objetiva proteger direito líquido e certo do Impetrante em ser convocado e contratado para concurso público, no qual conseguiu aprovação, sendo preterido por convocação e contratação de candidatos com piores colocações por ato ilegal da autoridade coatora (ID 150451013).

O Juízo a quo julgou parcialmente procedente o pedido para determinar à Autoridade Impetrada a convocação do Impetrante, independentemente de existência de vaga, para o cargo de Técnico Bancário Novo, nos termos do Edital nº 1 – Caixa, de 22 de janeiro de 2014, assegurados posse e exercício, com todos os direitos e obrigações próprios do cargo, sem distinção em relação a qualquer outro candidato contratado, desde que cumpridas as exigências das fases seguintes do certame. Estabeleceu, ademais, prazo de 10 dias para cumprimento da decisão.

Diante desse quadro, sustenta a CEF ser cabível a presente medida, pois, até ultimada a remessa da apelação a este Tribunal, afigura-se provável o transcurso de prazo significativo, com a consequente necessidade de cumprimento da determinação contida na sentença concessiva do *mandamus*, circunstância a comprometer a utilidade do recurso.

Em relação ao mérito do *writ*, aduz que a jurisprudência do e. STF é favorável à sua tese, não se verificando direito subjetivo à nomeação em hipóteses como a dos autos. Não bastasse, noticia que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a Caixa foi instada a adotar a solução de convocação prioritária de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social até que seja atingido o percentual mínimo de 5% de seus empregados, conforme TC 003.839/2015-0, em Sessão realizada em 23/11/2016.

Informa, ademais, que o concurso, conquanto realizado em 2014, ainda está em vigor, em razão de liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 00059-10.2016.5.10.0006. Por conseguinte, uma vez que o certame se encontra sub judice, a contratação precária do apelado traz insegurança jurídica aos envolvidos.

Ressalta, em acréscimo, ter o concurso objetivado a formação de cadastro de reserva, razão pela qual a contratação dos aprovados está condicionada à disponibilidade orçamentária da empresa.

Alega, por fim, haver irreversibilidade quanto aos custos para a contratação se ao final for revertida, além do fato de que estamos em plena Pandemia definida pela OMS e chancelada pelo CNJ, expondo várias pessoas a riscos de contágio por contato pessoal (exame médicos, admissionais etc).

Diante do exposto, requer a suspensão da segurança concedida nos autos nº 5005090-12.2019.4.03.6112, porquanto eventual reversão da medida seria, inclusive, prejudicial ao impetrante.

É o relatório.

DECIDO.

O instituto da suspensão de liminar, previsto em caráter geral pelo art. 4º, §7º, da Lei 8.437/92 e art. 1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, constitui medida excepcional, somente admitida na hipótese de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Na mesma esteira, especificamente no tocante aos mandados de segurança, individuais ou coletivos, assim estabelece o art. 15 da Lei 12.016/2009, *in verbis*:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Diante desse quadro normativo, extrai-se que a utilização do presente instrumento pressupõe a demonstração concreta e efetiva de ameaça de lesão significativa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – requisitos de seu conhecimento (Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança 1026-3). No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS.

1. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência.
 2. O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia.
 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.
 4. Agravo interno desprovido.
- (AgInt na SS 2976/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.2.2019).

Tal interpretação é coerente com a impossibilidade de utilização do instrumento como sucedâneo recursal, vale dizer, não se pode, na cognição do pedido de suspensão de segurança ou liminar, analisar o mérito da causa na qual proferida decisão cujos efeitos se pretende suspender.

Pois bem. No presente incidente de suspensão de segurança, a Caixa Econômica Federal – CEF – insurge-se contra a decisão que, nos autos do MS nº 5005090-12.2019.4.03.6112, concedeu a segurança, para o fim de determinar à Autoridade Impetrada a convocação do Impetrante, independentemente de existência de vaga, para o cargo de Técnico Bancário Novo, nos termos do Edital nº 1 – Caixa, de 22 de janeiro de 2014, assegurados posse e exercício, com todos os direitos e obrigações próprios do cargo, sem distinção em relação a qualquer outro candidato contratado, desde que cumpridas as exigências das fases seguintes do certame.

Assim colocada a controvérsia, entendo que o caráter individual da demanda subjacente não indica, de plano, possível efeito multiplicador da questão debatida.

De fato, conforme leciona Elton Venturi, “... como fundamento relevante para o deferimento da cautela excepcional não basta a mera alegação de ameaça ou lesão a um dos interesses públicos expressamente consignados pelo legislador. A intensidade da gravidade da lesão constitui, segundo a lei, condição *sine qua non* para a procedência da postulação, devendo ser demonstrada e suficientemente comprovada pelo requerente já com petição dirigida ao presidente do tribunal, através de todos os meios hábeis para tanto”.

Prossegue o autor: “O prejuízo ao interesse público que enseja a suspensão deve apresentar-se qualificado pela irreparabilidade ou pela difícil reparação, uma vez que a provável lesão ao Poder Público que se possa resolver, v.g. através de qualquer medida compensatória em pecúnia ou *in natura* (específica) não se revela suficiente para autorizar a excepcionalíssima sustação da eficácia de medidas liminares ou de sentenças, muito embora possa eventualmente embasar a concessão de efeito suspensivo recursal. Não demonstrada a gravidade da lesão suscitada, deve prevalecer a eficácia dos comandos jurisdicionais já determinados em prol do autor da ação”. (Venturi, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público* - 3ª ed., rev., atual., e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2017 - p. 195/196).

Dessarte, não socorre a requerente a alegação genérica de que “a contratação sub judice e, portanto, precária do apelado traz insegurança jurídica à situação tanto da CEF quando do próprio apelado”, tampouco a argumentação em torno da “irreversibilidade quanto aos custos para a contratação” ou das dificuldades inerentes à pandemia do novo Coronavírus.

E assim se dá porquanto, como visto, na via excepcional da suspensão de liminar, demanda-se a comprovação de potencial concreto e irreparável de ofensa à ordem pública. Eventuais questões de mérito pertinentes à ação originária não comportam análise no presente incidente, devendo ser suscitadas e debatidas por meio da via recursal adequada.

Em verdade, conforme se extrai da inicial, a narrativa apresentada pela Caixa Econômica Federal está centrada na probabilidade de sucesso do recurso interposto, isto é, seu interesse consiste exclusivamente em suspender os efeitos da sentença até a análise do recurso de apelação por este E. Tribunal, a fim de preservar a utilidade deste último.

A corroborar a afirmação supra, transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos da exordial:

“Foi proferida sentença com concessão de segurança determinando-se a contratação do Impetrante pela CAIXA em razão de Concurso Público para Técnico Bancário, independentemente de existência de vaga, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação.

In casu, vige o princípio da unirrecorribidade, de modo que da sentença somente era cabível apelação, a qual foi regularmente interposta pela CAIXA (cópia anexa).

Ocorre que até tal recurso de apelação ser remetido para apreciação desse E. Tribunal é certo que já terá transcorrido prazo significativo e haveria necessidade de cumprimento da deter-

minação contida na sentença concessiva do *mandamus* (de modo que seria provavelmente inútil a Apelação em razão da irreversibilidade prática do cumprimento da decisão).

(...)

Diante do exposto, inclusive para se preservar o devido processo legal e a utilidade do recurso já interposto, é perfeitamente viável o presente pedido, antecipando-se o que já postulando naquele recurso para preservar sua utilidade, enquanto não encaminhado para este E. TRF”.

A pretensão da CEF, vale salientar, é regida pelo artigo 1.012, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil, o que permite constatar a utilização do presente incidente como sucedâneo recursal.

Portanto, não tendo a requerente demonstrado, de forma objetiva, como a execução da decisão ensejaria grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de rigor o indeferimento do pedido.

Diante do exposto, ausente a comprovação dos fundamentos legalmente exigidos, INDEFIRO a suspensão pleiteada.

Comunique-se ao juízo da 1ª Vara Federal de Presidente Prudente.

Intimem-se, com urgência.

Publique-se.

Após, ao Ministério Público Federal.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recursos, archive-se.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Presidente

Direito Processual Penal



REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL

5001401-26.2020.4.03.6111

Partes Autoras: LIVIA SAMPAIO LEITE E C.S.R.

Juízo Recorrente: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE MARÍLIA/SP - 2ª VARA FEDERAL

Partes Rés: DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL EM MARÍLIA/SP E POLÍCIA FEDERAL

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REEXAME NECESSÁRIO. ÓLEO DE CANNABIS SATIVA. PRODUÇÃO CASEIRA E ESPECÍFICA PARA TRATAMENTO TERAPÊUTICO / MEDICINAL INDIVIDUAL. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. A RDC n. 156/2017, da ANVISA, autoriza a produção de medicamentos contendo a substância ativa *Cannabis Sativa Linneu* (maconha), assim como a importação de medicamentos que detenham seu princípio ativo.

2. O uso pessoal e restrito do medicamento a ser produzido e submetido a análises laboratoriais específicas para balizar seus parâmetros nos casos de doença grave não apresenta qualquer lesividade social e permite a incidência do estado de necessidade exculpante para eximi-la de responder penalmente pela prática dos delitos previstos pela Lei n. 11.343/06.

3. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, NEGAR PROVIMENTO ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em habeas corpus preventivo impetrado por LIVIA SAMPAIO LEITE e sua filha CLARICE SAMPAIO RODRIGUES, cuja ordem foi concedida pelo Juízo Federal da 2ª Vara Marília/SP, para conferir salvo conduto aos pacientes, “para que seja autorizada a importar 120 (cento e vinte) sementes, para produção de óleo integral da cannabis, a cada 12 (doze) meses, exclusivamente para o tratamento das patologias já apontadas, bem como seja autorizada à plantação de 120 sementes anuais bem como cultivo, colheita, extração e produção artesanal e uso conforme prescrição médica do óleo integral da Cannabis spp garantindo-se que as autoridades encarregadas sejam impedidas de proceder à prisão e persecução penal do paciente pela produção artesanal e uso conforme prescrição médica de Cannabis sativa, vedando-se, ainda, a apreensão ou destruição das plantas em questão, cultivadas para fins de tratamento único e exclusivo do paciente.” (Id 149684211).

O Ministério Público Federal não recorreu e pugnou, ainda, pela expedição de ordem para que a autoridade impetrada não adote medidas de persecução penal em face de condutas da impetrante consistentes em importar sementes da *Cannabis Sativa*, cultivá-la e extrair o seu óleo, quando tais atividades estiverem relacionadas ao tratamento contra a doença que a acomete.

Ausente interposição recursal (Id 149684210), foram os autos remetidos a este Tribunal, por força do disposto no artigo 574, I, do Código de Processo Penal, e distribuídos à minha relatoria.

A Procuradoria Regional da República, por seu ilustre representante, Dr Vinícius Fernando Alves Fermino, em parecer Id 151119280, manifestou-se pelo provimento da remessa necessária e denegação da ordem.

É o relatório.

Feito não sujeito à revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

Consta dos autos que a paciente LARICE SAMPAIO RODRIGUES, tem cinco (05) anos de idade e é portadora de doença genética de Encefalopatia Epilética – CID 10 – G.40.

O médico da paciente que a diagnosticou com tais doenças lhe receitou medicação com base em extrato de Canabidiol, com uso da medicação REVIVID PURE 600, HEMPLEX 600MG ou, ainda, canabidiol puro 0% - THC 6000, com uso de 07 gotas de 12/12h. (Id 149684186, págs. 6/8).

A paciente LÍVIA, que é mãe de CLARICE, obteve autorização da ANVISA para importação regular da medicação prescrita (Id 149684188), autorizada e habilitada pela ANVISA a importar o produto “REVIVID HEMP CBD E HEMFLEX CBD”.

Contudo, os produtos importados são caríssimos e sofrem, ainda, de sazonalidade dos produtos, sendo um de cada tipo e forma. Além disso, há variação do dólar e o tempo de demora está se alastrando por muitos meses.

Considerando que o cultivo da flor da *Cannabis* diluída em solução oleosa fornece os mesmos componentes utilizados nos extratos de *Cannabis* industrializada, pretendem os impetrantes a concessão da ordem para obtenção de salvo conduto às pacientes para importar e cultivar *cannabis sativa in natura* com o fim de extrair e ministrar o óleo medicinal caseiro Canabidiol na paciente CLARICE SAMPAIO RODRIGUES.

Aduzem os impetrantes que a paciente LÍVIA está aprendendo a plantar, cultivar, colher, extrair e ministrar o Óleo caseiro da *Cannabis Medicinal*, tendo em vista que o processo de extração do medicamento que é algo absolutamente simples e que consiste em “cozinhar” as flores secas (e não as folhas) da *cannabis* em torno de 4 (quatro) horas em banho maria, juntamente com azeite de oliva extra virgem, coando a infusão do vegetal em azeite em pano de algodão.

O juízo de primeiro grau concedeu a ordem de salvo conduto às paciente para que seja autorizada a importar 120 (cento e vinte) sementes, para produção de óleo integral da *cannabis*, a cada 12 (doze) meses, exclusivamente para o tratamento das patologias já apontadas, bem como autorizou a plantação de 120 sementes anuais bem como cultivo, colheita, extração e produção artesanal e uso conforme prescrição médica do óleo integral da *Cannabis spp*, garantindo-se

que as autoridades encarregadas sejam impedidas de proceder à prisão e persecução penal da paciente pela produção artesanal e uso conforme prescrição médica de Cannabis sativa, vedando-se, ainda, a apreensão ou destruição das plantas em questão, cultivadas para fins de tratamento único e exclusivo da paciente CLARICE.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo actu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal, o que ficou demonstrado no presente feito.

De fato, verifica-se a presença concomitante dos requisitos *periculum in mora* (em razão da doença grave da paciente CLARICE SAMPAIO RODRIGUES) e *fumus boni iuris* (a atentar contra a liberdade de locomoção da paciente LIVIA SAMPAIO LEITE no caso de importação e cultivo das sementes de cannabis sativa para fins medicinais).

Os impetrantes instruíram o feito com relatório médico em que há demonstração da gravidade de seu estado de saúde e a necessidade de uso de óleo de *cannabis* para tratamento, cujo uso medicinal veio a ser reconhecido pelo Órgão Governamental competente (ANVISA), por meio da edição da RDC n. 156/2017, que, em seu artigo 2º, alterou as DCB, relacionadas no Anexo II, da lista completa disponibilizada pela Resolução-RDC nº. 64 de 28 de dezembro de 2012 (DOU de 03/01/2013), no Anexo I da Resolução-RDC nº 29, de 20 de maio de 2013 (DOU de 21/05/2013), no Anexo I da Resolução-RDC nº 11, de 06 de março de 2015 (DOU de 09/03/2015), no Anexo I da Resolução-RDC nº 71, de 30 de março de 2016 (DOU de 31/03/2016) e incluiu a Cannabis sativa L. como planta medicinal.

Além disso, em 11/12/2019, a ANVISA disciplinou os procedimentos para a concessão de autorização sanitária para a fabricação e a importação, comercialização, prescrição dispensação, monitoramento e fiscalização de produtos Cannabis para fins medicinais pela RDC 327 e, em 24/01/2020, editou a RDC 335 que definiu os critérios e procedimentos para a importação de produtos derivados da Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Nesse particular, a despeito de restar proibida a produção do óleo essencial no País pela ANVISA, restou autorizada sua importação, o que, no particular mostrou-se impeditivo, já que tal medicamento prescrito possui preço elevado se comparado à situação de hipossuficiência do paciente a ser beneficiado e seus familiares.

Assim, ao restringir a autorização para a produção e óleo de *cannabis sativa* caseiro estritamente para uso terapêutico e pessoal da paciente, não desborda de julgados que consideram a semente de maconha substância inócua e não classificada como entorpecente.

De fato, por constituir frutos aquênios da espécie *Cannabis Sativa Linneu* (conhecida popularmente como maconha), que não apresentam a substância tetrahidrocannabinol (THC), não produzem efeitos psicotrópicos e não são capazes de causar dependência, daí que não podem ser consideradas drogas, objeto material do tipo fundamental do tráfico.

Considerando-se que a semente da maconha não é droga, porque não contém THC, esta sim considerada substância entorpecente de uso proscrito no Brasil (Lista F1, da Portaria nº 344/98 - SVS/MS), não é possível admitir a existência material do crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, da Lei de Drogas.

Por outro lado, em razão da edição da já mencionada RDC n. 156/2017, pela ANVISA, restou autorizada a produção de medicamentos contendo a substância ativa *Cannabis sativa Linneu* (maconha).

Com efeito, em razão da autorização governamental para importação de tais medicamentos e mesmo sua produção no Brasil, por empresas legalmente registradas e autorizadas pela ANVISA, não verifico qualquer ilegalidade a ser praticada pelos pacientes.

Destaque-se que a gravidade do quadro de doença da menor CLARICE SAMPAIO RODRIGUES permite, no particular, a incidência do estado de necessidade exculpante, para eximir sua mãe LIVIA SAMPAIO LEITE de responder penalmente pela prática dos delitos previstos pela Lei n. 11.343/06, já que proibi-la do uso do medicamento em referência, implicaria enormes prejuízos a sua saúde.

Por outro lado, a conduta da paciente não apresentará qualquer lesividade social, em razão do uso pessoal e restrito do medicamento por ela produzido e submetido a análises laboratoriais específicas para balizar seus parâmetros, a fim de que atenda seu específico quadro médico.

Com efeito, presentes os fundamentos legais autorizadores da concessão de *habeas corpus* nos termos em que definidos pelo Juízo de primeiro grau, confirmo a sentença, ora analisada, em sua integralidade.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao reexame necessário.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5021101-85.2020.4.03.0000

Impetrante e Paciente: HELDER GUIMARÃES RAMOS
Impetrado: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 5ª VARA FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 04/02/2021

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. MODALIDADE ENCCEJA. BASE DE CÁLCULO. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CNJ. RESOLUÇÃO Nº 3/2010 DO CNE. ART. 126, PARÁGRAFOS 1º E 5º DA LEP. ORDEM DENEGADA.

O Juízo imperado homologou o Certificado de Conclusão de Ensino Médio de Helder Guimarães Ramos, em razão da aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos para Pessoas Privadas de Liberdade – ENCCEJA. A autoridade impetrada considerou 50% da carga horária legal (1.200 horas) para o ensino médio, ou seja, 600 horas/aula, que nos termos do art. 126, § 1º, I, da LEP, correspondem a 50 (cinquenta) dias remidos. Além disso, o Juízo acresceu 1/3 (um terço), nos termos previsto no art. 126, §5º da LEP, totalizando 67 (sessenta e sete) dias remidos.

A decisão ora atacada encontra-se em consonância com a Recomendação n. 44/2013 do CNJ; com a Resolução n. 3/2010 do CNE que institui “Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA”, bem como com o art. 126, §1º e §5º da LEP. A base de cálculo para a remição deve ser de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio (1.200 horas), que corresponde a 600 horas, acrescidas de 1/3, nos termos do art. 126, §5º da LEP, uma vez que o paciente concluiu o ensino médio durante o cumprimento da pena, totalizando 67 dias remidos, como decidiu o Juízo de origem.

Conforme dispõe o art. 126, §1º, I da LEP, a contagem de tempo para a remição por estudo deve ser feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar. Assim, a base de cálculo (600 dias) deve ser dividida por 12, obtendo-se 50 dias, acrescidos de 1/3.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Décima Primeira Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado de próprio punho pelo paciente HELDER GUIMARÃES RAMOS, contra ato praticado pelo Juízo da 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE CAMPO GRANDE, nos autos da execução penal nº 0006494-73.2015.4.03.6000 (ID 138027866).

Narra, em síntese, que a autoridade impetrada homologou o certificado de conclusão do ensino médio na modalidade ENCCEJA, concedendo-lhe a remição de 67 dias.

No presente *habeas corpus*, o paciente insurge-se contra a base de cálculo utilizada para a remição pelo estudo.

Sustenta que devem ser remidos 133 dias, considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio regular (2.400 horas). Cita, nesse sentido, decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, nos autos do RHC 165.084.

Requer, liminarmente, a concessão da remição de 133 dias e, no mérito, a concessão definitiva da ordem.

A Defensoria Pública da União ratificou integralmente as razões suscitadas pelo impetrante (ID 145553798).

A autoridade impetrada prestou as informações (ID 144852627).

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

HELDER GUIMARÃES RAMOS insurge-se contra a decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que nos autos nº 0006494-73.2015.4.03.6000, homologou o certificado de conclusão do ensino médio na modalidade ENCCEJA e determinou a remição de 67 dias.

O paciente alega, em síntese, que faz jus à remição de 133 dias, uma vez que a base de cálculo a ser adotada corresponde a 50% de 2.400h, ou seja, 1.200 horas divididas por 12 (art. 126, §1º, I da LEP), acrescidas de 1/3 (art. 126, §5º da LEP).

Extrai-se dos autos que em 29/05/2019 o Juízo imperado homologou o Certificado de Conclusão de Ensino Médio de Helder Guimarães Ramos, em razão da aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos para Pessoas Privadas de Liberdade – ENCCEJA. Confira-se a decisão:

Assim sendo, homologo, para os devidos fins, o certificado de conclusão do ensino médio, em face do preso HELDER GUIMARÃES RAMOS, mediante aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos para Pessoas Privadas de Liberdade e Jovens sob Medida socioeducativa - ENCCEJA Nacional PPL 2017 e certificado emitido pela Escola Estadual Polo Profª Regina Lúcia Anffe Nunes Betine, correspondendo a 50 (cinquenta) dias remidos da sua pena (fls. 666). Homologo, para os devidos fins, o acréscimo de 1/3 (um terço) dos dias remidos, em face do preso HELDER GUIMARÃES RAMOS, pela conclusão de ensino médio (tabela retro), nos termos do art. 126, 5º da LEP, acrescentando-se 17 (dezessete) dias remidos da sua pena.

Nos termos do art. 1º, inciso IV da Recomendação nº 44 do CNJ, a autoridade impetrada considerou 50% da carga horária legal (1.200 horas) para o ensino médio, ou seja, 600 horas/aula, que nos termos do art. 126, § 1º, I, da LEP, correspondem a 50 (cinquenta) dias remidos. Além disso, o Juízo acresceu 1/3 (um terço), nos termos previsto no art. 126, §5º da LEP, totalizando 67 (sessenta e sete) dias remidos.

O paciente requereu novo cálculo e pleiteou a remição de 133 dias, mas o pedido restou indeferido.

A ordem deve ser denegada, uma vez que a decisão ora atacada encontra-se em consonância com a Recomendação n. 44/2013 do CNJ; com a Resolução n. 3/2010 do CNE que institui “Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA”, bem como com o art. 126, §1º e §5º da LEP.

Dispõe o artigo 1º, IV, da Recomendação 44/2013 do CNJ:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

[...]

IV- na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), *considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio” (grifei).*

Deste modo, a base de cálculo para a remição deve ser de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio (1.200 horas), que corresponde a 600 horas, acrescidas de 1/3, nos termos do art. 126, §5º da LEP, uma vez que o paciente concluiu o ensino médio durante o cumprimento da pena, totalizando 67 dias remidos, como decidiu o Juízo de origem.

Vale ressaltar que, conforme dispõe o art. 126, §1º, I da LEP, a contagem de tempo para a remição por estudo deve ser feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar. Assim, a base de cálculo (600 dias) deve ser dividida por 12, obtendo-se 50 dias, acrescidos de 1/3.

Nesse sentido, trago recentes decisões do Supremo Tribunal Federal:

“O acórdão recorrido ratificou as decisões das instâncias anteriores para reconhecer que a base de cálculo da remição de pena em função da aprovação no Exame Nacional de Certificação de Competências para Jovens e Adultos (ENCCEJA), nível ensino médio, é de 50% sobre 1.200 horas, ou seja, 600 horas. A solução conjuga o artigo 126, § 1º, da LEP, que autoriza a remição de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, com a Recomendação 44/2013 do CNJ, a qual, por sua vez, remete à Resolução 03/2010, do Conselho Nacional de Educação. Orientam, tais normas, o Juízo da Execução, a considerar ‘como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino (...), isto é, 1600 (mil

e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e *1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio*. No caso, o paciente teve aprovação total no ENCCEJA, nível de ensino médio. A fortiori, ‘o Juízo da Execução deverá considerar, para fins de remição por estudo realizado pelo próprio apenado, 50% da carga horária definida legalmente, de 1.600 horas para a conclusão do Ensino Fundamental e de 1.200 horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, consoante a previsão do art. 4º, II, III e parágrafo único da Resolução nº 03/2010 do Conselho Nacional de Educação”. Precedente desta Corte: HC 173.960, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16.12.2019’ (RHC 173.208, Rel. Min. Gilmar Mendes). Nesse sentido diversos precedentes da Corte: HC 187.001, Rel. Min. Carmem Lúcia, RHC n. 173.20, Rel. Min. Gilmar Mendes; 174.894, Rel. Min. Roberto Barroso. Na hipótese, de acordo com o acórdão recorrido, ‘Corte de origem, ao ratificar a decisão do Juízo das Execuções Criminais, adotou, corretamente, a compreensão de que o parâmetro de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio (previsto na Recomendação nº 44, de 26/11/2013, do Conselho Nacional de Justiça) corresponde a 600 (seiscentas) horas, sendo que, no caso, com o acréscimo de 1/3 (um terço) – derivado da certificação de conclusão do ensino médio, nos moldes do art. 126, § 5º, da Lei de Execuções Penais –, resulta no direito à 66 (sessenta e seis) dias de remição da pena pela aprovação total do Recorrente no ENCCEJA. Nesse prisma, ‘não comporta reparos a base de cálculo adotada pelas instâncias ordinárias: 50% da carga horária de 1.200 horas (600 horas), com a divisão desse total por 12 (um dia de pena para cada doze horas), o que corresponde a 50 (cinquenta) dias de remição na hipótese de aprovação nas 5 (cinco) áreas de conhecimento, observando-se, na espécie, o disposto no art. 126, § 5º, da Lei de Execuções Penais’. *Portanto, estando o ato coator parametrizado com a jurisprudência desta Suprema Corte, não há ilegalidade a ser reparada no tocante ao cálculo de remição da pena aplicada ao paciente.* (STF. HC 188441 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 01/09/2020) - grifei.

O art. 126, da Lei nº 7.210/84, com redação dada pela Lei nº 12.433/11, estabelece que ‘o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena’. Já a contagem do tempo, segundo o art. 126, § 1º, da LEP, será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. 12. De outro lado, a *Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, suprindo lacuna do art. 126, § 5º, da LEP, possibilitou que o apenado seja agraciado com a remição de sua pena, sem estar vinculado a atividades de ensino, mas demonstrando mérito pessoal por lograr aprovação em exames oficiais de conclusão dos ensinos fundamental e médio, estudando por conta própria: (...) 13. No caso sob exame, as instâncias ordinárias e o STJ indeferiram o pleito defensivo com base nas disposições expressas da Recomendação nº 44/2013 do CNJ, a qual estabelece que o Juízo da Execução deverá considerar, para fins de remição por estudo realizado pelo próprio apenado, 50% da carga horária definida legalmente, de 1.600 horas para a conclusão do Ensino Fundamental e de 1.200 horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, consoante a previsão do art. 4º, II, III e parágrafo único da Resolução nº 03/2010 do Conselho Nacional de Educação. 14. De fato, como bem asseverou o eminente Ministro Roberto Barroso, no RHC nº 174.894/SC, ‘a recomendação do Conselho Nacional de Justiça faz referência à carga horária estabelecida na Resolução n. 03/2010, do Conselho Nacional de Educação – CNE, única norma a dispor sobre a duração de cursos de ensino fundamental e médio para jovens e adultos. [...] Apesar da combativa defesa, não é o Conselho Nacional de Justiça, mas a Resolução n. 3/2010 do CNE que institui Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA’. [...] Ao maior de 18 anos de idade a*

conclusão dos cursos ocorre em período muito mais exíguo, consoante as regras específicas da Resolução n. 03/2010, do CNE. [...]’ (RHC 174894, Rel.: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 24/09/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 26/09/2019 PUBLIC 27/09/2019). 15. *A decisão impugnada está, portanto, em consonância com a regulamentação sobre o tema. Cálculo que não merece reforma*. 6. *O acórdão impugnado harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal na qual, em casos análogos, se assentou: “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECUSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMISSÃO POR ESTUDO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. 1. Da análise dos autos não se comprova ter havido equívoco no cálculo para a remição pretendida pela defesa, sendo aplicada ao caso a legislação pertinente. Tal como consta no parecer ministerial, “a pretensão da Defensoria Pública [...] é desprovida de respaldo fático-legal, pois busca que seja adotada como parâmetro uma carga horária maior, prevista nas diretrizes nacionais de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio” (art. 4º, I, da Lei n. 9.394, de 20/12/1996), inaplicável, consequentemente, ao apenado e a todos os estudantes maiores de idade, para os quais, como visto, incidem as regras previstas na Resolução nº 3/2010, do Conselho Nacional de Educação (às quais remete a recomendação do CNJ)”*. 2. *Agravo regimental desprovido*” (RHC n. 174894, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 13.2.2020). Confirmam-se, ainda, nesse mesmo sentido: RHC n. 173.208, de que foi Relator o Ministro Gilmar Mendes; DJe de 26.3.2020; HC n. 173.960, de minha Relatoria, DJe 18.12.2019; RHC n. 187.787-AgR, de que fui Relatora, Segunda Turma, DJe de 11.5.2020, entre outros. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao habeas corpus (§ 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (STF. HC 191171 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 14/09/2020) - grifei.

Na espécie vertente, não se há cogitar de equívoco no cálculo para a remição pretendida pela defesa do paciente, tendo sido observada a legislação pertinente, como exposto no parecer da Procuradoria-Geral da República: “2. Colhe-se dos autos que o paciente encontra-se preso em regime fechado para cumprimento de reprimenda a ele imposta (Execução nº 0022432-47.2013.8.24.0023). A Defesa requereu ao Juízo da Vara Regional de Execuções Penais da Comarca de São José/SC remição de sua pena pela aprovação no ENCCEJA/2017 Ensino Médio - tendo-lhe sido deferida apenas a remição de 66 dias, já acrescentado 1/3 previsto no art. 126, § 1º e § 5º, da LEP (fls. 36/37). 3. Irresignada, a Defesa impetrou habeas corpus, perante o Tribunal de Justiça de origem, buscando fossem remidos 133 dias da pena do paciente, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O TJ/SC, todavia, denegou a ordem (fls. 64/72). 4. Contra tal decisão, a Defesa impetrou nova ordem de habeas corpus, a qual o ilustre Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, indeferiu liminarmente (fls. 79/81). 5. A Defesa interpôs, então, agravo regimental, pugnando pela reconsideração da decisão impugnada, a fim de que fosse concedido o writ. 6. A Col. Sexta Turma do STJ, por seu turno, negou provimento ao agravo (...). 7. No presente habeas corpus, a Defesa sustenta que ‘o correto para se chegar ao cálculo de 50% sobre a carga horária definida legalmente no presente caso (2.400) é de 1.200 horas prevista na Resolução nº 44/2013 do CNJ’ (fl. 06). (...) 10. A irresignação, data venia, não merece prosperar. 11. O art. 126, da Lei nº 7.210/84, com redação dada pela Lei nº 12.433/11, estabelece que ‘o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena’. Já a contagem do tempo, segundo o art. 126, § 1º, da LEP, será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. 12. De outro lado, a Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, suprimindo lacuna do art. 126, § 5º, da LEP, possibilitou que o apenado

seja agraciado com a remição de sua pena, sem estar vinculado a atividades de ensino, mas demonstrando mérito pessoal por lograr aprovação em exames oficiais de conclusão dos ensinamentos fundamental e médio, estudando por conta própria: ‘O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais, RESOLVE: Art. 1º Recomendar aos Tribunais que: [...] IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio; (...)’. 13. *No caso sob exame, as instâncias ordinárias e o STJ indeferiram o pleito defensivo com base nas disposições expressas da Recomendação nº 44/2013 do CNJ, a qual estabelece que o Juízo da Execução deverá considerar, para fins de remição por estudo realizado pelo próprio apenado, 50% da carga horária definida legalmente, de 1.600 horas para a conclusão do Ensino Fundamental e de 1.200 horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, consoante a previsão do art. 4º, II, III e parágrafo único da Resolução nº 03/2010 do Conselho Nacional de Educação.* 14. *De fato, como bem asseverou o eminente Ministro Roberto Barroso, no RHC nº 174.894/SC, ‘a recomendação do Conselho Nacional de Justiça faz referência à carga horária estabelecida na Resolução n. 03/2010, do Conselho Nacional de Educação – CNE, única norma a dispor sobre a duração de cursos de ensino fundamental e médio para jovens e adultos. [...] Apesar da combativa defesa, não é o Conselho Nacional de Justiça, mas a Resolução n. 3/2010 do CNE que institui ‘Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA’. [...] Ao maior de 18 anos de idade a conclusão dos cursos ocorre em período muito mais exíguo, consoante as regras específicas da Resolução n. 03/2010, do CNE. [...]’ (RHC 174894, Rel.: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 24/09/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 26/09/2019 PUBLIC 27/09/2019).* 15. *A decisão impugnada está, portanto, em consonância com a regulamentação sobre o tema. Cálculo que não merece reforma”. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao habeas corpus (§ 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (STF. HC 173960 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 11/12/2019) - grifei*

8. O recurso ordinário não deve ser provido. 9. O Ministério Público Federal se manifestou nos autos sob os seguintes fundamentos, que acolho como razões de decidir: “[...] 6. Como visto, as instâncias ordinárias e o STJ indeferiram o pleito defensivo com base nas disposições expressas da Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, segundo a qual o Juiz da Execução deverá considerar, para fins de remição por estudo realizado pelo próprio apenado, 50% da carga horária definida legalmente, de 1.200 horas para o ensino médio e de 1.600 horas para a conclusão do Ensino Fundamental, consoante a previsão do art. 4º, III, da Resolução n. 03/2010 do CNE. 7. A pretensão da Defensoria Pública, nesse contexto, é desprovida de respaldo fático-legal, pois busca que seja adotada como parâmetro uma carga horária maior, prevista nas diretrizes nacionais de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio” (art. 4º, I, da Lei n. 9.394, de 20/12/1996), inaplicável, conseqüentemente, ao apenado e a todos os estudantes maiores de idade, para os quais, como visto, incidem as regras previstas

na Resolução nº 3/2010, do Conselho Nacional de Educação (às quais remete a recomendação do CNJ). [...] 10. Com efeito, da análise dos autos, não se comprova ter havido equívoco no cálculo para a remição pretendida pela defesa, sendo aplicada ao caso a legislação pertinente. Vejam-se os seguintes trechos do voto condutor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: “[...] Não existe nenhuma dúvida a respeito da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, a atrair interpretação maléfica ao apenado. O órgão foi expresso ao sugerir que, na hipótese de remição por aprovação em exames nacionais por esforço próprio, o Juiz utilize, como base de cálculo para o benefício, 50% da carga horária definida no art. 4º, II, III e seu parágrafo único, da Resolução n. 03/2010, do CNE. *Basta a singela leitura da Resolução n. 03/2010, do CNE, referida na Recomendação n. 44/2013, do CNJ, para verificar qual é a carga horária dos ensino fundamental e médio para adultos.* Confira-se: Art. 4º Quanto à duração dos cursos presenciais de EJA, mantém-se a formulação do Parecer CNE/CEB nº 29/2006, acrescentando o total de horas a serem cumpridas, independentemente da forma de organização curricular: [...] II - para os anos finais do Ensino Fundamental, a duração mínima deve ser de 1.600 (mil e seiscentas) horas; III - para o Ensino Médio, a duração mínima deve ser de 1.200 (mil e duzentas) horas. Nesse cenário, mantenho a decisão agravada. [...] A teor do art. 126 da LEP, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. A contagem será feita à razão de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 dias. O agravante estudou por conta própria e realizou dois exames, com certificação nos ensino fundamental e médio. (...) [...] O reeducando foi, então, beneficiado com o art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/2013, do CNJ, que estabelece a seguinte diretriz: na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio; A recomendação faz referência expressa à Resolução n. 03/2010 do CNE. Considera-se, para cômputo das horas: a) 50% da carga horária definida legalmente para os níveis de ensino fundamental e médio, que, no caso de jovens e adultos, é de 1.600 e 1.200 horas, o que resulta 800 e 600 horas; b) a razão de 1 dia de pena a cada 12 horas, com total de 66 e 50 de remição para aprovação em todas as matérias do exame. O acréscimo de 1/3 previsto no art. 126, § 5º, da LEP ocorre quando o apenado consegue a pontuação mínima para o certificado de conclusão dos ensinos. É incabível considerar carga horária diferenciada, a despeito de alguns julgados divergentes. A recomendação do Conselho Nacional de Justiça faz referência à carga horária estabelecida na Resolução n. 03/2010, do Conselho Nacional de Educação – CNE, única norma a dispor sobre a duração de cursos de ensino fundamental e médio para jovens e adultos. [...] Apesar da combativa defesa, não é o Conselho Nacional de Justiça, mas a Resolução n. 3/2010 do CNE que institui “Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA”. A norma estabelece: II - para os anos finais do Ensino Fundamental, a duração mínima deve ser de 1.600 (mil e seiscentas) horas; III - para o Ensino Médio, a duração mínima deve ser de 1.200 (mil e duzentas) horas. A Lei n. 9.394/1996 – único regramento que, em

seu art. 24, II, estabelece carga horária mínima anual de 800 horas para a sexta até a nona série [3.200 horas] e para cada um dos três anos do ensino médio [2.400 h] – não poderá ser aplicada ao apenado, por estabelecer diretrizes nacionais de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade” (art. 4º, I). Ao maior de 18 anos de idade a conclusão dos cursos ocorre em período muito mais exíguo, consoante as regras específicas da Resolução n. 03/2010, do CNE. [...]” 11. Diante do exposto, com base no art. 192, c/c o art. 312, do RI/STF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus. (STF. RHC 174894 / SC - SANTA CATARINA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO . Julgamento: 24/09/2019) - grifei.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

5021828-44.2020.4.03.0000

Agravante: PAULO RANGEL DO NASCIMENTO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Réus: LEONARDO SAFI DE MELO, DIVANNIR RIBEIRO BARILE, TADEU RODRIGUES JORDAN, DEISE MENDRONI DE MENEZES, CLARICE MENDRONI CAVALIERI, PAULO RANGEL DO NASCIMENTO, CESAR MAURICE KARABOLAD IBRAHIM E JOSE JOAO ABDALLA FILHO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 15/12/2020

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INSTRUÇÃO CRIMINAL. REQUERIMENTO FORMULADO PELA DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA. JUÍZO DE DELIBAÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE RELEVÂNCIA AO MÉRITO DO JULGAMENTO DO PROCESSO-CRIME. PRECLUSÃO. CASO CONCRETO. ATO INSTRUTÓRIO QUE SE MOSTRA PRESCINDÍVEL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O agravo regimental é o recurso cabível para se impugnar decisão monocrática de relator em processo de competência originária, em casuística que envolve a recusa de *“produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência”* (art. 207, parágrafo único, do Regimento Interno do TRF3).
2. O direito à produção probatória no âmbito processual penal, a despeito de se traduzir em expressão da ampla defesa e do contraditório, não é ilimitado, impondo-se a realização de juízo de delibação sobre o requerimento formulado, restando imperioso o estabelecimento de vínculo mínimo de pertinência entre o pedido apresentado e a instrução probatória em desenvolvimento no bojo da ação penal. Precedentes.
3. O momento processualmente adequado para que sejam trazidas à análise do juízo as razões que sustentam a realização da prova é o mesmo em que aduzido o pedido, justamente com o objetivo de se verificar sua pertinência processual, nos moldes acima mencionados.
4. Perícia requerida que, no caso concreto, não se apresenta imprescindível por não ser capaz de influir no resultado da ação penal.
5. Deferida a oitiva dos assistentes técnicos indicados, como testemunhas do juízo.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (Id. 148417847), nos termos do voto da Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Votaram os Desembargado-

res Federais NERY JÚNIOR, ANDRÉ NEKATSCHALOW, CONSUELO YOSHIDA, WILSON ZAUHY, MARISA SANTOS, NINO TOLDO, PAULO DOMINGUES, INÊS VIRGÍNIA, LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE e NEWTON DE LUCCA. Ausente, ocasionalmente, a Desembargadora Federal MARLI FERREIRA. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais PEIXOTO JÚNIOR, HÉLIO NOGUEIRA e SOUZA RIBEIRO. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Trata-se de agravo regimental interposto pela defesa de Paulo Rangel do Nascimento (petição de Id. 148417847) em 1º de dezembro do corrente ano, “*em face da decisão de ID 147885768, da qual tomaram ciência em 27 de novembro p.p. (conforme documentos comprobatórios anexos), que, monocraticamente, indeferiu o pedido de prova pericial formulado pelo peticionário (p. 7/11)*”, assim fundamentado o *decisum* ora atacado:

Requerimentos formulados pelos advogados de Paulo Rangel do Nascimento, no bojo da defesa prévia protocolizada sob Id. 145376320, abaixo reproduzidos:

3. Seja homologada, nos termos do artigo 159, §3º, do Código de Processo Penal, a indicação que ora se faz dos Srs. ABEL NICOLAU DOS SANTOS, economista inscrito no CRE sob o nº 17.535-8, com endereço na Rua Brigadeiro Jordão, nº 435, Ipiranga, São Paulo, CEP 04.210-000, e ANTÔNIO CARLOS BECHTOLD, contador inscrito no CRC sob o nº 1SP084948, com endereço na rua Alferes Magalhães, nº 92, 10º andar, Santana, São Paulo, como assistentes técnicos da defesa, a fim de que possam, nos termos art. 159, §5º, inciso II, do CPP: a) oferecer parecer técnico em relação ao material relativo à movimentação financeira e variação patrimonial do acusado no período compreendido na denúncia, em prazo a ser definido pelo juízo e b) prestar esclarecimentos em juízo, em data a ser designada por V. Exa.

Caso assim não entender V. Exa., os nomes dos Srs. ABEL NICOLAU DOS SANTOS e ANTÔNIO CARLOS BECHTOLD passam a fazer parte integrante do rol de testemunhas, requerendo-se desde já suas oitivas nessa qualidade.

Ressalte-se que a indicação de assistentes técnicos financeiro e contábil por esta defesa se revela imprescindível diante da alegação contida na denúncia no sentido de que “o advogado Paulo Rangel do Nascimento também desempenhavam o papel de operadores financeiros do esquema criminoso, responsáveis por providenciar ou operacionalizar as estruturas de lavagem de dinheiro a que eram submetidas as propinas pagas e demais proveitos econômicos originados do esquema delitivo” (fl. 121), bem como para esclarecer o conteúdo do IPEI nº SP20200008 e do Relatório de Análise de Polícia Judiciária nº 48/2020.

Ademais, de se ressaltar que a competência de ambos é complementar entre si (sendo um economista e o outro contador), de forma a mais bem esclarecer pontos ainda obscuros da acusação, mais precisamente no que diz respeito ao suposto recebimento de valores pelo peticionário por ordem da 21ª Vara Federal, bem como de sua movimentação financeira e variação patrimonial.

4. Considerando, ainda, que recai sobre o acusado tão somente a acusação de participação em organização criminoso, na qual, supostamente, “Paulo Rangel do Nascimento também possuía atividade preponderante, extremamente próxima dos demais integrantes, atuando,

no interesse da organização criminosa, em vários feitos que tramitam na 21ª Vara Federal Cível de São Paulo, de maneira frequente, estável, desembaraçada e eficiente” (fl. 132), bem como “estavam reunidos, também, para a prática do crime de lavagem de ativos...” (fl. 131), revela-se necessário perscrutar se há qualquer indício de transferência de valores entre eles, sem a qual a acusação não subsiste, ao menos em relação a Paulo.

Nesse contexto, requer a defesa seja determinada a designação de perito oficial para examinar a movimentação financeira do acusado no período objeto da denúncia, a fim de que o Sr. Perito responda aos questionamentos abaixo formulados, reservando-se a defesa, contudo, ao direito de formular quesitos complementares:

- a. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS; e LEONARDO SAFI DE MELO, THATIANE FERNANDES DA SILVA, ADULCIMAR TEIXEIRA GONÇALVES e/ou ALBINA DA SILVA TEIXEIRA? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- b. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e DIVANNIR RIBEIRO BARILE e FLÁVIA ROLAND RIBEIRO BARILE? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- c. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e CESAR MAURICE KARABOLAD IBRAHIM? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- d. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e DEISE MENDRONI DE MENEZES? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- e. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e CLARICE MENDRONI CAVALIERI? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- f. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e TADEU RODRIGUES JORDAN? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- g. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e JOSÉ JOÃO ABDALLA FILHO? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- h. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e STOLF CESNIK ADVOGADOS ASSOCIADOS? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?
- i. Houve a constatação de pagamentos e/ou transferências de valores efetuados entre PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS e EQUITAS CONSULTORES E CONTADORES ASSOCIADOS ou EQUITAS ARBITRAGEM E PERÍCIAS? Em caso positivo, quais foram as datas dos pagamentos e respectivos montantes?

j. No período compreendido na denúncia, houve expedição de ordem de levantamento de valores, por parte da 21ª Vara Federal, em nome de PAULO RANGEL DO NASCIMENTO e/ou PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV e/ou RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS?

i. Em caso afirmativo, qual(is) o(s) valor(es) da(s) respectiva(s) ordem(ns)? Tais valores se coadunam com o que era efetivamente devido?

k. No que tange ao Processo nº 0977336-89.1988.4.03.6100, de cumprimento de sentença relativo ao espólio de Charlotte Franke Franco de Mello, indaga-se:

i. o valor referente à “terra nua”, “benfeitorias”, “custas” e “honorários” foi corrigido de acordo com o que dispõe a “Tabela de Correção Monetária do conselho da Justiça Federal – CJF – DESAPROPRIAÇÕES”, bem como seguiu o disposto em decisão do Superior Tribunal de Justiça neste caso?

ii. A expedição do Alvará de levantamento nº 4285319, no valor de R\$ 602.865,73, pela 21ª Vara Federal de São Paulo, em nome do Espólio de Charlotte Franke Franco de Mello e/ou Paulo Rangel do Nascimento, está de acordo com o valor efetivamente devido?

iii. Houve algum tipo de acréscimo/sobre valor ao que era devido? Em caso positivo, tal sobre valor foi ocasionado por intervenção do juiz federal que preside a instrução?

Em atendimento ao determinado na decisão de Id. 146286328, de “abertura de vista ao Ministério Público Federal, oportunizando-se manifestação a esse respeito”, sobreveio pronunciamento da Procuradoria Regional da República da 3.ª Região, de seguinte teor (Id. 146366019):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela Procuradora Regional da República que esta subscreve, manifesta-se ciente da r. decisão id. 146286328.

Outrossim, em atenção ao item c.2 do referido decism, o *Parquet* Federal requer seja indeferido o pedido de “designação de perito oficial para examinar a movimentação financeira do acusado no período objeto da denúncia”, formulado por PAULO RANGEL DO NASCIMENTO, pois já constam dos autos: (i) o Relatório de Análise de Polícia Judiciária nº 52/2020 (Id. 137589388, p. 43-180 do Inquérito Judicial nº 5006468-69.2020.4.03.0000), cujo objetivo foi “verificar, com base nas informações prestadas pela Receita Federal o, a compatibilidade entre os rendimentos das pessoas investigadas, suas movimentações financeiras e respectiva evolução patrimonial”; e (ii) a análise procedida pela Receita Federal no IPEI nº SP20200008 (Id. 137087563, p. 13-24 do Inquérito Judicial nº 5006468-69.2020.4.03.0000).

Ademais, nos termos de certidão (Id. 138621603 do Inquérito Judicial nº 5006468-69.2020.4.03.0000) lavrada em 4-8-2020, foi recebido e acautelado na Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, “um HD externo marca Seagate encaminhado pelo Ilmo. Sr. Escrivão de Polícia Federal CELSO RICARDO GOMES DA SILVA”, o qual contém “a integralidade dos dados bancários obtidos a partir do afastamento de sigilo deferido pela Excelentíssima Desembargadora Federal Relatora”, conforme Guia de Trâmite Físico nº 3113/2020 (Id. 138621604 do Inquérito Judicial nº 5006468-69.2020.4.03.0000). Deste modo, considerando a desnecessidade da perícia, requer o Ministério Público Federal seja indeferida. Entretanto, o indeferimento não obsta a juntada, por PAULO RANGEL DO NASCIMENTO, das considerações que entender pertinentes quanto aos dados relativos a sua movimentação financeira e variação patrimonial.

São Paulo, 9 de novembro de 2020.

A partir do encaminhamento conferido no bojo do despacho de Id. 147113025 (“Diante do quanto consignado pela defesa do corréu – “considerando que não existe previsão legal para a abertura de “réplica” após o oferecimento desta defesa prévia, bem como considerando que a defesa sempre tem a prerrogativa de manifestar-se por último no processo penal, requer-se que não seja feita vista desses autos ao Ministério Público Federal antes da decisão desse

Juízo sobre os pleitos ora formulados. Caso, entretanto, seja dada vista dos autos ao Ministério Público, desde já requer o acusado, por igual período concedido à Acusação, prazo para oferecimento de “tréplica” às eventuais colocações ministeriais” – e com o objetivo de se viabilizar o contraditório também acerca do pronunciamento ministerial a que se fez menção acima, *oportunize-se a Paulo Rangel do Nascimento manifestação a esse respeito, fixando-se, a tanto, prazo de 48 (quarenta e oito) horas.*”), a defesa do acusado se manifestou nestes termos (Id. 147633591):

Inicialmente, esta defesa insiste na realização de nova perícia dos dados bancários e financeiros do peticionário, juntados aos autos, nos moldes requeridos em sede de defesa prévia (id 145376320). Isso porque, em que pese o quanto alegado pelo *Parquet* federal, trata-se de direito das partes, previsto no art. 159, § 5º, do Código de Processo Penal, requerer a oitiva de peritos e indicar assistentes técnicos para elaborar laudos periciais complementares de interesse para o feito, sendo esse, inclusive, um dos elementos-chaves para a conformação do contraditório no âmbito do processo penal.

Dessa forma, a indicação de assistentes técnicos financeiro e contábil por esta defesa, uma vez mais, revela-se imprescindível para fins de aclarar as alegações contidas na exordial acusatória, no IPEI nº SP20200008 e nos vários outros Relatórios de Análise de Polícia Judiciária juntados aos autos, complementando-os com outros aspectos de interesse para o feito.

Além disso, nesta oportunidade, ressalta-se que, em audiência realizada em 18 de novembro de 2020 (cf. termo de deliberação em audiência remota por videoconferência - id 147126740), Vossa Excelência deferiu pedido formulado por esta defesa, para que fosse certificado se os dados relativos à “e-financeira” - expressão utilizada pelo Sr. Mauro Kitagava em suas declarações -, encontravam-se custodiados na Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário ou na Superintendência da Polícia Federal de São Paulo, o que, até o presente momento, não ocorreu. Embora tenham transcorridos poucos dias desde a audiência em que houve o deferimento da certificação, é sabida e sentida a celeridade que vem sendo impulsionada ao feito, principalmente em razão de réus estarem presos. Assim, não obstante não se anteveja “demora” na certificação, esta defesa preocupa-se em acessar o referido material com tempo hábil para estudo e elaboração de considerações, se o caso.

Por esse motivo, certos da imensa quantidade de trabalho dos servidores desse órgão especial, mas visando o quanto antes o acesso ao citado material, esta defesa entende ser necessário que a Superintendência da Polícia Federal e a Receita Federal sejam oficiadas diretamente para que disponibilizem, na Subsecretaria deste Órgão Especial, cópias integrais dos dados digitais “e-financeira” utilizados pelo Sr. Mauro Kitagava para formular seu parecer de id 137087563, p. 14/24, juntado aos autos nº 5006468-69.2020.4.03.0000.

Ante todo o exposto, reitera o peticionário o os requerimentos pendentes de apreciação da Defesa Prévia e requer seja expedido ofício, diretamente, à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo/SP e à Receita Federal (especificamente, ao Escritório de Pesquisa e Investigação na 8ª Região Fiscal), requerendo que encaminhem a integralidade dos dados digitais (“e-financeira”), que embasaram os relatórios de análise assinados pelo Sr. Mauro Yochio Kitagava, à Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário.

De início, no que diz respeito ao requerimento quanto aos dados provenientes da denominada “e-financeira”, assim constou Termo de Audiência de Id. 147126740:

Pela defesa de Paulo Rangel do Nascimento, foi requerido que fosse certificado quanto a se os dados relativos à “e-financeira” estão custodiados na Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário ou na Superintendência de Polícia Federal em São Paulo, para fins de acesso; a esse respeito, a Excelentíssima Senhora Relatora deferiu o pedido, fazendo-o tanto para que seja lavrada a certidão, como requerido, quanto para que, se o caso, referidos elementos sejam

encaminhados pela autoridade policial à unidade processante, oportunizando-se aos procuradores das partes confecção de cópias, bastando para tanto contatar o cartório processante, como de resto tem ocorrido, conforme despachos anteriormente proferidos autorizando amplo acesso a tudo que se encontra sistematizado nos autos por meio de mídias acauteladas.

Considerando-se o ali determinado, *defiro* o pedido da defesa de Paulo Rangel do Nascimento, devendo a Subsecretaria do Órgão Especial e Plenário lavrar, de imediato, certidão a respeito, expedindo-se, ato contínuo e se o caso, ofícios à Superintendência Regional da Polícia Federal de São Paulo, para que encaminhe referidos elementos à unidade processante, franqueando-se seu acesso às partes desta ação penal, mediante comparecimento no aludido cartório, nos moldes do que se tem realizado em outras situações, a exemplo da constante do Id. 147756006. A seu turno, quanto ao pedido de realização de prova pericial, cabe, de início, afirmar que a instrução probatória é fase do processo penal em que os requerimentos das partes são levados à análise jurisdicional, notadamente à vista do poder do magistrado que a preside de “indeferir as [provas] consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal), entendendo-se como irrelevante “aquela que, apesar de tratar do objeto da causa, não possui aptidão de influir no julgamento da causa”, impertinente “aquela que não diz respeito à questão objeto de discussão no processo” e protelatória a que “visa apenas o retardamento do processo” (Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, 2016, 4.ª ed., item 12.2).

Por essa razão, o pedido probatório deve ser suficientemente instruído com as razões que o sustentam, em particular no que diz respeito àquilo que, segundo entende o requerente, não pode ser constatado mediante análise dos autos, ou mesmo ante intervenção da parte por meio de análise sob sua própria responsabilidade.

No caso dos autos, essa fundamentação não está clara, cingindo-se a afirmar que “revela-se necessário perscrutar se há qualquer indício de transferência de valores entre eles, sem a qual a acusação não subsiste, ao menos em relação a Paulo”; e que “a indicação de assistentes técnicos financeiro e contábil por esta defesa, uma vez mais, revela-se imprescindível para fins de aclarar as alegações contidas na exordial acusatória”, sem precisar, entretanto, a razão pela qual seria necessária perícia para analisar os dados, aspecto que, porquanto não detalhado, inviabiliza o deferimento da medida.

Veja-se que a parte não justifica minimamente porque a perícia seria necessária para indicar se há indício de transferência de valores entre os membros da organização criminosa – aspecto que poderia, em tese, ser detectado por ela própria ou, no limite, mediante análise técnica por ela viabilizada –, nem porque haveria caráter “imprescindível” na realização do ato, restringindo-se a repetir tais fundamentos sem fazê-los dialogar com o conteúdo propriamente dito dos autos.

Nesse sentido, cumpre consignar que o Ministério Público Federal, consoante acima pontuado, entende por desnecessária a perícia, verificando-se, dessa forma, que a eventual dúvida a respeito da interpretação de referidos elementos não é comum a acusação e defesa e não se encontra, reitere-se, suficientemente justificada nestes autos, não de modo a viabilizar o seu deferimento.

Agrega salientar, de mais a mais, que a necessidade da perícia também não se extrai dos quesitos apresentados.

Assim, depreende-se que a medida instrutória mais adequada à hipótese não é a nomeação de perito do juízo, mas sim que, se assim entender a defesa do corréu ora requerente, promova-se, de sua parte, análise técnica a respeito dos dados, inserindo-os nestes autos tais elementos, a serem levados em consideração com a totalidade dos demais aspectos atualmente colhidos na instrução probatória.

Note-se que referido entendimento, que perscruta os pedidos probatórios das partes, verificando-se sua necessidade à luz do que consta no processo penal, é procedimento amplamente

corroborado pela jurisprudência, que, inclusive, viabiliza ao magistrado indeferi-las, se assim entender necessário, ausente direito do réu de produzir quaisquer provas que veicula em petições nos autos:

Habeas corpus. Penal. Processo Penal. Ação Penal Originária.
[...]

4. Indeferimento de prova. O juiz tem o poder de indeferir provas que reputar “irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” – art. 400, § 1º, CPP. O indeferimento da perícia foi fundamentado na inexistência de demonstração da necessidade de avaliação que exija conhecimento técnico. Ausência de demonstração do erro de avaliação.

8. Ordem denegada.

(STF, HC nº 135026, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, julgado em 11/10/2016)

HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE PROVA. SUBSTITUIÇÃO DO ATO COATOR. SÚMULA 691.

1. Não há um direito absoluto à produção de prova, facultando o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal ao juiz o indeferimento de provas impertinentes, irrelevantes e protelatórias. Cabíveis, na fase de diligências complementares, requerimentos de prova cuja necessidade tenha surgido apenas no decorrer da instrução. Em casos complexos, há que confiar no prudente arbítrio do magistrado, mais próximo dos fatos, quanto à avaliação da pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes, sem prejuízo da avaliação crítica pela Corte de Apelação no julgamento de eventual recurso contra a sentença.

2. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra indeferimento de liminar por Relator em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior. Súmula 691. Óbice superável apenas em hipótese de teratologia.

3. Sobrevindo decisão do colegiado no Tribunal Superior, há novo ato coator que desafia enfrentamento por ação própria.

(STF, HC nº 100988, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, 1.ª turma, julgado em 15/05/2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. RECURSO IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do *habeas corpus*, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Pela leitura da inicial acusatória, da decisão que analisou a resposta à acusação, bem como do acórdão recorrido, verifica-se que a denúncia é suficientemente clara e concatenada, e atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não revelando quaisquer vícios formais. De fato, encontra-se descrito o fato criminoso, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, encontrando-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa.

3. Neste caso, constata-se a presença dos requisitos para o recebimento da denúncia, bem como a existência de evidências mínimas suficientes para o prosseguimento da ação. Dessa forma, revela-se prematuro o trancamento da ação penal, porquanto devidamente narrada a materialidade do crime e demonstrados os indícios suficientes de autoria. Assim, as alegações do recorrente devem ser examinadas ao longo da instrução processual, uma vez que não se revela possível, em *habeas corpus*, afirmar que os fatos ocorreram como narrados nem desqualificar a narrativa trazida na denúncia.

4. Ao magistrado, no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.

5. O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução (REsp n. 1.520.203/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1/10/2015).

6. Recurso improvido.

(STJ, RHC nº 130.409/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5.^a turma, julgado em 08/09/2020)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO MOTIVADO. POSSIBILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PREJUÍZO À DEFESA. NÃO COMPROVADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que é lícito o indeferimento da produção de provas protelatórias ou desnecessárias, de forma fundamentada, o que ocorreu na hipótese.

(...)

V - Ressalta-se que a Defesa não apontou ou comprovou o prejuízo que teria sido causado para o paciente, em vista da suposta nulidade, requisito essencial para que fosse eventualmente reconhecida e declarada. *Habeas Corpus* não conhecido.

(STJ, HC nº 544.796/GO, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposa, 5.^a Turma, julgado em 05/12/2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. PROVAS COLHIDAS NO CELULAR DO RÉU. APARELHO APREENDIDO DURANTE CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. LICITUDE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF (HC 352.390/DF, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 1º/8/2016).

(...)

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 567.637/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. PERÍCIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NEGATIVA FUNDAMENTADA. PRECLUSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. “A caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento de alguma prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização. Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com fito de formar sua convicção, entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese” (AgRg no RHC n. 35.897/SP, de minha relatoria, julgado em 18/9/2018, DJe 25/9/2018).

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no RHC 123.611/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6.^a Turma, julgado em 27/10/2020)

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de prova pericial formulado por Paulo Rangel do Nascimento. Nada obstante, considerando-se a indicação dos assistentes técnicos pela defesa, *defiro* a oitiva de ambos como testemunhas deste juízo, designando-se, para tanto, a data constante do calendário consolidado no tópico 5 deste decisum, *infra*, oportunidade em que poderão fornecer esclarecimentos a respeito de referidos dados, inclusive mediante questionamentos por parte dos advogados de defesa e dos representantes do órgão de acusação.

As razões recursais, embasadas no pressuposto de que, “considerando a imprescindibilidade da prova pericial indeferida, cuja realização não acarretará qualquer prejuízo ao trâmite do processo, revela-se de rigor a reversão da decisão mencionada, sob pena de violação a dispositivos de lei federal e da Constituição Federal, conforme demonstrado adiante”, vieram sistematizadas nos seguintes termos no agravo sob apreciação:

CONSIDERAÇÕES QUE REVELAM A NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA, A FIM DE QUE SEJA DETERMINADA A REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL PUGNADA PELA DEFESA

A acusação destes autos aponta suposta participação de PAULO RANGEL em “organização criminosa, voltada à venda de decisões judiciais em demandas em trâmite perante a 21^a Vara Federal Cível de São Paulo, bem como à apropriação de verbas referentes a honorários periciais, em datas ainda não totalmente estabelecidas, mas certo que entre 12-3-2018 e 30-6-2020” (fl. 120 da denúncia).

No que tange à atuação específica de PAULO RANGEL na dita organização criminosa, apontou a acusação que ele, as corrés DEISE e CLARICE “desempenhavam o papel de operadores financeiros do esquema criminoso, responsáveis por providenciar ou operacionalizar as estruturas de lavagem de dinheiro a que eram submetidas as propinas pagas e demais proveitos econômicos originados do esquema delitivo, tudo realizado por meio da atuação coordenada dos associados, de maneira altamente articulada e com a repartição de tarefas” (fl. 09 da denúncia).

Como supostos indícios de materialidade e autoria delitivas, destacou o *Parquet* que “foram identificados, no decorrer das investigações, vários feitos em trâmite perante a 21^a Vara Federal Cível de São Paulo, em que ficou evidenciada a prática de atos judiciais em decorrência da atuação de Paulo Rangel do Nascimento na organização criminosa, e que mantinha relacionamento estreito com o Diretor de Secretaria Divannir e com o Juiz Federal Leonardo

Safi de Melo. Realmente, o advogado Paulo Rangel do Nascimento patrocinou ou intermediou os interesses da organização, e se beneficiou, especialmente, nos processos nº 5001890-33.2019.4.03.6100 (Caso “Charlotte”), nº 5015729-621028.4.03.6100 (Caso “Martinez Diaz”), nº 0020165-39.1987.4.03.6100 – autos digitalizados nº 5011883-37.2018.4.03.6100 (Caso “Ribas”) e nº 5015672-10.2019.4.03.6100 (Caso “Monnerat”)” (fl. 133 da denúncia).

Em vista disso, para melhor elucidação dos fatos, em defesa preliminar, esta defesa justificou a pertinência da prova a ser produzida e pugnou pela designação de *perito oficial para examinar* a movimentação financeira do acusado no período objeto da denúncia, apontando os quesitos a serem por ele respondidos.

Parte dos quesitos apontados tem como objetivo a identificação de eventuais movimentações financeiras entre o peticionário e os demais integrantes da suposta organização criminosa, afinal, segundo a acusação, o peticionário desempenharia papel de “operacionalizar as estruturas de lavagem de dinheiro a que eram submetidas as propinas pagas e demais proveitos econômicos originados do esquema delitivo”.

Os demais quesitos são destinados a verificar, em suma, se os eventuais levantamentos de valores, pela 21ª Vara Federal, em nome do peticionário ou dos escritórios de advocacia PAULO RANGEL DO NASCIMENTO SOCIEDADE DE ADV. e RANGEL DO NASCIMENTO ADVOGADOS ASSOCIADOS, coadunam-se com os valores devidos nos feitos ou mesmo com disposições legais vigentes acerca das correções monetárias aplicáveis. Até porque, segundo a acusação, PAULO RANGEL, como advogado, teria se beneficiado indevidamente em processos sob seu patrocínio em trâmite no referido Juízo, por interferência indevida da serventia e do juiz federal. No entanto, como visto, referido pleito foi indeferido pela decisão agravada, com fundamento no art. 400, § 1º, do CPP, que apontou os seguintes aspectos:

- (i) O peticionário não teria precisado a necessidade da perícia para verificação das transferências de valores entre os membros da suposta organização criminosa, eis que tal aspecto poderia ser realizado mediante análise técnica viabilizada pela própria defesa;
- (ii) A necessidade da perícia também não se extrairia dos quesitos apresentados;
- (iii) O Ministério público entendeu desnecessária a perícia, de modo que “eventual dúvida a respeito da interpretação de referidos elementos não é comum a acusação e defesa e não se encontra, reitera-se, suficientemente justificada nestes autos, não de modo a viabilizar o seu deferimento”;
- (iv) A medida mais adequada à prova pugnada não seria a nomeação de perito do juízo, mas sim que a própria defesa promova a análise técnica dos dados, “inserindo-os nestes autos tais elementos, a serem levados em consideração com a totalidade dos demais aspectos atualmente colhidos na instrução probatória”.

Ocorre que tais argumentos, com a devida vênia, não merecem prosperar, uma vez que a perícia judicial pugnada *não* se trata de prova *irrelevante*, *impertinente* ou *protelatória*, de modo a justificar seu indeferimento nos termos do art. 400, § 1º, do CPP.

Inicialmente, quanto à alegação no sentido de que a própria defesa poderia proceder à análise das transferências de valores entre o peticionário e os demais integrantes da suposta organização criminosa, tal argumentação não se sustenta pelo simples fato de a perícia não objetivar unicamente tal análise, mas também verificar se houve ou não *superfaturamento* em eventuais valores levantados pelo peticionário em processos sob seu patrocínio que tramitaram na 21ª Vara Federal de São Paulo.

E a conclusão acerca dessa dupla finalidade da perícia pode ser concluída pelos próprios quesitos apresentados pela defesa, especialmente dos abaixo reproduzidos:

- “j. No período compreendido na denúncia, houve expedição de ordem de levantamento de valores, por parte da 21ª Vara Federal, em nome de Paulo Rangel do Nascimento e/ou Paulo Rangel do Nascimento Sociedade de Adv e/ou Rangel do Nascimento Advogados Associados?
- i. Em caso afirmativo, qual(is) o(s) valor(es) da(s) respectiva(s) ordem(ns)? Tais valores se coadunam com o que era efetivamente devido?

k. No que tange ao Processo nº 0977336-89.1988.4.03.6100, de cumprimento de sentença relativo ao espólio de Charlotte Franke Franco de Mello, indaga-se:

i. o valor referente à “terra nua”, “benfeitorias”, “custas” e “honorários” foi corrigido de acordo com o que dispõe a “Tabela de Correção Monetária do conselho da Justiça Federal – CJF – DESAPROPRIAÇÕES”, bem como seguiu o disposto em decisão do Superior Tribunal de Justiça neste caso?

ii. A expedição do Alvará de levantamento nº 4285319, no valor de R\$ 602.865,73, pela 21ª Vara Federal de São Paulo, em nome do Espólio de Charlotte Franke Franco de Mello e/ou Paulo Rangel do Nascimento, está de acordo com o valor efetivamente devido?

iii. Houve algum tipo de acréscimo/sobre valor ao que era devido? Em caso positivo, tal sobre valor foi ocasionado por intervenção do juiz federal que preside a instrução?”

Nesse sentido, em oposição ao quanto afirmado pela decisão agravada, dos próprios quesitos apresentados extrai-se a *imprescindibilidade* da perícia oficial. Isso porque, não se busca a mera análise do numerário eventualmente transferido entre os investigados, mas também a apuração de eventual valor inflado levantado em processo judicial pelo peticionário, por força de suposta interferência indevida do juiz federal LEONARDO SAFI DE MELO, acusado nestes autos.

Isto é, a perícia técnica possui *dois* alvos de exame, o primeiro demandaria a exclusiva análise dos extratos bancários dos acusados, a fim de rastrear as eventuais transações financeiras entre eles; o segundo, uma análise atinente ao *curso dos processos elencados*, a fim de se verificar eventuais acréscimos indevidos sobre valores levantados pelo peticionário naqueles autos. Com efeito, não se busca um apontamento estritamente objetivo por parte do perito judicial, mas também sua conclusão acerca da *idoneidade ou não* dos valores levantados pelo peticionário nos processos judiciais. Conclusão que, para que possa influir vigorosamente no livre convencimento motivado, certamente deve ser emanada de um perito oficial, com compromisso legal de isenção, dada a relevância da prova para o mérito da acusação.

Não se está aqui a desprezar o valor probatório da prova particular, o que se argumenta é a peculiaridade e a importância da prova técnica pugnada, características que exigem sua produção por perito oficial, dada sua isenção, que afasta o caráter unilateral da prova defensiva particular.

Bem por isso, mostra-se equivocado o argumento apresentado pela decisão agravada no sentido de que a prova pleiteada pela defesa poderá ser por ela produzida e juntada aos autos, visto que o valor dessa prova certamente será diminuído em comparação ao da prova produzida por perito oficial, em prejuízo ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, o art. 159, *caput*, do CPP estabelece que “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por *perito oficial*, portador de diploma de curso superior”. Referido artigo determina, em seu § 1º, que “Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. Ou seja, o próprio Código de Processo Penal estabelece como ordem de *prioridade* a realização da prova pericial por meio de perito oficial, admitindo-se sua substituição somente “*na falta de perito oficial*”. Não é o caso dos autos, que entendeu pelo indeferimento da produção da prova por perito oficial tão somente pela possibilidade de realização por perito particular, atribuindo-se interpretação indevida ao referido dispositivo legal.

Evidentemente, não estamos diante de prova *irrelevante*, *impertinente* ou *protelatória*, de modo a autorizar seu indeferimento com fulcro no art. 400, § 1º, do CPP, como fundamentado pela decisão agravada.

Pois, como visto, trata-se de prova diretamente relacionada ao mérito do processo (*pertinente*), com aptidão de influir no juízo de culpabilidade do recorrente (*relevante*) e *longe de se tratar de prova protelatória*, uma vez que a denúncia narra fatos encerrados ainda este ano e o processo já se encontra em instrução processual, sendo impossível de se vislumbrar a ocorrência de prejuízo ao seu tramite por força de sua produção.

Sob outro giro, também não merece prosperar o argumento no sentido de que a manifestação ministerial acerca da desnecessidade da perícia demonstraria sua impertinência e irrelevância. Pois, na manifestação de ID 146366019, o representante ministerial aduz que a prova pericial requerida teria sido suprida pelos Relatórios de Análise da Polícia Judiciária n. 52/2020 e pela análise procedida pela Receita Federal no IPEI n. SP20200008; contudo, referidos relatórios possuem *objeto diverso daquele da prova pericial requerida por esta defesa*.

Neste painel, o indeferimento da prova, requerida em momento oportuno e fundamentada, implicou em visível cerceamento de defesa, pois acarreta prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa do peticionário.

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, garante ao jurisdicionado o direito à ampla defesa e ao contraditório, cujo exercício pressupõe o *direito à prova* (e, sobretudo, o direito à contraprova), previsto, expressamente, em âmbito constitucional, ao estabelecer que são admitidas todas as provas em Direito, desde que elas não sejam ilícitas (art. 5º, inc. LVI, da CF).

Desta feita, por se tratar de prova imprescindível para a real compreensão dos fatos atribuídos ao peticionário, cuja produção por perito oficial é possível e não acarretará prejuízo ao tramite do processo, não deveria ter sido a defesa impedida de sua produção.

Não se trata aqui, pois, de provas colaterais aos fatos imputados, mas sim de prova capaz de esclarecer *fatos diretamente relacionados ao mérito da acusação*, no sentido de esclarecer se houve ou não eventual obtenção de benefícios indevidos pelo peticionário em processos que tramitaram na 21ª Vara Federal sob seu patrocínio.

Assim, faz-se imprescindível a produção de referida prova pericial, para que, assim, reste garantido a PAULO RANGEL o direito ao contraditório e à ampla defesa, e sua suposta participação em organização criminosa seja de fato apurada e, possivelmente, completamente descartada.

Nesta toada, tendo por base a definição de ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES da ampla defesa e o do contraditório “como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, *e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação, poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, ser obrigatoriamente produzidas*; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes, recorrer quando informado”¹, é possível verificar que esses princípios foram evidentemente violados pela decisão agravada.

Assim, indiscutivelmente, deve ser “o direito à prova, caracterizado como aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório” (Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do Direito processual*, 1990, Forense, p. 21), *deve ser visto como “prerrogativa jurídica de índole constitucional”* (nas palavras deste E. STF).

Tendo o ‘direito à prova’ verdadeiro assento em nossa Lei Fundamental, deve ser, *enquanto garantia do cidadão e consectário lógico da dignidade da pessoa humana, de inafastável aplicação na Justiça Penal*.

Pela garantia do direito à prova, à parte, portanto, deve ser observado: (i) um “poder de iniciativa”, ou “requerimento” de produção do material probatório, (ii) um “direito de permissão” do ingresso dessa prova nos autos, (iii) um “direito de participação” na elaboração dos elementos probantes e, por fim, (iv) um “direito a apreciação” pelo magistrado desse elemento introduzido no procedimento criminal.

Por óbvio, em que pese a plena satisfação da garantia constitucional do direito à prova depender do fiel cumprimento destas quatro vertentes, é *certo que é no pronunciamento judicial relativo à “admissibilidade” ou “permissão de ingresso” das provas que se encontra o núcleo do direito em apreço*.

Vale dizer, “é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelo interessado que caracteriza a observância do direito à prova” (DELFINO SIRACUSANO – *Le prove*, et. al.

Manuale di diritto processuale penale, Milano, Giuffrè, 1990, v.I, p. 370-453, citado in Gomes Filho, Antônio Magalhães – ob. cit. , p. 88)

E, em caso, nesse âmbito o direito à prova do agravante restou violado na medida, como já observado, não há razões jurídicas para se afirmar que as provas requeridas seriam irrelevantes. Sendo assim, havendo meios para realização da prova pericial pugnada, *seu indeferimento implica em evidente e nítido cerceamento defesa, em violação ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV), bem como aos arts. 159 e 400, § 1º, ambos do CPP c.c. art. 156, também do CPP.*

Requer-se, ao final, “seja conhecido e provido o presente agravo regimental, para que seja revertida a decisão de id 147885768, determinando-se a designação de perito oficial para examinar a movimentação financeira do acusado no período objeto da denúncia, a fim de que o Sr. Perito responda os quesitos formulados pela defesa na petição de id 145376320, sob pena de violação aos dispositivos de lei federal e da Constituição Federal acima apontados”.

Despacho de Id. 148429446, de teor reproduzido abaixo:

(...) não sendo caso de retratação, ao menos à vista dos elementos atualmente presentes nos autos, comunique-se eletronicamente a E. Presidência desta Corte, servindo como ofício cópia do presente *decisum*, indicando-se a intenção de apresentação deste feito em mesa, na próxima sessão do Órgão Especial, programada para ocorrer em 9/12/2020, com o intuito de se ter submetido a julgamento o recurso em questão, valendo-se para tanto da sistemática por videoconferência. Sem prejuízo, abra-se vista à Procuradoria Regional da República da 3.^a Região, oportunizando-se manifestação a esse respeito.

Intimem-se o Ministério Público Federal, via sistema, e as defesas dos acusados, eletronicamente e por meio de mandado, atentando-se, quanto a esta providência em específico, à necessidade de cumprimento imediato.

Contrarrrazões do Ministério Público Federal, inseridas sob Id. 148775092, em que “*requer o desprovinimento do agravo regimental*”.

É o relatório.

Em mesa para julgamento

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). De saída, convém destacar que o caso admite, no que concerne ao cabimento do regimental, juízo de admissibilidade positivo, nos exatos termos do que prescreve o parágrafo único do art. 207 do Regimento Interno desta Corte, mais precisamente na hipótese prevista na alínea c) do dispositivo em questão, segundo o qual “*Caberá agravo regimental sem efeito suspensivo e na forma do Regimento, da decisão do Relator que: (...) recusar produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência*”.

No mérito propriamente dito do presente agravo, conforme consignado no relatório preparado para este julgamento, o objeto do recurso é a decisão de Id. 147885768, em que indeferido pedido de produção de prova pericial, veiculado pelos advogados responsáveis pela defesa técnica do corréu Paulo Rangel do Nascimento.

De início, cabe reafirmar, como feito na decisão recorrida, que o direito à produção probatória no processo penal brasileiro, a despeito de se traduzir em expressão da ampla defesa e do contraditório, não é ilimitado, exatamente como se apresentam tais garantias, de modo que se impõe a realização de juízo de delibação sobre o pedido da parte, restando imperioso o estabelecimento de vínculo mínimo de pertinência entre o requerimento formulado e a instrução probatória em desenvolvimento no bojo da ação penal.

Assim, conforme vem entendendo o C. Supremo Tribunal Federal, o “*requerimento de produção probatória, além de específico, deve ser acompanhado de demonstração da sua relevância à resolução do mérito da ação penal, viabilizando o controle a ser exercido pela autoridade judiciária, conforme preceitua o art. 400, § 1º, do Estatuto Processual Penal*” (AP 996, Rel. Ministro Edson Fachin, 2.^a Turma, julgado em 29/05/2018).

Tal análise jurisdicional, que perscruta a relação que existe entre o pleito de produção de determinada prova e a realidade do processo, é, primeiro, decorrência expressa do quanto positivado no Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o art. 400, § 1º, segundo o qual “*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”.

Ademais, trata-se de sistemática amplamente corroborada pela jurisprudência, citando-se, a título exemplificativo, os seguintes excertos de acórdãos da Suprema Corte, interpretando exatamente o dispositivo em comento:

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Direito processual penal. 3. Alegação de nulidade em razão do indeferimento de produção de prova. O direito à produção de provas não é absoluto, haja vista que a própria lei processual penal, em seu artigo 400, § 1º, faculta ao julgador, desde que de forma fundamentada, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 191858 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2.^a Turma, julgado em 30/11/2020)

ACÇÃO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO DO TEMA 990. SUPERVENIÊNCIA. PREJUDICIALIDADE. CONFORMIDADE DO CASO CONCRETO COM O QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. PRETENSÃO DE JULGAMENTO CONJUNTO DESTES AUTOS COM OS DA AP 1.025. ALEGADA CONEXIDADE. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. PRETENSÃO DE JUNTADA DA ÍNTEGRA DE DOCUMENTOS ANEXADAS A INQUÉRITOS CONEXOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. 4. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO. 5. CORRUPÇÃO PASSIVA. ATO DE OFÍCIO. ATUAÇÃO PARLAMENTAR E PARTIDÁRIA. APOIO POLÍTICO À NOMEAÇÃO OU À MANUTENÇÃO DE AGENTE EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DELITO. UTILIZAÇÃO DE TAL PROCEDER PARA A OBTENÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS INDEVIDAS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. 6. LAVAGEM DE CAPITAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DELITOS ANTECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. 7. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONJUNTO PROBATÓRIO INIDÔNEO. ABSOLVIÇÃO. 8. DENÚNCIA IMPROCEDENTE.

[...]

4. Configurada a prescindibilidade de exames periciais requeridos pelas defesas técnicas, o seu indeferimento, a teor do que preceitua o art. 251 do Código de Processo Penal, não caracteriza cerceamento do direito de defesa. Precedentes.

[...]

8. Denúncia julgada improcedente.

(AP 1019, Rel. Ministro Edson Fachin, 2.^a Turma, julgado em 24/08/2020)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 691/STF. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A parte recorrente não impugnou os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Precedentes. 2. O STF consolidou o entendimento que é inadmissível a impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). 3. Constitui ônus da parte impetrante instruir a petição do *habeas corpus* com as peças necessárias ao exame da pretensão nela deduzida. Precedentes. 4. A orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que o “indeferimento da diligência pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê, no § 1º do art. 400, a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique em nulidade da respectiva ação penal” (RHC 120.551, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 5. Agravo regimental desprovido.

(175688 AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso, 1.^a Turma, julgado em 29/05/2020)

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO.

[...]

. Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento, pelo Juiz, mediante decisão fundamentada, de produção de prova considerada impertinente, irrelevante ou protelatória – artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal.

(HC 164124, Rel. Ministro Marco Aurélio, 1.^a Turma, julgado em 22/05/2020)

Na mesma linha do exposto, a compreensão externada em julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PROCESSO PENAL. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. CRITÉRIO DE ESCOLHA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, o Magistrado pode formar a sua convicção sobre a autoria delitiva e indeferir as provas consideradas irrelevantes, desde que o faça motivadamente. Na hipótese dos autos, o voto condutor no acórdão recorrido destacou que “várias testemunhas foram ouvidas e seus depoimentos consubstanciam-se em robusto conteúdo probatório que possibilita a conclusão condenatória, tornando desnecessária, neste momento processual, a realização da pretendida perícia”.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 538.971/SP, Rel. Ministro Joel Paciornik, 5.^a Turma, julgado em 17/11/2020)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO MOTIVADO.

POSSIBILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO. INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PREJUÍZO À DEFESA. NÃO COMPROVADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que é lícito o indeferimento da produção de provas protelatórias ou desnecessárias, de forma fundamentada, o que ocorreu na hipótese.

III - *In casu*, as instâncias ordinárias entenderam que não se mostrava pertinente a realização de perícia no Sistema de Primeiro Grau (SPG), posto que o objeto da ação penal em curso não é a verificação de eventual vulnerabilidade no software. Não obstante, ainda que eventual perícia reconhecesse suposta vulnerabilidade no software, tal circunstancia seria irrelevante para o deslinde processual, contribuindo apenas para protelar o feito.

[...]

V - Ressalta-se que a Defesa não apontou ou comprovou o prejuízo que teria sido causado para o paciente, em vista da suposta nulidade, requisito essencial para que fosse eventualmente reconhecida e declarada. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 544.796/GO, Rel. Ministro Leopoldo Raposo, 5.^a Turma, julgado em 05/12/2019)

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CORRUPÇÃO PASSIVA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. QUESTÃO SUPERADA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. O entendimento manifestado no acórdão recorrido está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que cabe ao Magistrado, que é destinatário da prova, a análise sobre os requerimentos realizados, devendo recusar os que entender protelatórios ou desnecessários à solução da causa, exatamente como ocorrido no presente caso. Precedentes.

[...]

5. Recurso desprovido.

(STJ, RHC 96.722/RS, Rel. Ministro Joel Paciornik, 5.^a Turma, julgado em 05/02/2019)

Igualmente nesse mesmo sentido, acórdãos das turmas criminais do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região:

PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA CONSUMADA. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. TRANSPORTE AÉREO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. Cabe ao julgador avaliar a pertinência da prova a ser produzida, podendo indeferir as que julgar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, nos termos do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. Inexistência de cerceamento de defesa.

[...]

9. Apelação desprovida.

(ApCrim 0002817-61.2018.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, 5.^a Turma, julgado em 10/11/2020)

PENAL. PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS FALSOS (CP, ART. 304, C. C. O ART. 297). PROCESSO PENAL. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE PROVAS. NULIDADE. AUSÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JUIZ. PRELIMINAR REJEITADA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA DE DOCUMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, 'B'. EXASPERAÇÃO DA PENA. CONCURSO FORMAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. REGIME PRISIONAL INICIAL. MANUTENÇÃO CONFORME A SENTENÇA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS (CP, ART. 44, II E III). APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA.

[...]

2. É entendimento assente na doutrina e na jurisprudência que o deferimento de diligências probatórias é ato que se inclui na discricionariedade regrada do juiz, cabendo a ele aferir, em cada caso, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção, nos termos do art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal (STF, RHC n. 126853-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.15; STJ, HC n. 199.544, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07.06.11).

11. Apelação do réu desprovida.

(ApCrim 0000318-35.2016.4.03.6003, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, 5.^a Turma, julgado em 27/10/2020)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I e III, DA LEI 8.137/90. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO.

[...]

4. No caso, a produção de prova pericial é impertinente, uma vez que em nada elucidaria os fatos narrados na peça acusatória, até porque é possível constatar a olho nu a divergência entre os valores e os produtos descritos nas notas fiscais. Ademais, a perícia é dispensável, porquanto a prova carreada aos autos no transcorrer da instrução criminal comprova a materialidade do delito e a denúncia encontra-se alicerçada em inquérito policial instaurado em decorrência do procedimento-administrativo fiscal que goza de presunção de veracidade. Preliminar rejeitada.

[...]

9. Apelações defensivas desprovidas.

(ApCrim 0011423-03.2016.4.03.6102, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, 5.^a Turma, julgado em 18/09/2020)

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8137/1990. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA BASE. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. VALOR DO DIA-MULTA FIXADO EM BTN. EXTINÇÃO. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO.

[...]

- Cerceamento do direito de defesa. Inocorrência. Indeferimento de realização de perícia contábil nos valores apresentados em procedimento administrativo. A própria defesa apontou que não houve contestação de citados valores em momento oportuno, na seara administrativa. Compete ao juiz decidir sobre a necessidade e conveniência da produção das provas e diligências solicitadas, não havendo óbice a que o julgador, de maneira fundamentada, indefira provas

que entenda nitidamente impertinentes ou irrelevantes para a formação de sua convicção racional sobre os fatos, mesmo que a parte não as tenha requerido com intuito procrastinatório. Cabe ressaltar que o delito de sonegação fiscal não exige exame pericial para demonstrar o corpo de delito quando a materialidade delitiva já exsurge do procedimento administrativo fiscal, o qual é realizado por técnicos da área contábil - os auditores-fiscais - e oportuniza ao fiscalizado a apresentação da documentação que entender pertinente, bem como goza de presunção de veracidade. Precedentes do STJ. Acaso a Defesa trouxesse documentos diversos daqueles que instruíram o procedimento, aptos a alterar as conclusões da ação fiscal, poderia haver necessidade de nova análise pericial, o que não ocorreu no caso dos autos. Laudo pericial apresentado pelo acusado, que não se mostra hábil a infirmar a constituição definitiva do crédito tributário, ato administrativo que goza de presunção de legalidade e legitimidade. [...]

- Preliminar rejeitada, Apelação do réu a que se nega provimento e, de ofício, reduzida a pena-base e alterado o valor unitário do dia-multa.

(ApCrim 0007654-64.2005.4.03.6104, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, 11.^a Turma, julgado em 14/05/2020)

Firmado o pressuposto em questão, quadra salientar, outrossim, que o momento processualmente adequado para que sejam trazidas à análise do juízo as razões que sustentam a realização da prova – no caso destes autos, perícia em dados bancários – é o mesmo em que aduzido o pedido, justamente com o objetivo de se verificar sua pertinência processual, nos moldes acima mencionados.

Nessa ordem de ideias, veja-se que, em sua defesa prévia, o corréu, ora agravante, cingiu-se a fazer as seguintes considerações para fundamentar o correspondente pedido probatório:

Considerando, ainda, que recai sobre o acusado tão somente a acusação de participação em organização criminosa, na qual, supostamente, “Paulo Rangel do Nascimento também possuía atividade preponderante, extremamente próxima dos demais integrantes, atuando, no interesse da organização criminosa, em vários feitos que tramitam na 21^a Vara Federal Cível de São Paulo, de maneira frequente, estável, desembaraçada e eficiente” (fl. 132), bem como “estavam reunidos, também, para a prática do crime de lavagem de ativos...” (fl. 131), revelando-se necessário perscrutar se há qualquer indício de transferência de valores entre eles, sem a qual a acusação não subsiste, ao menos em relação a Paulo.

Nesse contexto, requer a defesa seja determinada a designação de perito oficial para examinar a movimentação financeira do acusado no período objeto da denúncia, a fim de que o Sr. Perito responda aos questionamentos abaixo formulados, reservando-se a defesa, contudo, ao direito de formular quesitos complementares.

Sob a perspectiva argumentativa, veja-se que não existe fundamento no excerto que sustente a necessidade de perícia a evidenciar se, entre os réus, “há qualquer indício de transferência de valores” – aqui nem sequer se perquirindo a necessidade de tal informação para a defesa técnica, aspecto que não compete ao juízo definir.

Inobstante tal circunstância, precisamente à vista da necessidade de fundamentação concreta que estabelecesse a obrigatoriedade de que se designasse perícia para extrair tal informação dos dados constantes dos autos, oportunizou-se manifestação ao Ministério Público Federal e, após a vinda de pronunciamento do *parquet* pelo indeferimento, viabilizou-se, uma vez mais, que a defesa trouxesse aos autos argumentos que amparassem seu pedido probatório, por meio do despacho de Id. 147113025.

Novamente, os advogados do acusado restringiram-se a afirmar que a produção de provas é um direito, sem pormenorizar a necessidade deste ato instrutório, especificamente para obter as informações que entendem relevantes para o seu múnus:

Inicialmente, esta defesa insiste na realização de nova perícia dos dados bancários e financeiros do peticionário, juntados aos autos, nos moldes requeridos em sede de defesa prévia (id 145376320). Isso porque, em que pese o quanto alegado pelo *Parquet* federal, trata-se de direito das partes, previsto no art. 159, § 5º, do Código de Processo Penal, requerer a oitiva de peritos e indicar assistentes técnicos para elaborar laudos periciais complementares de interesse para o feito, sendo esse, inclusive, um dos elementos-chaves para a conformação do contraditório no âmbito do processo penal.

Ante a evidente falta de justificativa para o pleito probatório, que não ultrapassou, insista-se, o mínimo juízo deliberatório judicial, porquanto não embasado concretamente de modo a expor a pertinência do ato pericial à vista da instrução probatória, acabou sobrevindo a decisão pelo indeferimento, na íntegra transcrita no relatório produzido, *supra*, escorada em ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores e, ao que interesse uma vez mais reproduzir, na premissa de que, sem precisar “a razão pela qual seria necessária perícia para analisar os dados, aspecto que, porquanto não detalhado, inviabiliza o deferimento da medida”, “a parte não justifica minimamente porque a perícia seria necessária para indicar se há indício de transferência de valores entre os membros da organização criminosa – aspecto que poderia, em tese, ser detectado por ela própria ou, no limite, mediante análise técnica por ela viabilizada –, nem porque haveria caráter “imprescindível” na realização do ato, restringindo-se a repetir tais fundamentos sem fazê-los dialogar com o conteúdo propriamente dito dos autos”, bem como “que a necessidade da perícia também não se extrai dos quesitos apresentados”, sobressaindo, então, o desfecho de que “a medida instrutória mais adequada à hipótese não é a nomeação de perito do juízo, mas sim que, se assim entender a defesa do corréu ora requerente, promova-se, de sua parte, análise técnica a respeito dos dados, inserindo-os nestes autos tais elementos, a serem levados em consideração com a totalidade dos demais aspectos atualmente colhidos na instrução probatória”.

De modo a não se inviabilizar, entretanto, a colheita dos dados entendidos como eventualmente pertinentes pelo réu a esse respeito, “considerando-se a indicação dos assistentes técnicos pela defesa” restou deferida a “oitiva de ambos como testemunhas deste juízo, designando-se, para tanto, a data constante do calendário consolidado no tópico 5 deste decisum, *infra*, oportunidade em que poderão fornecer esclarecimentos a respeito de referidos dados, inclusive mediante questionamentos por parte dos advogados de defesa e dos representantes do órgão de acusação”.

A retomada de referidos aspectos é de rigor porque, conforme precedente citado, o momento preclusivo para a apresentação das razões que sustentem o deferimento de ato instrutório é o seu requerimento.

É dizer, revela-se “extemporâneo e inadequado o pleito de produção de prova pericial especificado somente após esgotado o prazo para a oferta da resposta à acusação, razão pela qual o seu indeferimento não gera cerceamento de defesa, mormente quando ainda evidenciada a prescindibilidade dos exames ao deslinde do mérito da ação penal” (STF, AP 996, Rel. Min. Edson Fachin, 2.^a Turma, julgado em 29/05/2018).

Dessa forma, hígdas as razões que sustentaram o indeferimento monocrático, descabe mobilizar novos motivos – não presentes inicialmente nos momentos próprios a esse respeito – para tentar revertê-la, ante a preclusão ocorrida.

De resto, com relação ao único argumento concretamente trazido pela defesa, já no âmbito deste regimental – reitere-se, não versado originalmente no momento processual cabível –, de que não poderia proceder à análise que agora sustenta necessária, porque ela objetiva verificar também se houve ou não superfaturamento, ou seja, se os valores levantados por Paulo Rangel do Nascimento foram superiores àqueles efetivamente devidos; além do que, como o valor probatório de um perito oficial é superior ao da prova particular, ele se faz necessário, também nesse aspecto não procede a insurgência veiculada.

Isso porque, ainda que se considerasse a tese em questão inicialmente contida no pedido de instrução probatória, não se verificou, também desta feita, ter o recorrente se desincumbido, minimamente, de esclarecer o motivo pelo qual seria necessária a nomeação de perito do juízo para tanto.

A construção levada a efeito, de que parte da acusação – e, por consequência, da defesa – depende de se estabelecer se os valores eventualmente levantados por Paulo Rangel do Nascimento em feitos na 21.^a Vara Federal Cível de São Paulo, a exemplo do caso “Charlotte”, estavam, como referenciado nas razões do regimental, “inflados”, bem como que seria necessária a perícia para confirmar se existente diferença entre o valor levantado e aquele efetivamente devido nos processos, não se sustenta.

Conforme apontado pelo Ministério Público Federal, nas contrarrazões recursais, “a correção dos valores objeto do precatório no Caso ‘Charlotte’ não é objeto desta ação penal”.

É dizer: a perícia requerida é prescindível precisamente porque o seu resultado não é capaz de influir no resultado da ação penal, porquanto a inocência de Paulo Rangel do Nascimento não depende de os valores levantados em requisitórios vinculados a processos da 21.^a Vara Federal Cível de São Paulo serem superiores ou não aos corretos.

Veja-se, nesse sentido, que, quanto a Paulo Rangel do Nascimento, a denúncia é explícita ao afirmar que a participação do corréu na organização criminosa que a Procuradoria Regional da República da 3.^a Região sustenta ter sido formada no âmbito da 21.^a Vara Federal Cível de São Paulo, decorre de sua atuação em tratativas voltadas a “*acelerar andamento processual, inclusive com decisão que reviu impedimento do Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, anteriormente reconhecida, aceleração na expedição de precatórios, insistência com advogados das partes credoras para a adesão ao esquema criminoso na expedição de precatórios e, até mesmo, pagamento de propina pelo próprio Paulo Rangel do Nascimento ao Juiz Federal Leonardo Safi de Melo e ao Diretor de Secretaria Divannir, seguido da respectiva operação de lavagem de capitais*” (Id. 138726424).

Considerados tais fatos imputados a Paulo Rangel do Nascimento na qualidade de articulador da organização criminosa – primeiro, viabilizar o aceleração de processos; segundo, conseguir maior velocidade na expedição de precatórios; terceiro, insistir com advogados para que aderissem ao esquema criminoso; e, quarto, pagar propina a Leonardo Safi de Melo e Divannir Ribeiro Barile – nenhum deles têm qualquer relação com a percepção de requisitórios com valores superiores ao devido, narrativa que inexistente na inicial acusatória e que, portanto, não é abrangida pela presente ação penal.

Assim, mesmo que a conclusão pericial fosse absolutamente favorável aos propósitos da defesa, obtendo-se, por hipótese, resposta técnica na linha de que os valores levantados foram exatamente idênticos aos devidos, pressuposição que, inclusive, se toma como verdade, uma vez que nada há, nesta ação penal, que indique o contrário até o momento, isso em nada impactaria o juízo de absolvição ou condenação do réu, raciocínio lógico que evidencia, por si só, a prescindibilidade da prova.

Ora, se a prova que se pretende ver produzida não repercute, em linha de princípio, na conclusão do processo, é porque ela não é necessária para instrução criminal e, como tal, deve ser indeferida, convindo não olvidar, de mais a mais, que, da circunstância de se estar diante de feito que tramita com réus presos, decorre a necessidade de se ter andamento célere e voltado apenas às provas que realmente importam ao julgamento da ação penal.

Daí a conclusão, isso tudo considerado, acerca da integridade das razões que levaram à deliberação ora recorrida, tomada, reitere-se, a partir dos argumentos à época dispostos e que, mesmo complementados com os trazidos por ocasião deste regimental, não se mostram suficientes à reversão do decidido.

Por fim, consoante cumpre ressaltar, se mesmo assim insistir o réu que referidas informações, de alguma forma, impactam em sua defesa, e sem perder de vista o conceito de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, tem-se por viável, como já deferida a providência, a oitiva dos assistentes técnicos indicados, na condição de testemunhas do juízo, bem como a produção de prova pelo próprio acusado, a qual será valorada conjuntamente com os demais elementos constantes dos autos, fazendo-o no momento processual adequado e sem a hierarquização sustentada no recurso, à vista do livre convencimento motivado que vige no sistema processual penal pátrio, ausente, na hipótese, prova tarifada que torne a perícia em juízo alternativa única para tanto.

De rigor, portanto, que, à luz do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, seja mantida a decisão agravada e, por consequência, indeferida a prova pericial nos termos em que requerida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0004163-43.2010.4.03.6114

Apelante: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDUSTRIA DE VEICULOS AUTOMOTORES LTDA

Apelada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/02/2021

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. AUTUAÇÃO. EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CONFIGURADO. EXAÇÃO INDEVIDA.

I. Cinge-se a controvérsia em perquirir a natureza dos serviços prestados pelos profissionais que trabalham nas dependências da parte autora, se configurada a relação de emprego ou mera prestação de serviço mediante terceirização.

II. Inicialmente, infere-se que a mera obediência a requisitos formais não é suficiente para a consideração da ausência de vínculo empregatício entre o terceirizado e o tomador de serviços. Há que se ter conta os princípios protetivos do direito do trabalho, dentre os quais se destaca o princípio da primazia da realidade, segundo o qual, os fatos prevalecem sobre a forma contratual. Tal princípio privilegia o conteúdo sobre a forma na configuração do contrato de emprego. Desta feita, não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas sim o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos.

III. Logo, não basta o rótulo de trabalho terceirizado para que a relação de trabalho fique assim caracterizada. Se, de fato, ocorrer relação de emprego - com as características de pessoalidade, não eventualidade, remuneração mediante salário e subordinação - a forma cede lugar à situação real, reconhecendo-se o vínculo empregatício entre o terceirizado e o tomador de serviços.

IV. Cumpre destacar que o Auditor Fiscal detém legitimidade para fiscalizar a arrecadação das contribuições previdenciárias e, se entender necessário, autuar o contribuinte. Tem capacidade, tanto técnica quanto funcional, para fiscalizar a empresa, solicitar documentos, apurar a situação de trabalho e autuar.

V. Da análise dos argumentos e provas trazidos aos autos, não restou demonstrada a existência de vínculo empregatício entre a autora Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda e os sócios/funcionários da empresa terceirizada contratada D.H.R. Serviços Médicos S/C Ltda em face da ausência dos elementos de pessoalidade e subordinação.

VI. Dessa forma, não se justifica as exações impostas à parte autora, razão pela qual a parte autora faz jus ao direito pretendido.

VII. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal, mantendo, na íntegra, a

douta sentença recorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação anulatória ajuizada por Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda em face da União Federal, visando a anulação da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito NFLD nº 35.830.480-6.

A r. sentença monocrática julgou procedente o pedido, para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora a recolher as contribuições previdenciárias descritas na NFLD nº 35.830.480-6, bem como declarar a nulidade do processo administrativo correlato de nº 36216.007.129/2006-64, condenando a União Federal ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento sobre o valor da causa.

Nas razões recursais, a União Federal alega que ajuizou processo administrativo fiscal e identificou a existência de vínculo empregatício entre a parte autora e os funcionários da empresa terceirizada contratada, o que autoriza a incidência e a cobrança das contribuições previdenciárias oriundas dos respectivos vínculos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

Cinge-se a controvérsia em perquirir a natureza dos serviços prestados pelos profissionais que trabalham nas dependências da parte autora, se configurada a relação de emprego ou mera prestação de serviço mediante terceirização.

No tocante à terceirização, o E. Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula nº 331 que dispõe, *in verbis*:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, infere-se que a mera obediência a requisitos formais não é suficiente para a consideração da ausência de vínculo empregatício entre o terceirizado e o tomador de serviços. Há que se ter conta os princípios protetivos do direito do trabalho, dentre os quais se destaca o princípio da primazia da realidade, segundo o qual, os fatos prevalecem sobre a forma contratual. Tal princípio privilegia o conteúdo sobre a forma na configuração do contrato de emprego. Desta feita, não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas sim o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos.

Logo, não basta o rótulo de trabalho terceirizado para que a relação de trabalho fique assim caracterizada. Se, de fato, ocorrer relação de emprego - com as características de pessoalidade, não eventualidade, remuneração mediante salário e subordinação - a forma cede lugar à situação real, reconhecendo-se o vínculo empregatício entre o terceirizado e o tomador de serviços.

Cumprido destacar que o Auditor Fiscal detém legitimidade para fiscalizar a arrecadação das contribuições previdenciárias e, se entender necessário, autuar o contribuinte. Tem capacidade, tanto técnica quanto funcional, para fiscalizar a empresa, solicitar documentos, apurar a situação de trabalho e autuar.

Da análise dos argumentos e provas trazidos aos autos, não restou demonstrada a existência de vínculo empregatício entre a autora Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda e os sócios/funcionários da empresa terceirizada contratada D.H.R. Serviços Médicos S/C Ltda em face da ausência dos elementos de pessoalidade e subordinação.

Nesse sentido, a r. sentença corretamente consignou em sua fundamentação:

“Neste ponto, registro que não vislumbro, pelas cláusulas acima estipuladas, os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego, porquanto a empresa foi contratada pela parte autora para prestar serviços médicos de consultório e ambulatorial, necessário pela quantidade de funcionários existentes na sede da empresa contratante, e que, evidentemente, não representa a sua atividade fim que é, principalmente, a fabricação de veículos automotores.

Além disso, da análise do contrato em comento denota-se a obrigação de a empresa contratada apresentar a escala de dias e horários da prestação de serviços, que deve atender, obviamente, às necessidades da contratante, bem como providenciar a substituição dos funcionários em férias ou ausências, com vistas a manter a continuidade do serviço.

Aqui percebe-se a inexistência de, pelo menos, dois requisitos necessários à caracterização do contrato de trabalho: a pessoalidade, já que não há a obrigatoriedade de que apenas determinado profissional exerça, pessoalmente, o serviço contratado, bem como a subordinação, porquanto as diretrizes dos serviços devem ser estabelecidas pela própria empresa contratada.”

Dessa forma, não se justifica as exações impostas à parte autora, razão pela qual a parte autora faz jus ao direito pretendido.

Por fim, condeno a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios recursais que fixo em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Isto posto, *nego provimento à apelação da União Federal*, mantendo, na íntegra, a douta sentença recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0005761-95.2011.4.03.6114

Recorrente: UNIÃO FEDERAL

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelantes: SCANIA LATIN AMERICA LTDA, UNIÃO FEDERAL, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI E SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI

Apelados: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA E SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE/DF E OS MESMOS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - Vice-Presidente

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/01/2021

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial interposto pela UNIÃO, com fundamento no art. 105, III, “a” da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

O acórdão recorrido foi lavrado com a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE AUXÍLIO-DOENÇA NOS PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO, TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, SALÁRIO-MATERNIDADE E HORAS EXTRAS. ENTIDADES TERCEIRAS. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

I - Ilegitimidade passiva das entidades terceiras, SEBRAE, SESI/SENAI, INCRA e FNDE, pois a matéria versada nos autos diz respeito à incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas da remuneração, tendo como base de cálculo o inciso I, art. 22, da Lei nº 8.212/91, cabendo à Secretaria da Receita Federal a fiscalização e cobrança dos tributos em questão, sendo a autoridade coatora a Delegacia da Receita Federal.

II - Aplicação do prazo prescricional quinquenal às ações ajuizadas após a Lei Complementar nº 118/05. Precedente do STF.

III - As verbas pagas pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias do afastamento do trabalho em razão de doença não constituem base de cálculo de contribuições previdenciárias, posto que tais verbas não possuem natureza remuneratória mas indenizatória. O adicional de 1/3 constitucional de férias também não deve servir de base de cálculo para as contribuições previdenciárias por constituir verba que detém natureza indenizatória. Precedentes do STJ e desta Corte.

IV - Inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade. Recente precedente do STJ.

V - É devida a contribuição sobre as horas extras, o entendimento da jurisprudência concluindo pela natureza salarial dessa verba.

VI - Direito à compensação com a ressalva estabelecida no art. 26, § único, da Lei nº 11.457/07. Precedentes.

VII - Ilegitimidade passiva das entidades terceiras. Recurso SESI/SENAI não conhecido. Recurso da União desprovido. Remessa oficial tida por interposta e recurso da impetrante parcialmente providos.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados.

Em seu recurso excepcional a Recorrente alega, em síntese, violação aos arts. 22, I e 28, I e §§ 8º e 9º da Lei nº 8.212/91, por entender que deve incidir contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de terço constitucional de férias.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

DECIDO.

O recurso comporta admissão.

O Superior Tribunal de Justiça havia pacificado o seu entendimento no sentido de que *não incide* contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre a parcela *terço constitucional de férias* no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS, vinculado ao tema nº 479 dos Recursos Repetitivos.

O acórdão paradigma foi lavrado com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: *TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS*; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

1.1 Prescrição.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no sentido de que, “reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”. No âmbito desta Corte, a questão em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, “para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN”.

1.2 *Terço constitucional de férias.*

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, “d”, da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: “Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas”.

1.3 Salário maternidade.

O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei

8.212/91, “a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.

Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa.

A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.3.2010.

1.4 Salário paternidade.

O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que “o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários” (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.11.2009).

2. Recurso especial da Fazenda Nacional.

2.1 Preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC.

Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2.2 Aviso prévio indenizado.

A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à

disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária.

A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano. Ressalte-se que, “se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba” (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011). A corroborar a tese sobre a natureza indenizatória do aviso prévio indenizado, destacam-se, na doutrina, as lições de Maurício Godinho Delgado e Amauri Mascaro Nascimento. Precedentes: REsp 1.198.964/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.10.2010; REsp 1.213.133/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 1º.12.2010; AgRg no REsp 1.205.593/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011; AgRg no REsp 1.218.883/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 22.2.2011; AgRg no REsp 1.220.119/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 29.11.2011.

2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

No que se refere ao segurado empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99). Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado. Nesse contexto, a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.100.424/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 1074103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16.4.2009; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.12.2009; REsp 836.531/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.8.2006.

2.4 Terço constitucional de férias.

O tema foi exaustivamente enfrentado no recurso especial da empresa (contribuinte), levando em consideração os argumentos apresentados pela Fazenda Nacional em todas as suas manifestações. Por tal razão, no ponto, fica prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional.

3. Conclusão.

Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.

Recurso especial da Fazenda Nacional não provido.

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(STJ, REsp nº 1.230.957/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014) (Grifos nossos).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *RE nº 1.072.485/PR*, alçado como representativo de controvérsia (*tema nº 985*) e submetido à sistemática da repercussão geral (art. 1.036 do CPC), pacificou o seguinte entendimento: “*É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias*”.

O acórdão paradigma, publicado em 02/10/2020, recebeu a seguinte ementa:

FÉRIAS - ACRÉSCIMO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - INCIDÊNCIA. É legítima a incidência de contribuição social, a cargo do empregador, sobre os valores pagos ao empregado a título de terço constitucional de férias gozadas.

(STF, *RE nº 1.072.485/PR*, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.2020 a 28.8.2020, DJE 02-10-2020) (Grifei).

Constatada a existência de divergência entre o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal e a orientação que vinha sendo perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, merece trânsito o recurso excepcional para que a Corte Especial exerça a sua função constitucional.

O conhecimento dos demais argumentos defendidos pelo Recorrente será objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que são aplicáveis ao caso as *Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal*.

Em face do exposto, *admito* o Recurso Especial.

Intimem-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2020.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Vice-Presidente

APELAÇÃO CÍVEL

5000537-20.2017.4.03.6102

Apelantes: BIOSEV BIOENERGIA S.A. E UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
 Apelados: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, BIOSEV BIOENERGIA S.A.
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
 Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EC 33/2001. CONTRIBUIÇÕES A TERCEIROS. ARTIGO 149, § 2º, III, “A”. ROL NÃO EXHAURIENTE. FOLHA DE SALÁRIOS. VALIDADE. PRINCÍPIO DA REFERIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. VERBA DE SUCUMBÊNCIA.

1. Embora a matéria tratada nos autos esteja em repercussão geral na Suprema Corte (Temas 325 e 495), o processamento dos feitos não foi suspenso, pelo que cabível o exame recursal. Saliente-se, outrossim, que o reconhecimento da repercussão geral não implica juízo de mérito antecipado e sequer indicativo no sentido da inconstitucionalidade da adoção da folha de salários como base de cálculo de contribuições do artigo 149, CF, mas apenas evidencia que se trata de controvérsia de relevância econômica, política, social ou jurídica, que extrapola interesses meramente subjetivos do processo, a exigir, portanto, o pronunciamento da Suprema Corte.
2. Não procede o argumento de que, após a EC 33/2001, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, como as discutidas no presente feito, devem observar, como base de cálculo, o faturamento, receita bruta ou valor da operação, e não mais a folha de salários, pelo que incompatível a legislação precedente com o estatuído a partir de tal reforma constitucional.
3. No RE 559.937, a Suprema Corte decidiu que o PIS/COFINS - IMPORTAÇÃO, ao incluir na base de cálculo além do valor aduaneiro - no caso o montante de ICMS e o correspondente ao próprio valor das contribuições - afrontou a alínea a do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal na redação dada pela EC 33/2001. O precedente não autoriza a conclusão de que todas as bases de cálculo da legislação precedente sejam inconstitucionais, especialmente as que veiculem a adoção da folha de salários.
4. Na alínea a do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, o legislador constituinte derivado foi pontualmente bem específico, ao tratar da situação própria da importação, em que definiu a obrigatoriedade e a exclusividade da previsão do valor aduaneiro como base de cálculo da contribuição, o que explica a delimitação mais firme expressa no acórdão proferido no RE 559.937 (item 4 da ementa: “Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.”).
5. Excluída a peremptoriedade da base de cálculo no caso de importação, o restante da norma exhibe redação aberta, instituindo facultatividade ao legislador infraconstitucional na definição da base de cálculo das contribuições do artigo 149 da Constitui-

ção Federal, seja receita, seja faturamento, seja valor da operação. O fato de elencar apenas três bases de cálculo possíveis não torna vinculante a conclusão de que sejam, elas mesmas, exaustivas a partir da interpretação definida pela Suprema Corte no RE 559.937, pois a constatação do caráter estrito e delimitado da base de cálculo (valor aduaneiro) no caso específico de importação decorre da própria redação do texto normativo, diferentemente do tratamento conferido às demais situações.

6. Não se pode antever, como pretendido, que a nova redação dada pela EC 33/2001 ao artigo 149 da Constituição Federal, com os acréscimos ora tratados, delimitou, exaustivamente, bases de cálculo para contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, tornando inconstitucional toda a legislação antecedente que adotou, por exemplo, como base de cálculo das incidências a folha de salário. Trata-se de interpretação que, conquanto possa eventualmente ser reconhecida perante a Suprema Corte, não é a que se antevê, indisputavelmente, da norma constitucional e, portanto, não permite reconhecer como direito líquido e certo a inexigibilidade tributária preconizada. É razoável e prevacente, no âmbito da jurisprudência da Corte, a interpretação de que a norma exemplificou as bases de cálculo das contribuições de uma forma geral, salvo no caso de importação, em que obrigatória a adoção do valor aduaneiro, e não o faturamento, receita, valor da operação ou qualquer outra base de cálculo.

7. Nem se alegue, em prol da inexigibilidade e em caráter subsidiário à inconstitucionalidade superveniente, que a contribuição ao INCRA não poderia ser exigida, qualquer que seja a respectiva base de cálculo, por violação ao princípio da referibilidade. A tese jurídica, vinculada a tal princípio, encontra-se superada na jurisprudência. Com efeito, quanto à instituição de contribuições interventivas sem especificar área econômica tributada - como, por exemplo, apenas empresas rurais para a contribuição ao INCRA, considerando o focado princípio da referibilidade, firmou-se a jurisprudência da Corte Constitucional no sentido de que *“É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte”* (RE 635.682, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 31/03/2017). Trata-se de exegese que se assentou, perante a Suprema Corte, em relação à contribuição ao SEBRAE, mas que já havia sido adotada, pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 977.058, julgado em 22/10/2008 em rito repetitivo, quando decidido que a referibilidade não pode ser invocada para excluir empresas urbanas do financiamento da atuação econômico-social realizada pelo INCRA, através da respectiva contribuição, podendo ser, portanto, indireto o benefício auferido pelo contribuinte, considerada a promoção da intervenção estatal no domínio econômico, a demonstrar, nestes termos, a improcedência da tese suscitada, no âmbito dos tributos impugnados a tal título.

8. Inexistente indébito fiscal, dada a validade da tributação impugnada, resta prejudicado o ressarcimento pleiteado pelo contribuinte, não prevalecendo, enfim, por qualquer dos pontos suscitados, a pretensão deduzida (artigos 1º, I, do Decreto-Lei 1.146/1970; 149, 2º, III, “a”, 170 e seguintes da CF; 11 e 74 da Lei 9.430/1996; 66 da Lei 8.383/1991; 2º e 26 da Lei 11.457/2007; 11 da Lei 8.212/96; 6º, parágrafo único, da Lei 2.613/1955; 6º, § 4º, da Lei 2.613/1955; Leis 4.504/1964, 4.863/1965, 7.787/1989, 8.212/1991 (mais especificamente seu artigo 89); Decretos-Leis 582/1969, 1.110/1970 e 1.146/1970; e Lei Complementar 11/1971).

9. Quanto ao apelo da União, embora a equidade possa ser aplicada, não é o caso dos autos, vez que a aplicação do critérios do §§ 2 e 3º do artigo 85, CPC, não resultam

em valores irrisórios ou exorbitantes, devendo, portanto, ser reavaliado o arbitramento, frente ao grau de zelo profissional, lugar do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho e tempo exigido, para fixar a condenação da autora em honorários advocatícios de 8% sobre o valor atualizado da causa, que exprime o proveito econômico da pretensão deduzida. Fixada verba honorária pelo trabalho adicional em grau recursal (2% sobre o valor atualizado da causa), em observância ao comando e critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º, 8º e 11, do Código de Processo Civil.

10. Apelação do contribuinte desprovida; e apelação fazendária provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do contribuinte, e deu provimento à apelação fazendária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações à sentença de improcedência de ação para afastar cobrança de contribuição ao INCRA com incidência a partir da folha salarial, após a EC 33/2001. Em relação ao INCRA foi reconhecida a ilegitimidade passiva. Foi a autora condenada em verba honorária de dois mil reais.

Alegou o contribuinte, no essencial, que: (1) necessária suspensão do feito até o julgamento do Tema 495/STF; (2) é inconstitucional a tributação, impugnada nos autos, tendo como base de cálculo a folha salarial, pois incompatível com o artigo 149, § 2º, III, *a*, CF, na redação dada pela EC 33/2001; (3) o Supremo Tribunal Federal, no RE 559.937, com repercussão geral, decidiu que as bases tributáveis elencadas no § 2º do artigo 149, da CF, são taxativas, não incluindo a folha de salários; (4) não há referibilidade entre as atividades das apelantes e a atuação do INCRA, sendo assim inconstitucional a exigência; (5) “merece reforma a sentença ora apelada, vez que, caso a Contribuição ao INCRA não seja considerada uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), e sim uma Contribuição destinada à Seguridade Social (característica que lhe era originalmente atribuída), há de se reconhecer que a exação foi extinta em razão do histórico legislativo que a precede”; (6) “a exação combatida também não se justifica se observada sob o prisma da Lei 8.212/91”; (7) cabe autorizar a compensação do indébito fiscal, observando o quinquênio prescricional, SELIC, e artigo 74 da Lei 9.430/1996, ou, ao menos, o artigo 66 da Lei 8.383/1991; e (8) devem ser pré-questionados os artigos 1º, I, do Decreto-Lei 1.146/1970; 149, 2º, III, “a”, 170 e seguintes da CF; 11 e 74 da Lei 9.430/1996; 66 da Lei 8.383/1991; 2º e 26 da Lei 11.457/2007; 11 da Lei 8.212/96; 6º, parágrafo único, da Lei 2.613/1955; 6º, § 4º, da Lei 2.613/1955; Leis 4.504/1964, 4.863/1965, 7.787/1989, 8.212/1991 (mais especificamente seu artigo 89); Decretos-Leis 582/1969, 1.110/1970 e 1.146/1970; e Lei Complementar 11/1971.

Alegou a Fazenda Nacional que o valor da condenação em honorários é diminuto, merecendo majoração de acordo com os critérios estabelecidos no CPC (artigo 85, §§ 2º a 5º).

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

Senhores Desembargadores, embora a matéria tratada nos autos esteja em repercussão geral na Suprema Corte (Temas 325 e 495), o processamento dos feitos não foi suspenso, pelo que cabível o exame dos recursos.

Saliente-se, outrossim, que o reconhecimento da repercussão geral não implica juízo de mérito antecipado e sequer indicativo no sentido da inconstitucionalidade da adoção da folha de salários como base de cálculo de contribuições do artigo 149, CF, mas apenas evidencia que se trata de controvérsia de relevância econômica, política, social ou jurídica, que extrapola interesses meramente subjetivos do processo, a exigir, portanto, o pronunciamento da Suprema Corte.

Alegou o contribuinte, fundamentalmente, que após a EC 33/2001, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, como as discutidas no presente feito, devem observar, como base de cálculo, o faturamento, receita bruta ou valor da operação, e não mais a folha de salários, pelo que incompatível a legislação precedente com o estatuído a partir de tal reforma constitucional.

O argumento de que, primeiramente, seria aplicável, na espécie, a orientação fixada no RE 559.937 não procede. De fato, o que se decidiu, na ocasião, foi que o PIS/COFINS - IMPORTAÇÃO, ao incluir na base de cálculo além do valor aduaneiro - no caso o montante de ICMS e o correspondente ao próprio valor das contribuições - afrontou a alínea *a* do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal na redação dada pela EC 33/2001.

O acórdão em referência foi assim ementado:

“Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS – importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de *bis in idem*. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou *ad valorem*. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao *bis in idem*, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes. 3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF. 4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas *ad valorem* e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência. 5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, *a*, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto

sobre a Importação. 6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota *ad valorem* sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal. 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP -Importação e a COFINS -Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial. 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Não se deve, pois, conferir interpretação diversa da decorrente do próprio objeto da causa controvertida no precedente, que envolvia exclusivamente a Lei 10.864/2004, que instituiu o PIS/COFINS - IMPORTAÇÃO, cuja constitucionalidade foi afastada no ponto específico em que deixou de considerar que, enquanto incidente sobre receita de importação, com alíquota *ad valorem*, a respectiva base de cálculo não poderia ser outra, que não o valor aduaneiro.

Perceba-se que na alínea *a* do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal, com a redação da EC 33/2001, o legislador constituinte derivado foi pontualmente bem específico, ao tratar da situação própria da importação, em que definiu a obrigatoriedade e a exclusividade da previsão do valor aduaneiro como base de cálculo da contribuição, o que explica a delimitação mais firme expressa no acórdão proferido no RE 559.937 (item 4 da ementa supracitada: “Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas *ad valorem* e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.”).

Excluída a peremptoriedade da base de cálculo no caso de importação, o restante da norma exhibe redação aberta, instituindo facultatividade ao legislador infraconstitucional na definição da base de cálculo das contribuições do artigo 149 da Constituição Federal, seja receita, seja faturamento, seja valor da operação. O fato de elencar apenas três bases de cálculo possíveis não torna vinculante a conclusão de que sejam, elas mesmas, exaustivas a partir da interpretação definida pela Suprema Corte no RE 559.937, pois a constatação do caráter estrito e delimitado da base de cálculo (valor aduaneiro) no caso específico de importação decorre da própria redação do texto normativo, diferentemente do tratamento conferido às demais situações.

Logo, não se pode antever, como pretendido, que a nova redação dada pela EC 33/2001 ao artigo 149 da Constituição Federal, com os acréscimos tratados, delimitou, exaustivamente, bases de cálculo para contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, tornando inconstitucional toda a legislação antecedente que adotou, por exemplo, como base de cálculo das incidências a folha de salário.

Trata-se de interpretação que, conquanto possa eventualmente ser reconhecida perante a Suprema Corte, não é a que se antevê, indisputavelmente, da norma constitucional e, portanto,

não permite reconhecer como direito líquido e certo a inexigibilidade tributária preconizada. É razoável e prevalecente, no âmbito da jurisprudência da Corte, a interpretação de que a norma exemplificou as bases de cálculo das contribuições de uma forma geral, salvo no caso de importação, em que obrigatória a adoção do valor aduaneiro, e não o faturamento, receita, valor da operação ou qualquer outra base de cálculo.

Este é o posicionamento que, de resto, assentou esta Turma:

AC 0000082-39.2005.4.03.6110, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 30/11/2017: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. INSTITUIÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. CIDE. EC Nº 33/01. ART. 149, § 2º, III, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE EMPRESA URBANA. INFRINGÊNCIA À REFERIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência dessa E. Terceira Turma é assente em reconhecer que é dispensável a edição de Lei Complementar para a instituição dos tributos elencados no artigo 149, da Constituição Federal. 2. Isto decorre porque o mandamento constitucional delimita que as contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE - devem respeitar a lei complementar tributária elencada no artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, o Código Tributário Nacional, razão pela qual é despicienda a instituição das referidas exações através de lei complementar. 3. A E. Terceira Turma tem jurisprudência pacífica que as hipóteses de incidência para as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, elencadas no artigo 149, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 33/01, têm o objetivo de preencher o vazio legislativo existente anteriormente, delimitando apenas possibilidades da incidência, mas não realizando proibições de eleição de outras hipóteses pelo legislador ordinário. 4. Isto decorre porque, repita-se, não se deve dar interpretação restritiva ao aludido dispositivo constitucional, mas apenas de se verificar que o constituinte derivado elencou algumas hipóteses sobre as quais poderiam incidir as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, não impossibilitando que a lei delimite outra hipótese de incidência. 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as contribuições sociais destinadas ao FUNRURAL e ao INCRA incidem sobre empresas urbanas, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico (CIDE) que visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares (STJ. Segunda Turma. REsp 1584761/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgado em 07/04/2016. DJe de 15/04/2016). 6. O C. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca da constitucionalidade da referida exação, sob o argumento de que “a contribuição destinada ao INCRA é devida por empresa urbana, porque se destina a cobrir os riscos aos quais está sujeita toda a coletividade de trabalhadores” (RE-AgR 469288/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 1º/4/2008, DJe de 8/5/2008). 7. Assim, é improcedente a alegação neste ponto, não havendo pertinência a mencionada referibilidade com as empresas urbanas e pela contribuição ser destinada ao INCRA. 8. Recurso de apelação desprovido.” (sem grifos no original)

AI 0022346-61.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 03/05/2017: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÕES AO INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA. 1. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad*

valorem. 2. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem. 3. Agravo de instrumento improvido.”

Nem se alegue, em prol da inexigibilidade e em caráter subsidiário à inconstitucionalidade superveniente, que a contribuição ao INCRA não poderia ser exigida, qualquer que seja a respectiva base de cálculo, por violação ao princípio da referibilidade.

A tese jurídica, vinculada a tal princípio, encontra-se superada na jurisprudência.

Com efeito, quanto à instituição de contribuições interventivas sem especificar área econômica tributada - como, por exemplo, apenas empresas rurais para a contribuição ao INCRA, considerando o focado princípio da referibilidade, firmou-se a jurisprudência da Corte Constitucional no sentido de que “*É válida a cobrança do tributo independentemente de contraprestação direta em favor do contribuinte*” (RE 635.682, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 31/03/2017).

Trata-se de exegese que se assentou, perante a Suprema Corte, em relação à contribuição ao SEBRAE, mas que já havia sido adotada, pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 977.058, julgado em 22/10/2008 em rito repetitivo, quando decidido que a referibilidade não pode ser invocada para excluir empresas urbanas do financiamento da atuação econômico-social realizada pelo INCRA, através da respectiva contribuição, podendo ser, portanto, indireto o benefício auferido pelo contribuinte, considerada a promoção da intervenção estatal no domínio econômico, a demonstrar, nestes termos, a improcedência da tese suscitada, no âmbito dos tributos impugnados a tal título.

Inexistente indébito fiscal, dada a validade da tributação impugnada, resta prejudicado o ressarcimento pleiteado pelo contribuinte, não prevalecendo, enfim, por qualquer dos pontos suscitados, a pretensão deduzida (artigos 1º, I, do Decreto-Lei 1.146/1970; 149, 2º, III, “a”, 170 e seguintes da CF; 11 e 74 da Lei 9.430/1996; 66 da Lei 8.383/1991; 2º e 26 da Lei 11.457/2007; 11 da Lei 8.212/96; 6º, parágrafo único, da Lei 2.613/1955; 6º, § 4º, da Lei 2.613/1955; Leis 4.504/1964, 4.863/1965, 7.787/1989, 8.212/1991 (mais especificamente seu artigo 89); Decretos-Leis 582/1969, 1.110/1970 e 1.146/1970; e Lei Complementar 11/1971).

Quanto ao apelo da União, embora a equidade possa ser aplicada, não é o caso dos autos, vez que a aplicação do critérios do §§ 2 e 3º do artigo 85, CPC, não resultam em valores irrisórios ou exorbitantes, devendo, portanto, ser reavaliado o arbitramento, frente ao grau de zelo profissional, lugar do serviço, natureza e importância da causa, e trabalho e tempo exigido, para fixar a condenação da autora em honorários advocatícios de 8% sobre o valor atualizado da causa, que exprime o proveito econômico da pretensão deduzida.

Por fim, os honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal e os critérios do artigo 85, §§ 2º a 6º e 11, CPC, especialmente grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa e tempo exigido de atuação nesta fase do processo, devem ser fixados, pela atuação nesta instância, em 2%, a ser acrescido ao valor cabível pelo processamento em primeira instância, conforme acima estipulado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do contribuinte, e dou provimento à apelação fazendária.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
5001343-89.2018.4.03.6144

Apelantes: MARA LUCIA FIOLA DA SILVA E ANTONIO EDILIO BERNARDES DA SILVA

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/01/2021

EMENTA

APELAÇÃO. LAUDÊMIO. CESSÃO OU REGISTRO. PRAZO DECADENCIAL. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. SUBMISSÃO AO ART. 942 DO CPC/15.

1. Diante do resultado não unânime, o julgamento teve prosseguimento conforme o disposto no art. 942 do CPC/15.

2. O sistema brasileiro de registros está fundamentado no princípio da continuidade, de maneira que todas as transferências do domínio do imóvel devem constar na matrícula do bem imóvel, com o fim de se preservar o encadeamento das operações.

3. No âmbito da Secretaria do Patrimônio da União, que atua nos mesmos moldes dos Cartórios de Registros de Imóveis, mostra-se adequada e pertinente a exigência de observância da cadeia dominial.

4. O fato gerador do tributo (hipótese material de incidência) se dá com a cessão (ou cessões) ou com a escritura.

5. Como se sabe, três grandes sistemas de aquisição de propriedade vigoram nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental: o primeiro, o sistema francês, considera como elemento de transmissão da propriedade o contrato (*“solo consensu”*), tendo o registro imobiliário efeito meramente publicitário, mas não constitutivo; o segundo, sistema alemão, em que se considera que a transmissão da propriedade apenas se constitui com o registro do título em cadastro de imóveis, com a característica de que, uma vez efetuado o registro, não se pode alegar qualquer vício no contrato de origem, prevalecendo o registro sobre qualquer questionamento de vício originário do título aquisitivo; já o sistema brasileiro, denominado misto ou eclético, prevalece desde o Código Civil de 1916.

6. Partindo-se dessa premissa, de que o título translativo de propriedade possa ser infirmado, não obstante o registro, é que o nosso sistema estatuiu diversos *“princípios registrários”*, tendentes a garantir, em última instância, a realidade da transmissão da propriedade imóvel, dentre eles o *“princípio da inscrição”*, o da *“fé pública”*, o da *“publicidade”* e, a corroborar e afirmar tais princípios, o *“princípio da continuidade”*, por meio do qual se torna imperativo que o registro faça menção a toda a cadeia dominial ao longo do tempo, considerando-se como ato de transmissão individualizado, de sorte a permitir a aferição da fé pública, da publicidade e da legalidade, dado que dessa cadeia causal poderá resultar questionamentos acerca da validade de uma ou algumas dessas transmissões.

7. Havendo notícia, na escritura, de um encadeamento de transmissões, cada qual se considera uma transação independente e submissa aos encargos daí decorren-

tes; registre-se que é precisamente a partir da escritura pública que a União toma conhecimento do encadeamento de transmissões, até então no recôndito das partes envolvidas.

8. E é precisamente a partir desse conhecimento que estará a UF autorizada a cobrar por todas as transações anteriores, em respeito à boa-fé e à continuidade do registro imobiliário, realizado nos moldes administrativos.

9. Com relação ao prazo decadencial, no entanto, só se inicia, para efeito de constituição, mediante lançamento, a partir do conhecimento pela UF (SPU) das transações então noticiadas na escritura.

10. O fato gerador (hipótese material de incidência) se dá com a cessão (ou cessões) ou com a escritura, pois a hipótese de incidência prevista na lei refere-se à expressão “*transferência onerosa entre vivos*” ou à “*cessão de direito*” do domínio útil de imóvel de propriedade da União, conforme se verifica do artigo 3º “caput”, e seu §2º, I, “a”, do Decreto-Lei nº 2.398/1987, com a redação conferida pelo artigo 33 da Lei nº 9.636/98.

11. Portanto, é passível de sofrer a incidência do laudêmio toda e qualquer “*transferência onerosa entre vivos*”, atinente ao domínio útil de imóvel de propriedade da União, incluída aqui a mera cessão de direito, cujo pagamento somente não será exigido nas hipóteses expressamente previstas em lei, tal como a disposta nos incisos IV e VI do artigo 19 da Lei nº 9.636/98.

12. É pacífica a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o pagamento de laudêmio também é devido nas cessões, e não apenas no registro das operações no cartório de Imóveis.

13. No caso concreto, consoante transcrito pelo Relator, ocorreram as seguintes transações: a) instrumento particular de compromisso de venda e compra firmado em 22.10.2004, a vendedora Arvella, com anuência da empresa Fal 2 Incorporadora Ltda, prometeu vender o imóvel objeto da escritura aos cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher Elisabete Conrado Steffanoni; b) instrumento particular de cessão de direitos sobre o domínio útil de imóvel firmado em 22.03.2005, não levado a registro, em que os cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher cederam e transferiram todos os direitos e obrigações aos impetrantes Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elidio Bernardes da Silva; c) venda e compra da empresa “ARVELLA REPRESENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA” para Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elidio Bernardes da Silva em 20.10.2011.

14. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1.133.696 - PE), firmou entendimento no sentido de que as relações de direito material que ensejam o pagamento de taxa de ocupação, foro e *laudêmio* de terrenos públicos têm natureza eminentemente pública, sendo regidas pelas regras do Direito Administrativo, e que os créditos gerados na vigência da Lei nº 9.821/99 estão sujeitos a prazo decadencial de cinco anos (art. 47), que passou a ser de dez anos após a vigência da lei 11.852/2004, ao passo que o prazo prescricional é de 5 anos, independentemente do período considerado, uma vez que os débitos posteriores a 1998 se submetem ao prazo quinquenal do o artigo 47 da Lei 9.636/98, e os anteriores à vigência da citada lei, se submetem ao prazo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932.

15. Denota-se que somente a partir de outubro de 2011 pôde a UF ter conhecimento não só da alienação do imóvel - isso em razão da transcrição do respectivo título na

matrícula do imóvel - como também das sucessivas cessões de direito que lhe antecederam. Como a inscrição se deu dentro do prazo de 10 anos e a cobrança, dentro do prazo de 5 anos, a cobrança se mostra legítima.

16. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por maioria, negou provimento à apelação da impetrante, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido nos termos do voto do Des. Fed. Wilson Zauhy, acompanhado pelos Desembargadores Peixoto Junior e Cotrim Guimarães e pela Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o relator Des. Fed. Helio Nogueira que dava provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença, e julgar procedente o pedido, para determinar que a União proceda ao cancelamento da cobrança de laudêmio lançada no RIP 6213.0105710-08, relativo às transações ocorridas em 22.10.2004 e 22.03.2005, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC/2015, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se apelação interposta por MARA LUCIA DA SILVA e ANTÔNIO EDÍLIO BERNARDES DA SILVA contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de inexigibilidade da cobrança de laudêmio do imóvel cadastrado sob o Registro Imobiliário Patrimonial - RIP nº 6213.0105710-08. Condenada a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em no percentual mínimo legal sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, e 5º do Código de Processo Civil.

Em suas razões, a parte autora pede a reforma da sentença, pelos seguintes argumentos:

- a) por ocasião da aquisição do domínio útil do imóvel em referência, já foram recolhidos todos os valores devidos a título de laudêmio;
- b) sustentam a ocorrência do prazo prescricional e de decadência para cobrança do laudêmio e que a prescrição tem efeito a partir do momento da ciência do fato e não do fato gerador;
- c) a DARF foi emitida em nome da Fal 2, sendo indevida a cobrança.

Com as contrarrazões da União, subiram os autos a esta Corte Federal.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Da admissibilidade da apelação

Tempestivo o recurso, dele conheço.

A parte autora postulou a anulação da cobrança do débito lançado no RIP nº 6213.0105710-08 relativa ao laudêmio 22.03.2005 no valor de R\$ 7.828,48 (valor do principal R\$ 5.850,89, em nome de ROALDO ROBERTO STEFFANONI) e do laudêmio 22.10.2004 no valor de R\$ 7.828,48 (valor do principal R\$ 5.850,89, em nome de FAL 2 INCORPORADORA STADIUM LTDA, por inexigibilidade ou prescrição, nos termos do art. 47, §1º, da Lei 9.636/98, art. 3º. I, da Portaria SPU 08, de 01.02.2001 e art. 20, III, da Instrução Normativa SPU n. 01, de 23.07.2007.

Narra a parte autora que as cessões de direitos aquisitivos sobre o referido imóvel ocorreram há mais de cinco anos, tendo ocorrido a prescrição, nos termos do art. 20, III, da Instrução Normativa SPU n. 01, de 23.07.2007, ou ainda a decadência prevista no art. 47, §1º, da Lei 9.636/98, art. 3º. I, da Portaria SPU 08, de 01.02.2001.

Aduzem que adquiriram o imóvel da empresa “ARVELLA REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA E PARTICIPAÇÃO LTDA” por meio da Escritura de Venda e Compra datada de 20.10.2011, que averbaram a escritura matrícula nº 151.351 em 03.11.2011 e que comunicaram a transferência do domínio útil à SPU em 29.12.2011.

Consoante referida escritura, ocorreram as seguintes transações:

a) instrumento particular de compromisso de venda e compra firmado em 22.10.2004, a vendedora Arvela, com anuência da empresa Fal 2 Incorporadora Ltda, prometeu vender o imóvel objeto da escritura aos cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher Elisabete Conrado Steffanoni;

b) instrumento particular de cessão de direitos sobre o domínio útil de imóvel firmado em 22.03.2005, não levado a registro, em que os cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher cederam e transferiram todos os direitos e obrigações aos impetrantes Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elídio Bernardes da Silva;

c) venda e compra da empresa “ARVELLA REPRESENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA” para Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elídio Bernardes da Silva em 20.10.2011.

Assim, a SPU expediu a cobrança de laudêmio no valor principal de R\$ 5.850,89, relativo ao período de apuração 22.03.2005 em nome de Roaldo Roberto Steffanoni, com vencimento em 04.09.2017, e a cobrança de laudêmio no valor principal de R\$ 5.850,89, relativo ao período de apuração 22.10.2004 em nome de Fal 2 Incorporadora Stadium Ltda, com vencimento em 04.09.2017.

A SPU informou que a cobrança do crédito de laudêmio incide sobre as cessões de direito onerosa do imóvel a FAL 2 INCORPORADORA STADIUM LTDA, havida em 22/10/2004 e a ROALDO ROBERTO STEFFANONI, havida em 22/03/2005 (id 90176206).

Da prescrição / da decadência

A Secretaria do Patrimônio da União regulamentou os procedimentos administrativos correspondentes ao lançamento e à caracterização da ocorrência de decadência ou prescrição de créditos originados em receitas patrimoniais por meio da Portaria SPU 08, de 01.02.2001, publicado no DOU em 02.02.2001:

Art. 3º Sujeitam-se à decadência os direitos relativos a circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da receita patrimonial, contando-se, conforme a sua natureza, contratual ou extracontratual, o prazo estabelecido em lei.

§ 1º A decadência de direito a receitas patrimoniais de origem extracontratual, assim entendidas aquelas que decorram de imposição legal, exemplificativamente, laudêmos e diferenças de

laudêmos exigíveis até 15 de fevereiro de 1997, taxas de ocupação e multas por comportamento ilícito previsto em lei, será reconhecida quando decorrer o prazo de dez anos contados do conhecimento, por iniciativa da União ou por solicitação do interessado, das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da respectiva receita patrimonial. (Redação dada ao parágrafo pela Portaria SPU nº 204, de 11.11.2004, DOU 18.11.2004)

§ 2º Caso a data do conhecimento seja anterior a 30 de dezembro de 1998, conta-se a partir desta última o prazo decadencial previsto em lei.

§ 3º São inexigíveis os créditos que antecederem:

I - cinco anos do instante do conhecimento, por iniciativa da União ou por solicitação do interessado, das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da respectiva receita patrimonial;

II - cinco anos contados a partir de 30 de dezembro de 1998, caso a data do conhecimento seja anterior a esta data. (Redação dada ao parágrafo pela Portaria SPU nº 204, de 11.11.2004, DOU 18.11.2004)

§ 4º Os créditos inexigíveis deverão ser excluídos dos sistemas informatizados desta Secretaria. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Portaria SPU nº 204, de 11.11.2004, DOU 18.11.2004)

Art. 4º Sujeitam-se à prescrição os créditos originados em receitas patrimoniais inscritos ou não em Dívida Ativa da União, observados os procedimentos correspondentes estabelecidos em lei, inclusive quanto às causas interruptivas da contagem do transcurso do prazo de cinco anos para a exigência do correspondente crédito.

§ 1º A prescrição de direito a receitas patrimoniais contratuais, assim entendidas as que decorrem de contrato administrativo, exemplificativamente, foros, aluguéis por locação ou arrendamento, remunerações de cessão de uso, parcelas de amortização de preço de compra e venda, e respectivos encargos moratórios, será reconhecida quando decorrer o prazo de cinco anos contados do correspondente vencimento.

§ 2º Para as obrigações vencidas anteriormente a 18 de maio de 1998 a prescrição será reconhecida no menor prazo prescricional verificado para a sua ocorrência, adotando-se a regra da prescrição vintenária a partir do vencimento da obrigação, ou a prescrição quinquenária contada a partir de 18 de maio de 1998.

Art. 5º Caracterizada, na forma desta Portaria, a decadência do direito à receita patrimonial ou a prescrição de sua exigibilidade, incumbirá ao órgão competente da estrutura local da SPU promover a anotação da respectiva ocorrência e o cancelamento do crédito no sistema correspondente.

Parágrafo único. Para o efeito da caracterização da ocorrência de caducidade e adoção das providências de reintegração da posse do imóvel, quando for o caso, deverão ser mantidas anotações que indiquem os créditos alcançados pela prescrição.

A Secretaria do Patrimônio da União ainda dispôs na Instrução Normativa SPU n. 01, de 23.07.2007, publicada no D.O.U. 24.07.2007, sobre o lançamento e a cobrança de créditos originados em Receitas Patrimoniais, que assim tratou sobre o tema:

Art. 9º - O laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União, verificados:

I - como hipótese de incidência, a transmissão da titularidade do domínio útil de terreno da União ou de direitos sobre benfeitorias nele construídas, a transmissão da ocupação e a cessão de direitos relativos às referidas transmissões.

II - como sujeito passivo, o alienante ou cedente;

III - o valor, aplicando-se a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas, calculado conforme o normativo da SPU.

§ 1º O laudêmio deverá ser recolhido previamente à expedição do instrumento em que a SPU autorizar a transferência onerosa do domínio útil ou da ocupação, nos termos do art. 3º do Decreto-lei nº 2.398, de 1987.

§ 2º O lançamento do laudêmio dar-se-á com a averbação da transferência ou o registro da cessão no sistema SIAPA, momento em que a SPU verificará se o montante recolhido na forma do §1º deste artigo corresponde ao valor efetivamente devido.

§ 3º Nas transações onerosas realizadas a partir de 22 de dezembro de 1987, sempre que o título aquisitivo comprovar valor da transação ou valor de mercado do imóvel na data da transação maior do que o valor do imóvel sobre o qual incidiu o laudêmio efetivamente pago, será devida a Diferença de laudêmio.

§ 4º Não serão consideradas no cálculo do laudêmio as benfeitorias que, comprovadamente, tenham sido realizadas pelo adquirente ou cessionário.

Art. 20º - É inexigível o crédito não constituído originado em receita patrimonial cujo fato gerador anteceda cinco anos ou mais da data do conhecimento das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da respectiva receita, considerando-se como fato gerador: I - para os créditos de foro e taxa de ocupação, a data em que deveria ter ocorrido o lançamento estabelecido conforme o disposto no art. 3º.

II - para o crédito de diferença de laudêmio, a data do título aquisitivo quando ocupação, e de seu registro quando aforamento.

III - para o crédito de laudêmio sobre cessão, a data da transação, se estiver definida, ou à míngua de definição da data, a data do instrumento que a mencione. §

§ 1º Para o crédito de multa de transferência, são inexigíveis as parcelas que antecederem a sessenta meses da data do conhecimento.

§ 2º Quando a data do conhecimento for anterior a 30 de dezembro de 1998, são inexigíveis os créditos não constituídos anteriores a 30 de dezembro de 1993.

Art. 21º - Os créditos decorrentes de receitas patrimoniais, quando regularmente constituídos, sujeitam-se ao prazo prescricional de cinco anos, observados os procedimentos correspondentes estabelecidos em lei, inclusive quanto às causas interruptivas ou suspensivas da contagem do transcurso do prazo para a exigência do correspondente crédito.

§ 1º Conta-se o prazo prescricional a partir da data do lançamento do crédito, determinada conforme §§ 1º e 2º do art. 3º desta IN.

§ 2º Para as obrigações vencidas anteriormente a 18 de maio de 1998, a prescrição será reconhecida no menor prazo prescricional verificado para a sua ocorrência, adotando-se a regra da prescrição vintenária a partir do vencimento da obrigação, ou a prescrição quinquenária contada a partir de 18 de maio de 1998.

Até o advento da Lei n. 9.636/98, a prescrição da taxa de ocupação, foro e laudêmio era de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, não se aplicando as disposições do Código Civil, por se tratar de dívida de natureza administrativa/não tributária.

A Lei n. 9.636/98, publicada no D.O.U. de 18.5.1998, estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição das receitas patrimoniais, consoante art. 47, em sua redação original, nada mencionando acerca da decadência.

A Medida Provisória 1.787, que entrou em vigor em 30.12.1998, (convertida na Lei 9.821/99, publicada em 24.08.1999), deu nova redação ao art. 47 da Lei 9.636/98, instituindo o prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito oriundos das receitas patrimoniais, mediante lançamento, mantendo-se, todavia, o prazo prescricional de cinco anos para a sua exigência.

Posteriormente, o prazo decadencial inicial de cinco anos foi ampliado para dez anos, com o advento da Lei n. 10.852/2004, publicada em 30 de março de 2004, aplicando-se a alteração àqueles “em curso para constituição de créditos originários de receita patrimonial” (artigo 2º, da Lei nº 10.852/2004).

Oportuno registrar que a ampliação do prazo decadencial de cinco para dez anos, feita pela última legislação acima indicada (Lei n. 10.852/2004), não pode incidir de forma retroativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1.133.696 - PE), firmou entendimento no sentido de que as relações de direito material que ensejam o pagamento de taxa de ocupação, foro e laudêmio de terrenos públicos têm natureza eminentemente pública, sendo regidas pelas regras do Direito Administrativo, e que os créditos gerados na vigência da Lei nº 9.821/99 estão sujeitos a prazo decadencial de cinco anos (art. 47), que passou a ser de dez anos após a vigência da lei 11.852/2004, ao passo que o prazo prescricional é de 5 anos, independentemente do período considerado, uma vez que os débitos posteriores a 1998 se submetem ao prazo quinquenal do o artigo 47 da Lei 9.636/98, e os anteriores à vigência da citada lei, se submetem ao prazo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932.

Resumidamente, levando-se em consideração as datas de publicação dos dispositivos legais acima referidos, a Corte Especial estabeleceu que:

[...] Em síntese, a cobrança da taxa *in foco*, no que tange à decadência e à prescrição, encontra-se assim regulada:

(a) o prazo prescricional, anteriormente à edição da Lei 9.363/98, era quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto 20.910/32;

(b) a Lei 9.636/98, em seu art. 47, institui a prescrição quinquenal para a cobrança do aludido crédito;

(c) o referido preceito legal foi modificado pela Lei 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, instituindo prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se, todavia, o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência;

(d) conseqüentemente, os créditos anteriores à edição da Lei nº 9.821/99 não estavam sujeitos à decadência, mas somente a prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 ou 47 da Lei nº 9.636/98);

(e) com o advento da Lei 10.852/2004, publicada no DOU de 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, ocasião em que foi estendido o prazo decadencial para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento [...] (Primeira Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 17/12/2010).

Logo, a questão fica assim equacionada:

a) para os créditos anteriores à Lei 9.636/98 e até a alteração promovida pela Lei 9.821/1999, deve ser computado, apenas, o prazo prescricional de cinco anos (por aplicação do Decreto 20.910/32 ou por aplicação da Lei 9.636/98 - redação original): neste caso, o prazo prescricional é computado ininterruptamente, sem a aplicação do prazo decadencial estabelecido pela Lei 9.821/99;

b) para os créditos posteriores à vigência da Lei 9.821/1999 e até a vigência da Lei 10.852/2004, deve ser observado o prazo decadencial de cinco anos, para constituição do crédito, e adicionado o prazo prescricional de cinco anos;

c) para os créditos posteriores à vigência da Lei 10.852/2004, deve ser aplicado o prazo decadencial de dez anos, para constituição do crédito, imediatamente seguido do prazo prescricional de cinco anos.

No caso dos autos, a relevância do fundamento invocado reside no fato de que a mudança interpretativa promovida pela SPU, que reativou créditos decorrentes de laudêmio alcançados pelo instituto da inexigibilidade, não encontra amparo legal.

A Secretaria do Patrimônio da União informa que o “Memorando Circular n. 372/2017-MP (anexo), exarado em consonância com o Parecer n. 088 – 5.9/2013/DPC/CONJUR-MP/CGU/AGU (4531619), pelo qual a *Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento - CONJUR* entendeu pela inaplicabilidade do instituto da inexigibilidade, previsto no §1º do artigo 47 da Lei nº 9.636/98, à receita de laudêmio, conforme trecho a seguir transcrito: 7. Não obstante, cumpre-nos de plano trazer à baila entendimento manifestado no PARECER/MP /CONJUR/DPC/Nº 0471 - 5.9 / 2010, oportunidade na qual afirmamos que, em regra, a inexigibilidade, prevista no art. 47, parágrafo 1º, da Lei nº 9.639/98, não se aplica ao laudêmio, porquanto aquele instituto tem seu campo de atuação voltado para as receitas periódicas (taxa de ocupação e foros). Como o laudêmio é uma receita esporádica, eventual, que não se reproduz regularmente no tempo, incidente apenas quando da ocorrência de transferências onerosas, a ela não se aplica o instituto da inexigibilidade” (id 90176206).

O parágrafo 1º do artigo 47 da Lei nº 9.636/1998 não foi revogado por lei superveniente, de sorte que continua vigente a limitação a cinco anos da cobrança de créditos relativos a período anterior ao conhecimento do ocorrido, sob pena de inexigibilidade. Ademais, não se encontra nesse dispositivo nenhuma ressalva quanto à sua aplicação exclusivamente a receitas periódicas (taxa de ocupação e foro), não havendo impedimento de aplicabilidade ao laudêmio. *In verbis*:

Art. 47. O crédito originado de receita patrimonial será submetido aos seguintes prazos:

I - decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento; e

II - prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento.

§ 1º O prazo de decadência de que trata o *caput* conta-se do instante em que o respectivo crédito poderia ser constituído, a partir do conhecimento por iniciativa da União ou por solicitação do interessado das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da receita patrimonial, ficando limitada a cinco anos a cobrança de créditos relativos a período anterior ao conhecimento.

§ 2º Os débitos cujos créditos foram alcançados pela prescrição serão considerados apenas para o efeito da caracterização da ocorrência de caducidade de que trata o parágrafo único do art. 101 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, com a redação dada pelo art. 32 desta Lei.

Assim, somente estão alcançadas pela inexigibilidade as receitas de laudêmio anteriores a cinco anos contados do conhecimento da Secretaria do Patrimônio da União acerca do registro do imóvel, o que se afigura no caso em tela.

Destarte, no caso dos autos, a SPU tomou conhecimento em 29.11.2011, consoante documentação anexada, e busca a cobrança das receitas de laudêmio relativo aos períodos de apuração 22.10.2004 e 22.03.2005.

Deve-se ter em mente, ainda, que o fato gerador do laudêmio não consiste na celebração do contrato de compra e venda nem na sua quitação, mas sim no registro do imóvel em cartório.

Da incidência do laudêmio

O laudêmio constitui espécie de compensação assegurada ao senhorio direto, por força de lei, em face do proprietário do domínio útil do imóvel, pelo não exercício, por parte do senhorio direto, da faculdade legal de exigir para si a volta do domínio útil do terreno de marinha ou dos direitos sobre benfeitorias nele construídas. O fato gerador de tal vantagem, portanto, consubstancia-se na alienação desse domínio ou de tais direitos.

Dessa forma, o ordenamento confere ao senhorio o direito de receber o laudêmio pela transferência onerosa do domínio útil, caracterizada pela venda ou pela dação em pagamento.

Tratando-se a enfiteuse de direito real sobre coisa alheia (art. 674, I, do Código Civil de 1916), que somente se adquire com o registro do respectivo título no Cartório Registro de Imóveis (art. 1.227, do Código Civil de 2002), depreende-se que, enquanto não devidamente registrado o título translativo, o alienante continua a ser havido como titular do domínio útil. Nesse sentido, dispõe o artigo 116, do Decreto-lei nº 9.760/1946, que o adquirente do domínio útil deverá requerer a transferência de cadastro após a transcrição do título no Registro de Imóveis. Tal norma é reiterada, ainda, pelo artigo 3º, *caput* e § 4º, do Decreto-lei nº 2.398/1987, na redação dada pela Lei nº 9.636/1998, que dispõe que a transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil e da inscrição de ocupação de terreno da União ou de cessão de direito a eles relativos dependerá do prévio recolhimento do laudêmio pelo vendedor, devendo o adquirente requerer a transferência dos registros cadastrais para o seu nome.

Conforme se depreende da análise dos autos, o compromisso de venda e compra firmado em 22.10.2004 entre empresa Arvella, com anuência da empresa Fal 2 Incorporadora Ltda, aos cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher Elisabete Conrado Steffanoni, não foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis e tampouco na Secretaria do Patrimônio da União.

De igual forma, instrumento particular de cessão de direitos firmado em 22.03.2005, entre os cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher e os cessionários Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elidio Bernardes da Silva, também não foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis e tampouco na Secretaria do Patrimônio da União.

Por conseguinte, nos termos dos artigos 221 e 1.417, ambos do Código Civil de 2002, referido contrato produz efeitos somente entre as partes contratantes, não adquirindo o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

A mera celebração de compromisso de compra e venda não se trata de negócio jurídico hábil a ensejar a transferência do direito real de ocupação do imóvel, não constituindo, portanto, fato gerador da incidência de laudêmio, nos termos o art. 3º, do Decreto-lei nº 2.398/1987.

A transferência do domínio útil do imóvel somente ocorreu entre o vendedor Arvella Representação Administração e Participação Ltda e a adquirente Mara Lucia Fiola da Silva, consoante registro nº 02, de 03.11.2011, constante da certidão de matrícula do Cartório de Imóveis de Barueri n. 155.351, relativo ao bem objeto da transação (id 90176189).

Em suma, a efetiva transferência do domínio útil do imóvel - fato gerador da exação - realizou-se, tão somente, por meio de negócio jurídico celebrado entre o vendedor e a adquirente, havendo o respectivo título translativo foi devidamente levado a registro, consoante dispõe o art. 3º, do Decreto-lei nº 2.398/1987.

Nesses termos, deve ser afastada a cobrança de laudêmio incidente sobre a mera cessão de direitos decorrentes de contrato de compromisso de compra e venda e sobre contrato de cessão de direitos sendo o laudêmio exigível somente em face da efetiva transferência do do-

mínio útil do imóvel, consubstanciada pelo registro do respectivo título translativo no Cartório Registro de Imóveis (artigo 1.227, do Código Civil de 2002).

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. TRANSMISSÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR O LAUDÊMIO. REGISTRO DO IMÓVEL EM CARTÓRIO. BENFEITORIAS REALIZADAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DO TERRENO E ANTERIORES AO FATO GERADOR. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO LAUDÊMIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelos ora recorrentes contra ato do Gerente do Serviço do Patrimônio da União em Fortaleza, cuja ordem, que objetivava afastar do cálculo do laudêmio as benfeitorias realizadas em terreno de marinha após a celebração do contrato de compra e venda deste, foi denegada.

2. Em verdade, laudêmio é a compensação assegurada ao senhorio direto por este não exigir a volta do domínio útil do terreno de marinha às suas mãos ou de direitos sobre benfeitorias nele construídas. Tal vantagem tem por fato gerador a alienação desse domínio ou desses direitos e uma base de cálculo previamente fixada pelo art. 3º do Decreto n. 2.398/87.

3. A propósito, o art. 3º do Decreto n. 95.760/88, ao fixar como será efetuado o cálculo do valor do laudêmio, não deixa dúvidas.

4. Como se depreende da redação dos dispositivos acima, a base de cálculo do laudêmio consiste não meramente no valor atualizado do domínio pleno, mas também das benfeitorias.

5. Por sua vez, esta Corte já firmou que o fato gerador da debatida exação não ocorre quando da celebração do contrato de compra e venda nem da sua quitação, mas, sim, da data do registro do imóvel em Cartório de Registro de Imóveis, momento da transferência do domínio útil do aludido direito real, razão pela qual deveriam incidir 5%, não meramente sobre o valor do imóvel ao tempo do ajuste, mas sobre o valor atualizado do bem.

6. Nesse sentido, diante do princípio da legalidade e da indisponibilidade dos bens ou faculdades inerentes à titularidade do domínio público, muito embora as benfeitorias tenham sido comprovadamente construídas após a celebração do acordo de compra e venda, estas não podem ser excluídas da base de cálculo do laudêmio, sobretudo se ainda não ocorreu o registro do imóvel em Cartório de Registro de Imóveis.

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ, REsp 1.257.565/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2 - Segunda Turma, DJe 30/08/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. TERRENO DE MARINHA. TRANSFERÊNCIA ONEROSA DO DIREITO DE OCUPAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA DE LAUDÊMIO.

1. Considera-se deficiente a fundamentação quando o recurso especial suscita tese a ser apreciada pelo STJ mas deixa de indicar precisamente o dispositivo legal supostamente violado (Súmula 284/STF).

2. O conhecimento da divergência jurisprudencial pressupõe demonstração, mediante a realização do devido cotejo analítico, da existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, nos moldes dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

3. Não enseja a cobrança de laudêmio a mera cessão de direitos decorrentes de contrato de promessa de compra e venda relativo a benfeitoria que nem sequer estava pronta à época da transação, sendo o laudêmio exigível somente quando for transferido o próprio direito real de ocupação.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
(STJ, REsp 1.254.326/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, T2 - Segunda Turma, DJe 29/11/2013)

ADMINISTRATIVO - TERRENO DE MARINHA - TRANSMISSÃO DE DOMÍNIO ÚTIL - FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR O LAUDÊMIO - REGISTRO DO IMÓVEL EM CARTÓRIO.

1. A controvérsia do presente recurso especial consiste em fixar qual o momento do fato gerador da obrigação de pagar o laudêmio ao senhorio direto.
2. A transferência do domínio útil de um imóvel, por se tratar de direito real, não ocorre no momento da celebração do contrato de compra e venda e nem na sua quitação, mas sim quando do registro do imóvel em Cartório de Registro de Imóveis, conforme expressa disposição do art. 1.227 do Código Civil de 2002.
3. O fato gerador da obrigação de pagar o laudêmio só surge no momento do registro do imóvel em cartório, motivo pelo qual é sobre o valor atual do imóvel que devem incidir os 5% devidos ao senhorio direto, como compensação por não exercer o seu direito de preferência na alienação do bem, em conformidade com o que dispõe o art. 3º do DL n. 2.398/87.
(STJ, REsp 911.345/PR, Rel. Min. Humberto Martins, T2 - Segunda Turma, DJe 14/04/2009)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LAUDÊMIO. FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR O LAUDÊMIO. REGISTRO DO IMÓVEL EM CARTÓRIO. PRECEDENTES STJ.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que o fato gerador do laudêmio ocorre tão somente com o registro do imóvel em cartório e não quando celebração do contrato de compra e venda ou de sua quitação. (Precedentes)
2. Remessa oficial não provida, com fulcro no art. 932, incisos IV do novo CPC, devendo ser mantida a r. sentença.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 1937107 - 0008828-22.2011.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 07/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/06/2016)

Dessa forma, descabia a cobrança de laudêmio relativo ao negócio jurídico de cessão de direitos celebrado em 22.10.2004 e 22.03.2005 relativo aos RIP 6213.0105710-08.

Assim sendo, é de ser reformada a sentença para ser reconhecida a inexigibilidade do crédito de laudêmio pretendida.

Da verba honorária

Em relação à verba de sucumbência, o art. 85 do Código de Processo Civil/2015 é claro ao estabelecer que a sentença deverá condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

A fixação da verba honorária deve observar o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve se responsabilizar pelas despesas dele decorrente.

Ademais, a condenação em honorários advocatícios e despesas processuais é consequência da sucumbência. Com efeito, cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/73 (art. 85 do CPC/2015). Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed.Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/73:

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art. 20, 3º, do CPC); e sua fixação é ato

do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes (RT 509/169). No mesmo sentido, quanto à impossibilidade de fixação do valor dos honorários advocatícios pelas partes: RT 828/254.

Nesses termos, considerada a procedência do pedido da parte autora, inverte o ônus da sucumbência para condenar o réu/apelado ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte autora que ora fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e atentando às peculiaridades da presente demanda.

Custas ex lege.

Dispositivo

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso de apelação para reformar a sentença, e julgar procedente o pedido, para determinar que a União se proceda ao cancelamento da cobrança de laudêmio lançada no RIP 6213.0105710-08, relativo às transações ocorridas em 22.10.2004 e 22.03.2005, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC/2015.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

Desembargador Federal WILSON ZAUHY.

Peço vênia ao e. Relator para *divergir* de seu Voto e negar provimento à apelação da impetrante, mantenho a sentença que julgou improcedente o pedido.

O sistema brasileiro de registros está fundamentado no princípio da continuidade, de maneira que todas as transferências do domínio do imóvel devem constar na matrícula do bem imóvel, com o fim de se preservar o encadeamento das operações.

É o que se extrai no artigo 237, da Lei nº 6.015/73, “*verbis*”:

“Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.”

No âmbito da Secretaria do Patrimônio da União, que atua nos mesmos moldes dos Cartórios de Registros de Imóveis, mostra-se adequada e pertinente a exigência de observância da cadeia dominial.

Registre-se, ainda, que o fato gerador do tributo (hipótese material de incidência) se dá com a cessão (ou cessões) ou com a escritura.

Como se sabe, três grandes sistemas de aquisição de propriedade vigoram nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental: o primeiro, o sistema francês, considera como elemento de transmissão da propriedade o contrato (“*solo consensu*”), tendo o registro imobiliário efeito meramente publicitário, mas não constitutivo; o segundo, sistema alemão, em que se considera que a transmissão da propriedade apenas se constitui com o registro do título em cadastro de imóveis, com a característica de que, uma vez efetuado o registro, não se pode alegar qualquer vício no contrato de origem, prevalecendo o registro sobre qualquer questionamento de vício originário do título aquisitivo; já o sistema brasileiro, denominado misto ou eclético, prevalece desde o Código Civil de 1916, anotando FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO as seguintes particularidades:

“Para nós, o registro é constitutivo do direito real sobre coisa imóvel. É ele que converte o título, gerador de simples direito de crédito, em direito real, irradiando seus efeitos contra todos. Neste ponto, aproxima-se do sistema alemão. A diferença, porém, está no fato do registro em nosso sistema ter a natureza de ato jurídico causal, pois permanece vinculado ao título que deu origem. Invalidado o título, invalida-se o registro.”

(CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Coordenador MINISTRO CEZAR PELUSO, Ed. MANOLE, 14a. Ed., 2.020, pág. 1166).

Partindo-se dessa premissa, de que o título translativo de propriedade possa ser infirmado, não obstante o registro, é que o nosso sistema estatuiu diversos “*princípios registrários*”, tendentes a garantir, em última instância, a realidade da transmissão da propriedade imóvel, dentre eles o “*princípio da inscrição*”, o da “*fé pública*”, o da “*publicidade*” e, a corroborar e afirmar tais princípios, o “*princípio da continuidade*”, por meio do qual se torna imperativo que o registro faça menção a toda a cadeia dominial ao longo do tempo, considerando-se como ato de transmissão individualizado, de sorte a permitir a aferição da fé pública, da publicidade e da legalidade, dado que dessa cadeia causal poderá resultar questionamentos acerca da validade de uma ou algumas dessas transmissões.

A Doutrina assim identifica e justifica a observância do princípio da continuidade:

“O princípio da continuidade, também chamado trato sucessivo e trato contínuo, está previsto nos arts. 195 e 237 da Lei 6.015/73. Expressa a regra que ninguém pode dispor de direitos que não tem, ou de direitos de qualidade e quantidade diversas dos quais é titular. Diz que, em relação a cada imóvel, deve haver uma cadeia de titularidade, à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Funciona o registro imobiliário como os elos de uma corrente, um encadeado no outro, sem saltos nem soluções, de tal modo que toda titularidade sobre o imóvel apareça concatenada com a anterior e a sucessiva” (FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO, ob. Cit. Pág. 1214/1215).

Destarte, havendo notícia, na escritura, de um encadeamento de transmissões, cada qual se considera uma transação independente e submissa aos encargos daí decorrentes; registre-se que é precisamente a partir da escritura pública que a União toma conhecimento do encadeamento de transmissões, até então no recôndito das partes envolvidas.

E é precisamente a partir desse conhecimento que estará a UF autorizada a cobrar por todas as transações anteriores, em respeito à boa-fé e à continuidade do registro imobiliário, realizado nos moldes administrativos.

Com relação ao prazo decadencial, no entanto, só se inicia, para efeito de constituição, mediante lançamento, a partir do conhecimento pela UF (SPU) das transações então noticiadas na escritura.

Essa é a orientação firmada em ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte regional, quando do julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 5014444-68.2017.4.03.6100 pela sistemática do artigo 942 do CPC:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ALIENANTE. ADQUIRENTE. FATO GERADOR. LAUDÊMIO. CESSÃO OU REGISTRO. PRAZO DECADENCIAL. CONHECIMENTO DA UNIÃO. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDOS.

1. Considerado que os valores devidos em razão do domínio útil podem ser exigidos tanto do

alienante quanto do adquirente, por se tratar de obrigação *propter rem*, a impetrante deve ser considerada parte legítima para figurar no polo ativo da ação mandamental.

2. O sistema brasileiro de registros está fundamentado no princípio da continuidade, de maneira que todas as transferências do domínio do imóvel devem constar na matrícula do bem imóvel, com o fim de se preservar o encadeamento das operações. Dicção do artigo 237 da Lei nº 6.015/73.

3. No âmbito da Secretaria do Patrimônio da União, que atua nos mesmos moldes dos Cartórios de Registros de Imóveis, mostra-se adequada e pertinente a exigência de observância da cadeia dominial.

4. O fato gerador do tributo (hipótese material de incidência) se dá com a cessão (ou cessões) ou com a escritura.

5. O prazo decadencial só se inicia, para efeito de constituição, mediante lançamento, a partir do conhecimento, pela UF (SPU), das transações então noticiadas na escritura.

6. A partir desse conhecimento, está a UF autorizada a cobrar por todas as transações anteriores, em respeito à boa-fé e à continuidade do registro imobiliário, realizado nos moldes administrativos.

7. No caso concreto configura-se tal hipótese, vez que somente a partir da transcrição do respectivo título na matrícula do imóvel pode a União ter ciência não somente da alienação do imóvel retratada na matrícula, como também da cessão de direito que lhe antecedeu.

8. Remessa necessária e apelação da União providos para reformar a sentença e denegar a segurança, sem condenação em honorários advocatícios. Custas “ex lege”.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5014444-68.2017.4.03.6100. Relator: Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA. Relator para o acórdão: Desembargador Federal WILSON ZAUHY. Julgado em 28/04/2020. Intimação via sistema DATA: 29/04/2020)

Por fim, saliente-se que o fato gerador (hipótese material de incidência) se dá com a cessão (ou cessões) ou com a escritura, pois a hipótese de incidência prevista na lei refere-se à expressão “*transferência onerosa entre vivos*” ou à “*cessão de direito*” do domínio útil de imóvel de propriedade da União, conforme se verifica do artigo 3º “caput”, e seu § 2º, I, “a”, do Decreto-Lei nº 2.398/1987, com a redação conferida pelo artigo 33 da Lei nº 9.636/98:

“Art. 3º A *transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil e da inscrição de ocupação de terreno da União ou de cessão de direito a eles relativos dependerá do prévio recolhimento do laudêmio* pelo vendedor, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, excluídas as benfeitorias. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017) § 1º As transferências parciais de aforamento ficarão sujeitas a novo foro para a parte desmembrada.

§ 2º Os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio: (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

I - sem certidão da Secretaria do Patrimônio da União - SPU que declare: (Incluído pela Lei nº 9.636, de 1998)

a) *ter o interessado recolhido o laudêmio devido, nas transferências onerosas entre vivos*; (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

(...)

§ 4º Concluída a transmissão, o adquirente deverá requerer ao órgão local da SPU, no prazo máximo de sessenta dias, que providencie a transferência dos registros cadastrais para o seu nome, observando-se, no caso de imóvel aforado, o disposto no art. 116 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946. (Incluído pela Lei nº 9.636, de 1998)” (grifos nossos).

Ainda no mesmo sentido encontra-se a Lei nº 9.636/98, cujo § 3º do artigo 24 dispõe:

“Art. 24. A venda de bens imóveis da União será feita mediante concorrência ou leilão público, observadas as seguintes condições:

§ 3º *Poderá adquirir o imóvel*, em condições de igualdade com o vencedor da licitação, *o cessionário de direito real ou pessoal*, o locatário ou arrendatário *que esteja em dia com suas obrigações junto à SPU*, bem como o expropriado. (grifos nossos)

Portanto, é passível de sofrer a incidência do laudêmio toda e qualquer “*transferência onerosa entre vivos*”, atinente ao domínio útil de imóvel de propriedade da União, incluída aqui a mera cessão de direito, cujo pagamento somente não será exigido nas hipóteses expressamente previstas em lei, tal como a disposta nos incisos IV e VI do artigo 19 da Lei nº 9.636/98:

“Art. 19. O ato autorizativo da cessão de que trata o artigo anterior *poderá*:

(...)

IV - *isentar o cessionário do pagamento de foro*, enquanto o domínio útil do terreno fizer parte do seu patrimônio, *e de laudêmos, nas transferências de domínio útil* de que trata este artigo; (...)

VI - *permitir a cessão gratuita* de direitos enfitêuticos relativos a frações de terrenos cedidos quando se tratar de regularização fundiária ou provisão habitacional para famílias carentes ou de baixa renda. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) (grifos nossos)

É pacífica a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o pagamento de laudêmio também é devido nas cessões, e não apenas no registro das operações no cartório de Imóveis:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TERRENO DE MARINHA. REGIME DE MERA OCUPAÇÃO. TRANSFERÊNCIA ONEROSA. COBRANÇA DE LAUDÊMIO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A Primeira Turma desta Corte decidiu que “[...] a transferência onerosa de quaisquer poderes inerentes ao domínio de imóvel da União condiciona-se ao prévio recolhimento de laudêmio. Isto porque, não obstante o instituto do laudêmio estivesse intimamente vinculado ao domínio útil, a novel lei ampliou-o para alcançar, também, a transferência onerosa de qualquer direito sobre benfeitorias construídas em imóvel da União, bem como a cessão de direitos a ele relativos (REsp 1143801/SC, Rel. Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 13/09/2010)”. No mesmo sentido, confirmam-se: REsp 1232803/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 31/05/2011; EDcl no REsp 1128194/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 25/02/2011; REsp 1128333/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/09/2010.

2. Agravo regimental não provido”

(AgRg no AREsp 166.778/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 24/08/2015)

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. RESSALVA. FINALIZADO ANTES DO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 4.264/PE. TAXA DE OCUPAÇÃO. VALOR. MAJORAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. LAUDÊMIO. COBRANÇA. POSSIBILIDADE.

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

6. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, consoante previsão do art. 3º do Decreto-Lei 2.398/1987, é legítima a cobrança de *laudêmio* não apenas sobre a transferência onerosa do domínio útil, mas também de qualquer direito sobre benfeitorias construídas em imóvel da União, bem como a cessão de direitos a ele relativos.

(...)

Recurso especial improvido.”

(REsp 1329644/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

No caso concreto, consoante transcrito pelo Relator, ocorreram as seguintes transações:

a) instrumento particular de compromisso de venda e compra firmado em 22.10.2004, a vendedora Arvella, com anuência da empresa Fal 2 Incorporadora Ltda, prometeu vender o imóvel objeto da escritura aos cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher Elisabete Conrado Steffanoni;

b) instrumento particular de cessão de direitos sobre o domínio útil de imóvel firmado em 22.03.2005, não levado a registro, em que os cedentes Roaldo Roberto Steffanoni e sua mulher cederam e transferiram todos os direitos e obrigações aos impetrantes Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elidio Bernardes da Silva;

c) venda e compra da empresa “ARVELLA REPRESENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA” para Mara Lucia Fiola da Silva e Antônio Elidio Bernardes da Silva em 20.10.2011.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1.133.696 - PE), firmou entendimento no sentido de que as relações de direito material que ensejam o pagamento de taxa de ocupação, foro e *laudêmio* de terrenos públicos têm natureza eminentemente pública, sendo regidas pelas regras do Direito Administrativo, e que os créditos gerados na vigência da Lei nº 9.821/99 estão sujeitos a prazo decadencial de cinco anos (art. 47), que passou a ser de dez anos após a vigência da lei 11.852/2004, ao passo que o prazo prescricional é de 5 anos, independentemente do período considerado, uma vez que os débitos posteriores a 1998 se submetem ao prazo quinquenal do o artigo 47 da Lei 9.636/98, e os anteriores à vigência da citada lei, se submetem ao prazo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932.

Denota-se que somente a partir de outubro de 2011 pôde a UF ter conhecimento não só da alienação do imóvel - isso em razão da transcrição do respectivo título na matrícula do imóvel - como também das sucessivas cessões de direito que lhe antecederam. Como a inscrição se deu dentro do prazo de 10 anos e a cobrança, dentro do prazo de 5 anos, a cobrança se mostra legítima.

É como voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5004105-78.2018.4.03.6144

Apelante: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Apelada: LUFT TRANSPORTES RODOVIÁRIOS E ARMAZÉNS GERAIS LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 20/01/2021

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (COTA PATRONAL E SAT/RAT) E CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS ÀS ENTIDADES TERCEIRAS SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO, 13º SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO, AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE NOS PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

I - Contribuições destinadas às entidades terceiras que possuem a mesma base de cálculo da contribuição prevista nos incisos I e II, do art. 22, da Lei nº 8.212/91 e que se submetem à mesma orientação aplicada à exação estabelecida no referido dispositivo legal.

II - As verbas pagas pelo empregador ao empregado a título dos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho em razão de doença/acidente e aviso prévio indenizado não constituem base de cálculo de contribuições previdenciárias, posto que tais verbas não possuem natureza remuneratória mas indenizatória. Precedentes do STJ e desta Corte.

III - Adicional de 1/3 constitucional de férias que deve servir de base de cálculo para as contribuições previdenciárias conforme decidido pelo Pleno do C. STF no julgamento do RE 1072485 na sistemática de repercussão geral. Possibilidade de julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado da decisão proferida no paradigma. Precedentes.

IV - É devida a contribuição previdenciária sobre os valores relativos ao 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, o entendimento da jurisprudência concluindo pela natureza salarial dessa verba.

V - Compensação que, em regra, somente pode ser realizada com parcelas relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, ressalvadas as situações excepcionais previstas no art. 26-A, da Lei nº 11.457/07, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.670/18. Precedentes.

VI - Recurso da União e remessa oficial parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da União e à remessa oficial para reforma da sentença no tocante às contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre o adicional de 1/3 constitucional de férias e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado e quanto à compensação de valores, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando excluir da base de cálculo das contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras os valores pagos aos empregados a título de aviso prévio indenizado e reflexos, auxílio-doença/acidente nos primeiros 15 dias de afastamento e terço constitucional de férias, deduzindo ainda a impetrante pedido de compensação dos valores tidos por indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos.

A sentença proferida Id 60781646 concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade das contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre o aviso prévio indenizado e reflexos, auxílio-doença/acidente nos primeiros 15 dias de afastamento e terço constitucional de férias, deferindo a compensação de valores indevidamente recolhidos, após o trânsito em julgado, nos termos da Instrução Normativa nº 1717/2017 da Receita Federal, respeitando-se o prazo prescricional quinquenal e atualização monetária pela taxa SELIC.

Recorre a União (Id 60781652) sustentando, em síntese, a exigibilidade das contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre o auxílio-doença/acidente nos primeiros 15 dias de afastamento, 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado e terço constitucional de férias, a exigibilidade das contribuições previdenciárias (SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre o aviso prévio indenizado, também alegando a ausência de interesse processual no tocante às férias proporcionais, tendo em vista a não incidência da contribuição sobre referida verba em razão de disposição expressa de lei. Afirmar ainda a impossibilidade *“de restituição administrativa de indébito judicial”* e que *“a compensação do montante indevidamente recolhido a título de contribuição previdenciária estabelecida no art. 22, II, da Lei nº 8.212/91 pode ser feita apenas com contribuições da mesma espécie e destinação constitucional”*.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, também por força do reexame necessário.

Id 68549732, manifestou-se o representante do MPF de 2ª Instância pela inexistência de interesse público a justificar a intervenção.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

Primeiramente, observo, com relação às contribuições destinadas às entidades terceiras, considerando que possuem a mesma base de cálculo da contribuição prevista nos incisos I e II, do art. 22, da Lei nº 8.212/91, que deve ser adotada a mesma orientação aplicada à exação estabelecida no referido dispositivo legal.

Confira-se, a propósito:

“Trata-se de recurso especial interposto por Superauto Motor LTDA e Filial (is), com fulcro no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão assim ementado (fls. 782):

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÕES

SOCIAIS DESTINADAS A TERCEIROS. LEGITIMIDADE. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. FÉRIAS USUFRUÍDAS. SALÁRIO- MATERNIDADE. HORAS EXTRAS.

1. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a terceiros, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

2. A ABDI, a APEX-Brasil, o FNDE, o INCRA, o SEBRAE, o SENAC e o SESC não possuem legitimidade passiva em feito que discute a inexigibilidade de contribuição a elas destinada incidente sobre determinadas verbas, uma vez que são apenas destinatários das contribuições referidas, cabendo à União sua administração.

3. Não incide contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio indenizado.

4. É legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores recebidos a título de férias gozadas, salário-maternidade e adicional de horas extras.

Não foram opostos embargos de declaração.

Nas razões de recurso especial, a recorrente aponta violação aos arts. 11, parágrafo único, “a”, 22, I e II, e 89 da Lei nº 8.212/91, 97, VI, e 99, do CTN, 66 da Lei nº 8.383/91, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em síntese, que: (I) não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de salário maternidade, férias gozadas e adicional de horas extras, ante o caráter indenizatório das verbas em comento; e (II) é possível a compensação dos valores recolhidos indevidamente a terceiros ou fundos com tributos de mesma espécie e destinação constitucional, nos termos do art. 89 da Lei 8.212/91, ante a ilegalidade da vedação constante nos arts. 47 da IN/RFB n. 9000/2008 e 57 da IN/RFB n. 1.300/2012 à compensação pelo sujeito passivo das Contribuições destinadas a outras entidades ou fundos.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para declarar o direito da recorrente de compensar as contribuições previdenciárias para terceiros ou fundos com tributos de mesma espécie e destinação constitucional, na forma da fundamentação.

Publique-se.

Brasília, 17 de novembro de 2015.

Ministro Sérgio Kukina, Relator”.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.554.083 - SC, Data da Publicação: 24/11/2015).

Ainda ao início, registro o interesse processual da parte impetrante em relação à verba de férias proporcionais, anotando que o mero fato da existência de previsão legal excluindo determinadas verbas da base de cálculo da exação não infirma a hipótese de cobrança pela Administração, tanto que mesmo havendo disposição expressa não faltam exemplos de feitos em que a União sustenta a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre respectiva verba, por outro lado não comprovando a União a inexistência de cobrança.

Isto estabelecido, passo ao exame da questão da exigibilidade da exação.

Conforme orientação firmemente estabelecida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte, o *aviso prévio indenizado* possui natureza indenizatória, de modo que sobre essa verba não incide contribuição previdenciária. Neste sentido, destaco os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE AS INCIDÊNCIAS OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, SALÁRIO MATERNIDADE, SALÁRIO PATERNIDADE, AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA, NOS

QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA, FÉRIAS GOZADAS, DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO, ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, DE INSALUBRIDADE E DE TRANSFERÊNCIA, HORAS EXTRAS. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte, ao julgar os Recursos Especiais n. 1.230.957/RS, 1.066.682/SP e 1.358.281/SP, submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual: i) não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias (gozadas e/ou indenizadas), aviso prévio indenizado, bem como sobre o valor pago pelo empregador, nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado, por doença ou acidente, incidindo, por outro lado, em relação ao salário maternidade e salário paternidade; ii) com a edição da Lei n. 8.620/1993, a tributação em separado da gratificação natalina passou a ter determinação legal expressa a partir da competência de 1993, sendo calculada em separado dos valores da remuneração do mês de dezembro; iii) as verbas relativas a adicionais noturno, de periculosidade, de insalubridade e de transferência, bem como os valores recebidos a título de horas extras, possuem natureza remuneratória, sendo passíveis de contribuição previdenciária

III - É pacífica a orientação da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual incide contribuição previdenciária patronal no pagamento de férias gozadas. III - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Interno improvido.”

(STJ, AIRESP 201500721744, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, 1ª T., j. 17/05/2016, DJE DATA:27/05/2016);

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A Segunda Turma do STJ consolidou o entendimento de que o valor pago ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado, por não se destinar a retribuir o trabalho e possuir cunho indenizatório, não está sujeito à incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários.

3. Recurso Especial não provido.”

(STJ, RESP 201001995672, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 14/12/2010, DJE 04/02/2011);

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido.” (Segunda Turma, RESP nº 200600142548, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/10/2010, DJE 25/10/2010);

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVOS LEGAIS EM APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUTORIZADO PELO ARTIGO 557 DO CPC/1973. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS. INDEPENDÊNCIA DA NATUREZA DA VERBA DISCUTIDA. VERBA NÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA NO ROL DO ART. 28, §9º DA LEI N. 8.212/91. IMPORTÂNCIA DEVIDA AO FUNDO. OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. QUINZENA QUE ANTECEDE A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1 - Tratando-se de matéria julgada pelo STJ, viável o julgamento monocrático, conforme autoriza o art. 557 do CPC/1973.

2 - O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, trata-se de instituto de natureza trabalhista com função social de destinação variada. Dessarte, não sendo imposto ou contribuição previdenciária, na verdade, estando mesmo alheio ao regime tributário, nos termos do enunciado da Súmula nº353 do Superior Tribunal de Justiça, a composição da sua base de cálculo não está afeta a valorações acerca da natureza da verba incidente, com fulcro no art. 195, I, “a” da Carta Magna.

3 - Quando o art. 15, § 6º, da Lei n. 8.036/90 faz remissão ao rol do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, qualquer verba que não esteja expressamente prevista na relação descrita nesse dispositivo da Lei Orgânica da Seguridade Social, deveras, compõe a importância devida ao Fundo.

4 - O enunciado sumular nº 63 do Tribunal Superior do Trabalho prevê a globalidade das verbas recebidas pelo empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais, como integrantes da contribuição ao FGTS. Na mesma senda, a proposição da Súmula nº 305/TST assenta que o aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito à contribuição ao Fundo. Precedentes.

5 - *Não há incidência da contribuição previdenciária patronal sobre as verbas pagas a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e quinzena que antecede a concessão do auxílio-doença/acidente, consoante entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça pela sistemática do art. 543-C do CPC. (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).*

6 - Descabida, também, a alegação de que houve ofensa à cláusula de reserva de plenário, insculpida no artigo 97, da Constituição, uma vez que a decisão ora atacada baseou-se em jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

7 - Inexistindo fundamentos hábeis a alterar a decisão monocrática, nega-se provimento aos agravos legais”.

(TRF3, APELREEX 00101575520144036100, Rel. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, 1ª T., j. 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/12/2016);

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIO- CRECHE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

1. Em se tratando de uma obrigação patronal, o reembolso das despesas comprovadas da creche, quando terceirizado o serviço, não pode sofrer a incidência da contribuição previdenciária, pois tem nítido cunho indenizatório.
 2. *Previsto no §1º, do artigo 487 da CLT, exatamente por seu caráter indenizatório, o aviso prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição e sobre ele não incide a contribuição.*
 3. Agravo a que se nega provimento.”
- (TRF3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 372825 JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI, SEGUNDA TURMA).

Todavia, a não-incidência de contribuição previdenciária refere-se apenas a rubrica aviso prévio indenizado, não se estendendo a reflexos no 13º salário, conforme precedentes do E. STJ e desta Corte, entendendo que os valores relativos ao 13º *proporcional ao aviso prévio indenizado* por possuírem natureza remuneratória sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 13º SALÁRIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA.

Os valores relativos ao 13º proporcional ao aviso prévio indenizado por possuírem natureza remuneratória (salarial), sem o cunho de indenização, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária.

Pedido de reconsideração recebido como Agravo regimental e improvido.”

(STJ, RCD no AREsp 784.690/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 02/03/2016);

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 13º SALÁRIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. ESCLARECIMENTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual devia o juiz ou tribunal se pronunciar. Também as inexatidões materiais e os “erros evidentes” são sanáveis pela via dos embargos de declaração, consoante a jurisprudência e a doutrina (EDcl no REsp 1.359.259/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.5.2013, DJe 7.5.2013.);
2. “(...) *Os valores relativos ao 13º proporcional ao aviso prévio indenizado por possuírem natureza remuneratória (salarial), sem o cunho de indenização, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária.*” (AgRg no REsp 1.535.343/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 11/09/2015.).

Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, tão somente para fins de esclarecimentos.

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1512946/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 26/10/2015);

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 13º PAGO EM DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA.

I - Incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio (indenizado), porquanto tal verba integra o salário de contribuição.

II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

III - Agravo Regimental improvido”.

(STJ, AgRg no REsp 1383237 / RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, 1ª T, j. 03/03/2016, DJe 11/03/2016);

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. INCIDÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INAPTIDÃO.

1. *Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha consolidado jurisprudência no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial, relativamente à incidência da exação sobre o décimo terceiro salário proporcional no aviso prévio indenizado, prevalece o entendimento firmado em sede de recurso repetitivo, de que o décimo terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário de contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária.*

2. Decisões monocráticas trazidas como paradigmas na divergência jurisprudencial invocada se mostram imprestáveis à caracterização do dissídio, nos termos dos arts. 546, inciso I, do Código de Processo Civil, 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal. Agravo regimental improvido”.

(STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.379.550/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª T, j. 07/04/2015, DJe: 13/04/2015);

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A atual redação do art. 557 do Código de Processo Civil indica que o critério para se efetuar o julgamento monocrático é, tão somente, a existência de jurisprudência dominante, não exigindo, para tanto, jurisprudência pacífica ou, muito menos, decisão de Tribunal Superior que tenha efeito erga omnes. Precedentes.

2. *Não merece prosperar o inconformismo da parte agravante, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada em consonância com a jurisprudência majoritária deste E. Tribunal, no sentido de que é devida a incidência da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário indenizado.*

3. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.

4. Recurso improvido.”

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 509334 - 0017148-48.2013.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 21/10/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2013);

“AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PODERES DO RELATOR DO RECURSO. MANUTENÇÃO PARCIAL DA DECISÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE GRATIFICAÇÃO NATALINA RESULTANTE DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

I - O Código de Processo Civil atribui poderes ao Relator para 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, bem como para dar provimento ao recurso interposto quando o ato judicial recorrido estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

II - Hipótese dos autos em que a decisão agravada observou os critérios anteriormente expostos e a parte agravante não refuta a subsunção do caso ao entendimento firmado, limitando-se a questionar a orientação adotada, já sedimentada nos precedentes mencionados por ocasião da aplicação da disciplina do artigo 557 do Código de Processo Civil.

III - Os valores pagos em razão de aviso prévio indenizado têm natureza indenizatória e sobre eles não incidem contribuição previdenciária. Entretanto, quanto à possibilidade de se estender referida não incidência também sobre seus reflexos (gratificação natalina e férias), no tocante a gratificação natalina a E. Segunda Turma adotou o entendimento no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário indenizado (autos de nº. 2010.61.00.010727-5, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior). *O novo posicionamento da E. Segunda Turma alinhou-se ao entendimento adotado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP nº. 812.871-SC. Na ocasião, o Ministro Mauro Campbell Marques (Relator) ressaltou o alinhamento daquele julgamento com o RESP nº. 901.040-PE oportunidade em que se firmou o entendimento no sentido de que a Lei nº. 8.620/93, em seu artigo 7º, §2º, autorizou expressamente a incidência da contribuição sobre o valor bruto do 13º salário, o que também, de certa forma, encontra fundamento na Súmula nº. 688 do Supremo Tribunal Federal ao dispor que “É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário”. Sendo assim, acompanho o entendimento adotado por esta E. Segunda Turma, no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina resultante do aviso prévio indenizado.*

IV - Agravo legal parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 334437 - 0004477-13.2010.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 16/04/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013).

As verbas pagas pelo empregador ao empregado *nos primeiros quinze dias do afastamento do trabalho em razão de doença ou acidente* não constituem base de cálculo de contribuições previdenciárias, posto que tais verbas não possuem natureza remuneratória - não remuneram qualquer serviço prestado pelo empregado -, mas indenizatória.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1002932/SP. OBEDIÊNCIA AO ART. 97 DA CR/88. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Consolidado no âmbito desta Corte que nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

2. Precedente da Primeira Seção no REsp n. 1.002.932/SP, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, que atendeu ao disposto no art. 97 da Constituição da República, consignando expressamente a análise da inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 118/05 pela Corte Especial (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

3. *Os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.*

4. Não incide contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 relativo às férias (terço constitucional). Precedentes. 5. Recurso especial não provido”.

(STJ, RESP 201001853176, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 07/12/2010, DJE 03/02/2011);

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. FÉRIAS INDENIZADAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS. INCIDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. *O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).*

2. O Relator do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, Ministro Herman Benjamin, expressamente consignou a natureza salarial da remuneração das férias gozadas. Assim, sendo Recurso Especial sob o rito do art. 543-C, sedimentou jurisprudência que já era dominante no Superior Tribunal de Justiça.

3. Não incide a contribuição previdenciária sobre as férias indenizadas, nos termos do art. 28, § 9º, “d”, da Lei n. 8.212/91. Nesse sentido: TRF3, AI n. 2008.03.00.035960-6, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, j. 24/09/2008; AMS n. 2011.61.10.003705-6, Rel. Des. Fed. ANTÔNIO CEDENHO, j. 27/05/2013.

4. O indébito pode ser objeto de compensação com parcelas vencidas posteriormente ao pagamento, relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional.

5. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença.

6. O STF, no RE n. 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE n. 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005.

7. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

8. Inexistindo fundamentos hábeis a alterar a decisão monocrática, o agravo interno deve ser improvido.

(TRF3, AMS 00040031220144036103, Rel. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA, 1ª T., j. 06/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/12/2016);

APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADESIVO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL CONSTITUCIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS, AVISO PRÉVIO INDENIZADO, 15 PRIMEIROS DIAS ANTERIORES À CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE, AUXÍLIO-CRECHE, AUXÍLIO-BABÁ. AUXÍLIO-EDUCAÇÃO. AUXÍLIO-TRANSPORTE, FÉRIAS INDENIZADA SOU NÃO GOZADAS. CARÁTER INDENIZATÓRIO. AFASTAMENTO DA TRIBUTAÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS E ADICIONAIS. REFLEXOS GRATIFICAÇÃO NATALINA. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO.

1. O caráter indenizatório do adicional constitucional de 1/3 sobre férias, aviso prévio indenizado, 15 primeiros dias anteriores à concessão do auxílio-doença/acidente, auxílio-creche, auxílio-babá. auxílio-educação. auxílio-transporte, férias indenizadas ou não gozadas, observados os limites da lei, afasta a incidência de contribuição previdenciária.

3. As horas extraordinárias e adicional, bem como reflexos na gratificação natalina têm natureza jurídica salarial, razão pela qual integram a base de cálculo de contribuição previdenciária.

3. Compensação, desde que respeitado o art. 170-A do CTN, com valores corrigidos pela Taxa SELIC e ainda limitada aos débitos decorrentes de tributos da mesma espécie e destinação constitucional.

4. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providos. Recurso adesivo não provido. (TRF3, APELREEX 00122961920104036100, Rel. Desembargador Federal MAURICIO KATO, 5ª T., j. 07/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/11/2016).

Em decisão proferida no REsp nº 1230957/RS, julgado pela 1ª Seção do C. STJ, acórdão submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou-se o entendimento da não incidência da contribuição sobre o aviso prévio indenizado e auxílio-doença nos primeiros 15 dias de afastamento, nestes termos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

(...)

2.2 Aviso prévio indenizado.

A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária. A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). *Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano.* Ressalte-se que, “se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba” (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011).

A corroborar a tese sobre a natureza indenizatória do aviso prévio indenizado, destacam-se, na doutrina, as lições de Maurício Godinho Delgado e Amauri Mascaro Nascimento. Precedentes: REsp 1.198.964/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.10.2010; REsp 1.213.133/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 1º.12.2010; AgRg no REsp 1.205.593/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011; AgRg no REsp 1.218.883/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 22.2.2011; AgRg no REsp 1.220.119/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 29.11.2011.

2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença. No que se refere ao segurado empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 - com redação dada pela Lei 9.876/99). Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a

interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado. *Nesse contexto, a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.* Nesse sentido: AgRg no REsp 1.100.424/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 1074103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16.4.2009; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.12.2009; REsp 836.531/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.8.2006.

(...)

Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.

Recurso especial da Fazenda Nacional não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.”

(STJ, 1ª Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/02/2014, DJ 18/03/2014).

Sobre a decisão do STF no julgamento do RE 565.160/SC, resalto não infirmar o entendimento de inexigibilidade da exação sobre verbas de caráter indenizatório, nas palavras do Des. Fed. Cotrim Guimarães tendo o STF definido que “a contribuição previdenciária a cargo do empregador sob o regime geral da previdência social, prevista no art. 22, I, da Lei 8.212/91, é constitucional e deve ter por delimitação de sua base de cálculo, em atenção à Constituição, os ”GANHOS HABITUAIS do empregado”, excluindo-se, por imperativo lógico, as verbas indenizatórias, que se constituem de simples recomposição patrimonial (que não se enquadram, portanto, em “ganhos”), tampouco as parcelas pagas eventualmente (não HABITUAIS)”, o julgamento do RE 565.160/SC não afastando “a necessidade da definição individual da natureza das verbas e sua habitualidade, o que foi devidamente realizado pelo acórdão recorrido ao examinar a lei infraconstitucional aplicável à espécie em sintonia com o posicionamento do E. STJ sobre a correta incidência da exação”, ressaltando-se “inclusive, que em relação ao terço constitucional de férias (tema 479), ao aviso prévio indenizado (tema 478) e a quinzena inicial do auxílio doença ou acidente (tema 738), a questão foi submetida ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ e submetida ao microssistema processual de formação de precedente obrigatório, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, objeto de apreciação pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.230.957, que concluiu pela não incidência de contribuição previdenciária sobre as referidas verbas” (AC Nº 0000091-92.2015.4.03.6128, TRF3 - Rel. COTRIM GUIMARÃES - DJE 20/02/2018).

Ainda a propósito, digno de nota julgado da Eg. 1ª Turma da Corte:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS A CARGO DO EMPREGADOR INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS E DEMAIS RENDIMENTOS DO TRABALHO PAGOS OU CREDITADOS À PESSOA FÍSICA QUE LHE PRESTE SERVIÇO. RE nº 565.160/SC. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A TESE FIXADA PELA SUPREMA CORTE.

1. No Recurso Extraordinário nº 565.160/SC, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o alcance da expressão “folha de salários” para fins de instituição de contribuição social sobre o total das remunerações (repercussão geral do Tema 20), fixando a seguinte tese: “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

2. O Recurso Extraordinário nº 565.160/SC não abarcou a discussão sobre a natureza jurídica das verbas questionadas (se remuneratórias ou indenizatórias). Restou consignado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.160/SC, a teor dos fundamentos dos Exmos. Ministros, que a análise sobre a natureza jurídica das rubricas não cabe ao STF, por se tratar de matéria adstrita ao âmbito infraconstitucional.
3. Outrossim, oportuno consignar que ao tratar da contribuição social em causa, estão excluídas de sua incidência as verbas indenizatórias, porquanto não estão abrangidas pelas expressões “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (...)” ou “ganhos habituais do empregado, a qualquer título”.
4. O caráter habitual do pagamento, por si só, não é elemento suficiente para determinar a incidência da contribuição previdenciária, sendo imprescindível a análise, no âmbito infraconstitucional, da natureza jurídica de cada uma das verbas discutidas.
5. *Não há relação de prejudicialidade entre a tese exarada pelo STF no RE nº 565.160/SC e o Recurso Especial nº 1.230.957/RS que, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a natureza indenizatória das verbas pagas a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e nos quinze primeiros dias que antecedem a concessão de auxílio-doença/acidente.*
6. O acórdão proferido por esta Primeira Turma está em consonância com a tese fixada pelo STF, porquanto o referido aresto analisou, no âmbito infraconstitucional, a natureza jurídica de cada uma das verbas, definindo-se o caráter remuneratório ou indenizatório dos pagamentos, de modo a permitir ou não sua exclusão da base de cálculo da contribuição social em causa, com base na atual jurisprudência dominante do C. STJ e desta Corte Regional.
7. Observada a tese exarada pelo STF no RE nº 565.160/SC, não há qualquer alteração no entendimento desta Primeira Turma, de modo que o acórdão proferido não merece reparos.
8. Juízo de retratação negativo. Manutenção do acórdão.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1272065 - 0041111-51.1995.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 20/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/03/2018).

No tocante ao *adicional de 1/3 constitucional de férias*, orientação havia e a ela dávamos aplicação no sentido da não incidência da contribuição previdenciária, conforme jurisprudência do C. STJ alinhada a entendimento do E. STF:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA.

1. *Após o julgamento da Pet. 7.296/DF, o STJ realinou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.*
2. Incide a contribuição previdenciária no caso das horas extras, porquanto configurado o caráter permanente ou a habitualidade de tal verba. Precedentes do STJ.
3. Agravos Regimentais não providos.”
(STJ, AGRESP 201001534400, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 02/12/2010, DJE 04/02/2011);

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO.

1. A Primeira Seção do STJ considerava legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

2. Entendimento diverso foi firmado pelo STF, a partir da compreensão da natureza jurídica do terço constitucional de férias, considerado como verba compensatória e não incorporável à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

3. *Realinhamento da jurisprudência do STJ, adequando-se à posição sedimentada no Pretório Excelso, no sentido de que não incide Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias, dada a natureza indenizatória dessa verba.* Precedentes: EREsp 956.289/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10/11/2009; Pet 7.296/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 10/11/2009.

4. Agravo regimental não provido.”

(STJ AARESP 200900284920, AARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1123792 Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES - PRIMEIRA TURMA).

No mesmo sentido precedente desta Corte:

“TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A VERBA PAGA PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DA ATIVIDADE LABORAL POR MOTIVO DE DOENÇA, BEM COMO SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE, AS FÉRIAS E O ADICIONAL DE UM TERÇO 1/3 DESSAS FÉRIAS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - REFORMA EM PARTE DO *DECISUM*.

1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao seu empregado, durante os primeiros quinze (15) dias do afastamento por doença ou acidente, entendendo que tal verba não tem natureza salarial. Considerando que constitucionalmente cabe ao STJ interpretar o direito federal, é de ser acolhida essa orientação, com ressalva do ponto de vista em contrário do relator. Inúmeros precedentes, favorecendo a tese do contribuinte.

2. *O Supremo Tribunal Federal vem externando posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de um terço (1/3) do valor das férias gozadas pelo trabalhador, ao argumento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do mesmo devem sofrer a incidência.* Sob essa ótica, não há dúvida de que o adicional de férias não vai aderir inexoravelmente a retribuição pelo trabalho, pois quando o trabalhador (público ou privado) se aposentar certamente não o perceberá mais, tampouco em caso de morte a verba será recebida pelos pensionistas.

3. O salário maternidade tem nítido caráter salarial e por isso mesmo sobre essa verba incide a contribuição patronal, o mesmo ocorrendo com o pagamento de férias, ou décimo terceiro salário, que é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

4. Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia ou acidente e a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação com contribuições previdenciárias vincendas, aquilo que foi pago a maior, observado o prazo decadencial decenal (tese pacífica dos cinco mais cinco anos, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação; STJ, EREsp nº 435.835/SC, 1ª Seção, j. 24/3/2004) contado de cada fato gerador (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional). Considerando que os valores recolhidos mais antigos datam da competência de maio de 1996 (fls. 47) e que o mandado de segurança foi ajuizado em 25 de outubro de 2006, operou-se a decadência para a compensação dos valores pagos até setembro de 1996; os remanescentes serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário.

5. A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) e não se tratando de tributo declarado inconstitucional, haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS.

6. Sendo o exercício da compensação regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda em que o direito vem a ser reconhecido, no caso dos autos o encontro de contas poderá se dar com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a “terceiros” passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (super-Receita), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

4. Apelação parcialmente provida”.

(AMS 200661000234737, AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 308275, TRF3 - DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO - PRIMEIRA TURMA).

Entretanto, o Pleno do E. Supremo Tribunal Federal deliberou sobre a questão no julgamento do RE 1072485/PR, em sessão virtual realizada de 21 a 28/08/2020, com fixação da seguinte tese na sistemática de repercussão geral (Tema 985): *“É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias”*.

Considerando que, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, a existência de precedente firmado pelo Pleno autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado da decisão proferida no paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013; AI 752804 ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; AI 823849 AgR-segundo, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013; ARE 707863 ED, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012), delibero aplicar referido precedente no caso dos autos.

No tocante aos tributos e contribuições passíveis de compensação, anoto que a Lei nº 13.670, de 30 de maio de 2018, revogou o parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 11.457/07 e acrescentou o art. 26-A, que assim dispõe:

“Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 :

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo;

II - não se aplica à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelos demais sujeitos passivos; e

III - não se aplica ao regime unificado de pagamento de tributos, de contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico (Simples Doméstico).

§ 1º Não poderão ser objeto da compensação de que trata o inciso I do *caput* deste artigo:

I - o débito das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei:

a) relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para a apuração das referidas contribuições; e

b) relativo a período de apuração posterior à utilização do eSocial com crédito dos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil concernente a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração das referidas contribuições; e

II - o débito dos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil:

- a) relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração de tributos com crédito concernente às contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei; e
- b) com crédito das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei relativo a período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração das referidas contribuições.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo”.

Conforme se verifica da leitura do referido artigo de lei somente para o sujeito passivo que utilizar o sistema eSocial, e ressalvadas as situações elencadas no §1º, pode ser aplicado o disposto no artigo 74 da Lei 9.430/96, que prevê a possibilidade de “*compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições*” administrados pela Secretaria da Receita Federal, tratando-se pois de hipótese excepcional, na medida em que a lei expressamente preceitua que não se aplica o excogitado artigo 74 para os demais sujeitos passivos nem ao regime Simples Doméstico, o que significa dizer que, em regra, a compensação somente pode ser realizada com parcelas relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional. Neste sentido, destaco os seguintes julgados:

DIREITO TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO TIDO POR OCORRIDO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (COTA PATRONAL), SAT/RAT E DE TERCEIROS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. PRIMEIRA QUINZENA DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA OU ACIDENTE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE OCORRER APENAS COM CONTRIBUIÇÕES DE MESMA ESPÉCIE E DESTINAÇÃO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, NA FORMA DO ART. 170-A DO CTN. APELO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. No tocante ao adicional constitucional de férias, tendo em vista o julgamento pelo C. STJ do REsp nº 1.230.957/RS sob o regime do artigo 543-C do CPC/1973, fixa-se entendimento no sentido de que não deve incidir contribuição previdenciária sobre tal rubrica.

2. O C. STJ firmou o entendimento no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS de que os valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença ostentam natureza indenizatória.

3. No que diz respeito ao aviso prévio, imperioso recordar que consiste na comunicação feita pelo empregador ou pelo empregado à parte contrária, com a antecedência prevista em lei, de sua intenção de rescindir o contrato de trabalho (CLT, artigo 487). Na hipótese em que o empregador não respeitar essa antecedência, o empregado receberá os “salários correspondentes ao prazo do aviso”, na exata dicção da Consolidação das Leis do Trabalho (§1º, do citado artigo).

4. A natureza desse valor recebido pelo empregado - aviso prévio indenizado -, todavia, não é salarial, já que não é pago em retribuição ao trabalho prestado ao empregador e sim como ressarcimento pelo não gozo de um direito concedido pela lei de, mesmo sabendo da demissão, ainda trabalhar na empresa por um período e receber por isso.

5. *Extrai-se da leitura do art. 26-A da Lei n. 11.457/2007 que há expressa vedação à compensação de débitos relativos a contribuições previdenciárias (artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007) com créditos de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil relativos ao período de apuração anterior à utilização do eSocial para apuração das referidas contribuições. Assim, há a necessidade de se utilizar do eSocial para que as possibilidades de compensação sejam mais amplas, não podendo haver a compensação com outros tributos recolhidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil independentemente desta circunstância, observada, em todo caso, a restrição prevista pelo §1º do art. 26-A da Lei n. 11.457/2007, na redação conferida pela Lei n. 13.670/2018. Ademais, o apelo igualmente comporta guarida quanto à necessidade de se colocar expressamente que a compensação somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, na forma do art. 170-A do Código Tributário Nacional.*

7. Reexame necessário, tido por ocorrido, e apelo da Fazenda Pública parcialmente providos, para o fim único e exclusivo de consignar que a compensação das contribuições previdenciárias deve ficar restrita às próprias contribuições previdenciárias, por força do art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007, exceto se houver comprovação de que a empresa contribuinte passou a se utilizar do eSocial, observada a restrição do art. 26-A, §1º, da Lei n. 11.457/2007, na redação dada pela Lei n. 13.670/2018, assim como para expressar que a compensação somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, na forma do art. 170-A do CTN.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5020967-96.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 14/09/2020, Intimação via sistema DATA: 18/09/2020);

APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (SAT/RAT) E DESTINADAS A TERCEIROS. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. VERBAS REMUNERATÓRIAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I. O salário-de-contribuição consiste no valor básico sobre o qual será estipulada a contribuição do segurado, é dizer, é a base de cálculo que sofrerá a incidência de uma alíquota para definição do valor a ser pago à Seguridade Social. Assim, o valor das contribuições recolhidas pelo segurado é estabelecido em função do seu salário-de-contribuição.

II. Dispõe o artigo 28, inciso I da Lei nº 8.212/91, que as remunerações do empregado que compõem o salário-de-contribuição compreendem a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou contrato, ou ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

III. No tocante à incidência das contribuições destinadas a terceiras entidades (Sistema “S”, INCRA e salário-educação), verifica-se da análise das legislações que regem os institutos - art. 240 da CF (Sistema “S”); art. 15 da Lei nº 9.424/96 (salário-educação) e Lei nº 2.613/55 (INCRA) - que possuem base de cálculo coincidentes com a das contribuições previdenciárias (folha de salários). Apesar da Lei nº 9.424/96, quanto ao salário-educação, referir-se à remuneração paga a empregado, o que poderia ampliar a base de incidência, certamente também não inclui nessa designação verbas indenizatórias.

IV. Cumpre ressaltar que o revogado art. 94 da Lei nº 8.212/91 também dispunha que a Previdência Social somente poderia arrecadar e fiscalizar as contribuições devidas a terceiros desde que tivessem a mesma base de cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração paga ou creditada a segurados. O referido regramento também se repete na Lei nº 11.457/2007, nos artigos 2º e 3º.

V. As verbas pagas a título de auxílio-doença/acidente (primeiros 15 dias), terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, vale transporte pago em pecúnia, auxílio-creche, auxílio-saúde e auxílio-alimentação *in natura* possuem caráter indenizatório, não constituindo base de cálculo das contribuições previdenciárias. Ausência de interesse de agir em relação ao auxílio-condução.

VI. *Cumprе esclarecer que a compensação somente é possível em relação a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, nos termos do disposto nos arts. 66 da Lei nº 8.383/91, 39 da Lei nº 9.250/95 e 89 da Lei nº 8.212/91, ressaltando-se que o § único do art. 26 da Lei nº 11.457/07 exclui o indébito relativo às contribuições sobre a remuneração do regime de compensação do art. 74 da Lei nº 9.430/96, ressalvado o previsto no artigo 26-A da Lei nº 11.457/07, introduzido pela Lei nº 13.670/18, em relação aos contribuintes que utilizam o e-Social, para os tributos declarados neste sistema. Outrossim, a nova redação dada ao art. 89 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941/09 não revogou o disposto no art. 26 da Lei nº*

11.457/07, estabelecendo, apenas, que cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil regulamentar as hipóteses de restituição ou compensação das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros. No mais, observa-se que, nos termos do art. 170-A do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01, é vedada a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença. Acrescente-se que, o STJ firmou, pela sistemática do art. 543-C do CPC, o entendimento segundo o qual o referido dispositivo se aplica às demandas ajuizadas após 10/01/2001.

VII. Condenação da União Federal ao pagamento dos honorários advocatícios recursais no valor de 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, cumulativamente com os valores fixados na sentença.

VIII. Apelações parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5013380-71.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 10/09/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/09/2020);

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SAT E TERCEIROS - VERBAS INDENIZATÓRIAS - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM À CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE - NÃO INCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE.

I - Não incide contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, terço constitucional de férias e primeiros quinze dias que antecedem à concessão do auxílio-doença/acidente.

II - Deve ser reconhecida a possibilidade de compensação, após o trânsito em julgado (170-A, do CTN), com correção monetária mediante aplicação da taxa Selic desde a data do desembolso, afastada a cumulação de qualquer outro índice de correção monetária ou juros (REsp 1112524/DF, julgado sob o rito do artigo 543-C, do CPC/73).

III - No tocante aos tributos e contribuições passíveis de compensação, verifica-se que a presente ação foi ajuizada em 30 de janeiro de 2019, ou seja, posteriormente à alteração efetuada pela Lei 13.670/18, que revogou o artigo 26, § único da Lei 11.457/07 e acrescentou o artigo 26-A. Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1137738/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, “em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente”, razão pela qual impõe-se a aplicação do artigo 26-A da Lei 11.457/07, vigente ao tempo da propositura da ação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação (art. 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005. RE 566621).

IV - Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001204-41.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, julgado em 18/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/03/2020).

Por fim, anoto a impertinência do quanto alegado no recurso aduzindo que “Não há previsão legal ou regulamentar para que o contribuinte possa obter restituição administrativa de indébito judicial”, verificando-se que a sentença tratou de tal questão nos exatos termos em que formulada a pretensão recursal ao reconhecer que “Em sede de mandado de segurança é descabida a repetição pela via da restituição, conforme entendimento sumulado no verbete nº 269/STF”.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da União e à remessa oficial para reforma da sentença no tocante às contribuições previdenciárias (cota patronal e SAT/RAT) e contribuições destinadas às entidades terceiras sobre o adicional de 1/3 constitucional de férias e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado e quanto à compensação de valores, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

5020303-31.2018.4.03.6100

Apelante: COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO

Apelados: PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL DE SÃO PAULO 3ª REGIÃO, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DE SÃO PAULO (SP)

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DENISE AVELAR

Disponibilização do Acórdão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 05/02/2021

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS CREDITAMENTO. NÃO-CUMULATIVIDADE. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE DESPESAS FINANCEIRAS COM EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTOS. PROIBIÇÃO LEGAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, sendo a não cumulatividade uma sistemática que assegura aos contribuintes o direito de compensar o que for devido em cada operação com o valor cobrado nas operações anteriores, com fundamento no art. 195, § 12, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003, a qual delegou à lei ordinária a tarefa de definir quais setores da atividade econômica seriam contemplados por referida sistemática de tributação.

2. Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que a Lei nº 10.865/2004, ao alterar o art. 3º, V, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, suprimiu validamente a possibilidade de creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e da COFINS, das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamento, por não haver previsão legal possibilitando o creditamento de PIS e COFINS decorrentes de empréstimos e financiamentos.

3. Referida alteração legislativa não resultou ofensa ao regime não cumulativo, considerando que a denominada “não cumulatividade” da contribuição para o PIS e COFINS, está sujeita à conformação da lei, diferentemente com a não cumulatividade relativa ao IPI e ao ICMS, prevista em âmbito constitucional. Neste sentido: REsp 1.810.630/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgInt no REsp 1.703.006/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018; REsp 1.425.725/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Superior Tribunal de Justiça TURMA, julgado em 1º/12/2015, DJe 9/12/2015; REsp 1.528.400/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015.

4. O artigo 195, §12, da CF/1988 dispõe que “a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas”. Constata-se, desta forma, que a própria Constituição Federal outorgou à lei autorização para excluir determinados custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, assim, quais despesas devem ser cumulativas ou não para fins de tributação, sendo inviável cogitar-se, pois, de inconstitucionalidade.

5. Ademais, depreende-se do objeto social da apelante que as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos não estão diretamente relacionadas à sua atividade-fim, não podendo se inserir no conceito de insumo.
6. Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que empréstimo e financiamento não se enquadram no conceito de insumo, que assim deve ter entendido, para fins de creditamento e dedução de valores da base de cálculo da contribuição de PIS/COFINS, apenas os elementos com aplicação direta na elaboração do produto ou na prestação do serviço. Precedentes do STJ e desta Corte.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO*, com o objetivo de que seja reconhecido o seu direito de descontar, para fins de PIS e COFINS no regime não cumulativo, o crédito referente ao pagamento de despesas financeiras, bem como o seu direito ao crédito dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, devidamente corrigido, e a sua utilização em compensação com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Na sentença, o Juízo *quo* denegou a segurança, nos termos do art. 487, I, do CPC (Id 125603278, p. 1-3).

Apelou a parte impetrante, alegando, em síntese, que (Id 125603295, p. 2-10):

(a) é uma empresa que se dedica, precipuamente, à exploração e aproveitamento de jazidas minerais no território nacional, industrialização e comércio dos respectivos produtos, sendo a obtenção de recursos perante terceiros essencial para viabilizar a sua atividade-fim, e, conseqüentemente, gerar suas receitas, importando também na obrigação de pagar juros contratuais (despesas financeiras);

(b) a apelante está sujeita ao recolhimento do PIS e COFINS no regime não-cumulativo, que tem como base de cálculo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica e a possibilidade de aproveitamento de créditos, conforme as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, com redação dada pela Lei nº 12.973/14;

(c) no presente mandado de segurança, a parte impetrante, ora apelante, objetiva assegurar seu direito de descontar da base de cálculo do PIS e da COFINS no regime não cumulativo, o crédito relativo às despesas financeiras, além de obter a devolução dos valores indevidamente pagos em razão do não desconto do referido crédito, por meio da compensação, com tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, corrigidos pelos acréscimos legais;

(d) a inclusão de qualquer atividade no regime não cumulativo do PIS e da COFINS, nos termos do § 12 do art. 195 da Constituição Federal, pressupõe a possibilidade de apuração de créditos sobre todos os custos e despesas incorridos para o auferimento de receita;

(e) o direito ao crédito do PIS e COFINS decorrente das despesas financeiras se justifica pelo fato de a legislação prever a incidência de tais contribuições sobre o auferimento de receitas financeiras – se as receitas financeiras caracterizam fato gerador do PIS e da COFINS não-cumulativos, evidente que as despesas financeiras geram créditos, sob pena de macular a sistemática não-cumulativa das referidas contribuições – assim, ao contrário do que foi decidido na sentença, qualquer restrição do direito ao crédito nas despesas financeiras atenta contra a sistemática não-cumulativa;

(f) nos termos do REsp 1.221.170/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o conceito de insumo para fins de obtenção de crédito de PIS e COFINS, “...*deve ser auferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica empenhada pelo contribuinte*”;

(g) a não cumulatividade do PIS e da COFINS abrange as despesas financeiras porque são necessárias e essenciais à consecução do objeto social da apelante, uma vez que os empréstimos e financiamentos asseguram o capital de giro necessário, sem os quais a apelante estaria impedida de realizar sua atividade-fim

Com contrarrazões da União (Id 125603297, p. 2-17), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Zélia Luiza Pierdoná, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 128603068, p. 1-3).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, sendo a não cumulatividade uma sistemática que assegura aos contribuintes o direito de compensar o que for devido em cada operação com o valor cobrado nas operações anteriores, com fundamento no art. 195, § 12, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003, a qual delegou à lei ordinária a tarefa de definir quais setores da atividade econômica seriam contemplados por referida sistemática de tributação.

Assim, a tarefa de regulamentar a sistemática da não cumulatividade na apuração do PIS e da COFINS foi delegada às Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, que originariamente previam a apuração de créditos de PIS e COFINS sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamento.

Conforme a redação original do art. 3º, inciso V, da Lei nº 10.637/2002, *in verbis*:

“Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

V - despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples)

(...)”

Embora originariamente as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 admitissem a apuração de créditos de PIS e COFINS sobre despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, os artigos 21 e 37 da Lei nº 10.865/2004, alteraram, respectivamente, o art. 3º, inciso V, das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, excluindo a possibilidade de apurar os créditos de PIS e COFINS sobre tais despesas financeiras.

Em outras palavras, com a edição da Lei nº 10.865/2004 não havia mais previsão legal autorizando o crédito de PIS e COFINS sobre as despesas financeiras.

Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que a Lei nº 10.865/2004, ao alterar o art. 3º, V, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, suprimiu validamente a possibilidade de creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e da COFINS, das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamento, por não haver previsão legal possibilitando o creditamento de PIS e COFINS decorrentes de empréstimos e financiamentos.

De fato, referida alteração legislativa não resultou ofensa ao regime não cumulativo, considerando que a denominada “não cumulatividade” da contribuição para o PIS e COFINS, está sujeita à conformação da lei, diferentemente com a não cumulatividade relativa ao IPI e ao ICMS, prevista em âmbito constitucional. Neste sentido: REsp 1.810.630/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgInt no REsp 1.703.006/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018; REsp 1.425.725/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe 9/12/2015; REsp 1.528.400/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015.

O artigo 195, §12, da CF/1988 dispõe que “a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas”. Constata-se, desta forma, que a própria Constituição Federal outorgou à lei autorização para excluir determinados custos na apuração do PIS e da COFINS, definindo, assim, quais despesas devem ser cumulativas ou não para fins de tributação, sendo inviável cogitar-se, pois, de inconstitucionalidade.

Ademais, depreende-se do objeto social da apelante que as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos não estão diretamente relacionadas à sua atividade-fim, não podendo se inserir no conceito de insumo.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que empréstimo e financiamento não se enquadram no conceito de insumo, que assim deve ter entendido, para fins de creditamento e dedução de valores da base de cálculo da contribuição de PIS/COFINS, apenas os elementos com aplicação direta na elaboração do produto ou na prestação do serviço. Nesse sentido, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PIS E CONFINS. CREDITAMENTO. DESPESAS COM EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTO. PROIBIÇÃO LEGAL. NÃO INCLUSÃO NO CRITÉRIO DE INSUMO.

1. Cuida-se de inconformismo com acórdão do Tribunal de origem que não autorizou dedução de créditos de PIS e COFINS, no âmbito do regime não cumulativo das contribuições, das despesas financeiras.

HISTÓRICO DA DEMANDA

2. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente contra ato imputado ao Delegado da Receita Federal em Maringá, no qual requer, em síntese, a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS e Cofins sem a utilização dos créditos das despesas financeiras.

3. Na sentença, indeferiu o pleito, decidindo que não tem o contribuinte o direito de deduzir crédito, no âmbito do regime não cumulativo das contribuições, das despesas financeiras incorridas, com base na mesma alíquota aplicável, nos termos do Decreto nº 8.426, de 2015, às receitas financeiras. A Corte *a quo*, por sua vez, ratificou a sentença denegando o Mandado de Segurança.

DISCIPLINA LEGAL DA NÃO CUMULATIVIDADE PARA O PIS E COFINS

4. Coube às Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 regulamentar a sistemática da não cumulatividade na apuração do PIS e da Cofins. Originalmente, ambas as leis admitiam a apuração de créditos de PIS e Cofins sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamento.

5. Todavia, a Lei 10.865/2004 excluiu a possibilidade de apurar os créditos das mesmas contribuições sobre as despesas financeiras ao dar nova redação ao inciso V do citado preceito legal. Nenhum vício afigura-se em tal procedimento, já que é dado à lei estabelecer as despesas passíveis de gerar créditos, bem como sua forma de apuração, introduzindo novas hipóteses de creditamento ou revogando outras.

INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL AUTORIZANDO O CRÉDITO DE PIS E COFINS SOBRE AS DESPESAS FINANCEIRAS

6. Assim sendo, não há mais previsão legal possibilitando o creditamento de PIS e Cofins sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos. Cabendo somente à lei estabelecer as despesas que serão passíveis de gerar créditos, não faz jus a impetrante aos créditos pleiteados. **DESPESAS COM EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTO NÃO SE INCLUEM NO CONCEITO DE INSUMOS**

7. Acresce que o inciso II do art. 3º das leis 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, por seu turno, permite o desconto de créditos calculados em relação a bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes. Isso significa dizer que insumos, no sentido restrito das referidas leis, são somente aqueles bens ou serviços empregados fisicamente “na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda”, e não todas as despesas necessárias à consecução das suas atividades ou que sejam incorridas para a geração de suas receitas, como defende a impetrante. No caso de despesas, as Leis 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, arrolam taxativamente, nos incisos IV a X de seu art. 3º, quais aquelas dedutíveis da base de cálculo, e entre elas não se encontram as despesas financeiras.

8. Logo, sobre a caracterização das despesas financeiras como verdadeiros insumos, uma vez que viabilizariam o processo produtivo, autorizando o creditamento, entende-se como insumos, para fins de creditamento e

dedução dos valores da base de cálculo da contribuição para o PIS e Cofins (arts. 3º, II, da Lei 10.637/2002, e 3º, II, da Lei 10.833/2003, respectivamente) apenas os elementos com aplicação direta na elaboração do produto ou na prestação do serviço.

9. Conforme o objeto social da recorrente, não há dúvida de que as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos não se relacionam à atividade-fim da empresa, não se incluindo, portanto, no conceito de insumo.

10. Consoante orientação firmada em repetitivo no STJ (REsp 1.221.170/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 24/4/2018) e nas circunstâncias delineadas pelo Tribunal de origem, os custos incorridos não se incluem no conceito de insumo.

CONCLUSÃO

11. Enfim, a inobservância às regras de hermenêutica jurídica - mesmo àquelas positivadas no art. 11 da Lei Complementar 95, de 1998 (“Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”), invocadas pela impetrante - não implica permissão ao Poder Judiciário para, atuando como legislador positivo, suprir eventual omissão legislativa e autorizar a dedução de créditos, como quer a impetrante. Dessarte, não tem a impetrante o direito de deduzir créditos, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e da Cofins, das suas despesas financeiras.

12. Recurso Especial não provido.”

(REsp 1810630/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 01/07/2019)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 30., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.”

(REsp 1.221.170/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 24/4/2018)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. EXCLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DE CRÉDITOS SOBRE DESPESAS FINANCEIRAS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Em relação à alegada violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca dos dispositivos legais apresentados nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar de que forma houve a alegada violação, pelo Tribunal de origem, dos dispositivos legais indicados pelo recorrente. Incidência da Súmula n. 284/STF.

II - Por outro lado, a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona ao afirmar que após a vigência da Lei n. 10.865/2004 restou excluída a possibilidade legal de apuração de créditos relativos ao PIS e à COFINS sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos. Nesse sentido: REsp 1425725/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015; REsp 1528400/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015.

III - Agravo interno improvido.”

(AgInt no REsp 1703006/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SUPRESSÃO DA POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO. REGIME NÃO CUMULATIVO DO PIS E DA COFINS. DESPESAS FINANCEIRAS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTOS. SUJEIÇÃO À CONFORMAÇÃO DA LEI.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra Delegado da Receita Federal do Brasil, objetivando o reconhecimento do direito de desconto de créditos a título de contribuição para o PIS e COFINS, na sistemática não cumulativa, sobre as despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos. Na sentença, a segurança foi denegada. No Tribunal *a quo*, a sentença foi mantida.

II - O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Lei n. 10.865/2004, quando alterou o art. 3º, V, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, suprimiu validamente a possibilidade de creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e da COFINS, das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos.

III - A apontada alteração legislativa não resultou ofensa ao regime não cumulativo, considerando que a chamada “não cumulatividade” da contribuição para o PIS e COFINS, diferentemente da não cumulatividade genuína, relativa ao IPI e ao ICMS, está sujeita à conformação da lei, por não decorrer diretamente da Constituição e da natureza de tais contribuições. A propósito: REsp 1.810.630/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 1º/7/2019; AgInt no REsp 1.703.006/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018; REsp 1.425.725/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe 9/12/2015; REsp 1.528.400/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015.

IV - Agravo interno improvido.”

(AgInt no REsp 1776717/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2020, DJe 24/04/2020)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. CREDITAMENTO. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO - JCP. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 3º, V, DAS LEIS NºS 10.637/2002 E 10.833/2003, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL.

1. Não pode ser analisada qualquer alegação de incompatibilidade entre os dispositivos das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, que estabelecem a forma de atuação da não-cumulatividade no âmbito do PIS e da COFINS, e o artigo 195, §12º da Constituição Federal, além dos princípios da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade e não-cumulatividade, tendo em vista tratar-se de temas constitucionais próprios do exame em sede de recurso extraordinário já interposto nos autos.

2. O art. 3º, V, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, em sua redação original, permitiam o aproveitamento de créditos de PIS/PASEP e de COFINS calculados em relação a despesas financeiras decorrentes de empréstimos, financiamentos (contratos de mútuo).

3. Este STJ por intermédio de dois recursos representativos da controvérsia (REsp. n. 1.200.492 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.10.2015 e REsp. n. 1.373.438 - RS, Segunda Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11.06.2014) já definiu que os Juros sobre o Capital Próprio - JCP possuem natureza jurídica própria, correspondendo a receitas/despesas financeiras, no entanto não equivalem a lucros e dividendos ou a qualquer outro instituto.

4. Sendo assim, como categoria nova e autônoma, o creditamento dentro da sistemática das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não-cumulativos também depende de norma tributária expressa, ora inexistente.

5. A criação dos JCP teve por objetivo estimular que as matrizes estrangeiras deixassem de aportar o volátil - “capital emprestado” - para aportar valores diretamente no capital social - “capital de risco”. Ou seja, a criação dos JCP se deu justamente para fazer oposição aos tradicionais contratos de mútuo entre matrizes estrangeiras e filiais brasileiras, reforçando a entrada de recursos através dos contratos sociais e substituindo as taxas de juros arbitradas pela matriz pelos JCP fixados em lei. Portanto, não há como identificar o contrato social que dá origem aos JCP com os contratos de mútuo que dão origem às demais taxas de juros, pois na própria origem os institutos se opõem.

6. O capital integralizado pelos sócios ou acionistas de determinada sociedade empresária, embora seja classificado como despesa financeira, decorre de contrato social e tem por finalidade a própria constituição da empresa, gerando JCP, não podendo ser equiparado a um empréstimo ou financiamento decorrente de contrato de mútuo concedido à pessoa jurídica, que gera juros remuneratórios.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.”

(REsp 1425725/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E EMPRÉSTIMO. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI N. 10.865/2004. PRESCRIÇÃO.

1. “Deve ser garantido ao contribuinte o direito de, para os contratos de empréstimos e financiamentos firmados antes de 1º de dezembro de 2002 (caso do PIS/Pasep) e para os contratos de empréstimo e financiamento firmados antes de 1º de fevereiro de 2004 (caso da COFINS), creditarem-se pelas despesas financeiras incorridas no período que medeia as referidas datas e a data da vigência da Lei 10.865/2004 (1º.05.2004)” (REsp 1.307.515/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012.).

2. O período que legitima o creditamento encontra-se prescrito, porquanto não observada o prazo quinquenal aplicável na hipótese dos autos. Recurso especial improvido.”

(REsp 1528400/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015)

No mesmo sentido, precedentes desta Turma:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS DO PIS E DA COFINS PELO DECRETO Nº 8.426/2015. ALTERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NA LEI Nº 10.865/2004. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE DESPESAS FINANCEIRAS. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO QUE DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. Ademais, o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.

2. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, nas quais estabelecidas as hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas, descabendo alegar ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF/88) no tocante à previsão de alterar-se a alíquota dentro dos limites legalmente fixados, uma vez que dispostas em decreto por força

de autorização legislativa (art. 27, §2º, da Lei 10.865/2004), observando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

3. As alíquotas estabelecidas pelo decreto estão dentro dos limites traçados pela Lei nº 10.865/2004, pelo que não se pode dizer propriamente que houve majoração do tributo, mas, sim, restabelecimento de percentual previsto para o PIS e a COFINS, dentro dos parâmetros previstos na mencionada lei.

4. Sistemática introduzida pela Lei nº 10.637/2002 alberga apenas determinadas situações em que nasce o direito ao creditamento, para respeitar o princípio da não-cumulatividade, sendo certo que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo e estender benefício não concedido por lei, além de o art. 111 do Código Tributário Nacional estabelecer interpretação literal e restritiva para hipóteses de exclusão do crédito tributário.

5. Agravo desprovido.”

(AI 00200232020154030000, DES. FED. NELTON DOS SANTOS, TRF3, TERCEIRA TURMA, e-DJF311/12/2015)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR - Relatora

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

0011496-49.2014.4.03.6100

Autora: ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS DO RESIDENCIAL CAMPO DO MEIO
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/10/2020

SENTENÇA

ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS DO RESIDENCIAL CAMPO DO MELO, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 10.805.714/0001-20, propôs a presente ação ordinária contra a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EBCT, com escopo de assegurar a seus associados a entrega domiciliar de correspondências, pela ré.

Afirma a autora ser representante dos proprietários de imóveis localizados no Residencial Campo do Melo, em Santana do Parnaíba/SP, condomínio residencial, e que a EBCT viria se recusando a realizar a entrega externa em domicílio nos imóveis, efetuando apenas uma entrega genérica na portaria do condomínio.

Assevera que essa recusa à entrega de correspondências em domicílio violaria diversas disposições legais, requerendo a condenação da EBCT à obrigação de fazer consistente em realizar a entrega da correspondência individualizada a cada um dos imóveis integrantes do Residencial Campo do Melo.

Requeru também a concessão de tutela provisória de urgência. Juntou documentos.

Decisão prolatada em 28.08.2014, indeferindo a liminar.

Agravo de instrumento interposto contra o indeferimento da liminar, negado pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Citada, a EBCT apresentou contestação, afirmando, em sede preliminar, a ilegitimidade da parte autora para o processo e a falta de interesse de agir. No mérito, argumentou pela improcedência do pedido.

Réplica à contestação, apresentada pela autora. Na oportunidade, requereu a produção de prova testemunhal.

Sentença proferida em 27.01.2016, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, com fundamento na falta de autorização individual ou assemblear dos associados para propositura da ação.

Embargos de declaração interpostos pela autora, rejeitados.

Recurso de apelação interposto pela parte autora. Em acórdão, o e. TRF-3 anulou a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à primeira instância, com abertura de prazo à associação para juntada de autorização dos associados.

Embargos de declaração interpostos pela parte autora, contra o acórdão, improvidos, com imposição de multa.

Novos embargos de declaração apresentados, contra o acórdão que juntou os embargos de declaração anteriores, novamente rejeitados, com imposição de nova multa.

Baixados os autos, foi intimada a parte autora para juntar aos autos “autorização expressa de seus associados” para propositura da ação.

Manifestação da parte autora, trazendo aos autos ata de assembleia geral de seus associados, com autorização expressa à propositura da presente ação, e lista nominal dos participantes. Na oportunidade, pugnou a autora pelo julgamento do mérito do processo.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

1. Preliminares e Prejudiciais.

1.1. Do Interesse de Agir.

A EBCT afirmou, em sua contestação, a falta de interesse de agir da autora para o processo.

A preliminar deve ser rejeitada.

Percebe-se que a assertiva da ré é fundamentada em argumentos que se referem diretamente ao julgamento do mérito da pretensão autoral, afirmando-se, em essência, a improcedência do pedido, e não a falta de interesse de agir.

Lembre-se que no processo civil a existência de interesse de agir é aferida *in status assertionis*, ou seja, a partir das afirmações feitas pelo autor em sua petição inicial. Narrada situação de pretensão resistida, ainda que em tese, há necessidade e utilidade na atuação jurisdicional.

Assim, a assertiva de que o pedido é improcedente não se confunde com a falta de interesse de agir.

Rejeito a preliminar.

2. Mérito.

Inicialmente cabe ressaltar, novamente, face à incompreensão autoral, que o presente processo tem sim natureza coletiva.

O caráter coletivo de um processo é definido pela natureza da relação jurídica de direito material nele aduzido, e não pelas partes que o integram. Havendo discussão sobre relação jurídica de direito material coletivo em sentido amplo, estar-se-á diante de processo coletivo.

Perceba-se que a parte autora pretende tutelar direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (CDC, art. 81, III), exprimidos na pretensão dos moradores da Residencial Campo do Melo de receber, em suas casas, a correspondência a eles remetida através dos Correios.

Perceba-se que, de acordo com a argumentação autoral, a existência de relação jurídica base entre os representados, referente à condição de associados da parte autora, não é determinante para a qualificação da espécie de direito coletivo discutido neste processo.

A autora pretende ver as ruas que integram a parte interna do Residencial Campo do Melo tratadas pela EBCT como logradouros comuns, afirmando sua natureza pública. Isto implica dizer que a existência dos muros e cercas que isolam o condomínio são elementos acidentais na demanda, que giraria apenas em torno do desatendimento imotivado dos Correios ao imperativo de entrega domiciliar de objetos postais.

Importante frisar também que, de acordo com a regulamentação da atividade postal, a pretensão autoral é divisível, ou seja, pode ser atendida de forma distinta para cada um dos representados.

Isto porque existem condições específicas, estabelecidas em regulamento, que subordinam o acesso à entrega de objetos postais em domicílio. Descumpridas essas condições, que são individualizadas por imóvel, não há direito à entrega domiciliar.

Superada esta questão, afasto, desde logo, a assertiva autoral de que o serviço postal não vem sendo prestado aos associados. Como afirmado por ambas as partes do processo, os objetos postais remetidos aos moradores são sim entregues pela EBCT, na portaria do condomínio.

A controvérsia cinge-se, pois, à existência de direito dos moradores do Residencial Campo do Melo ao recebimento domiciliar de objetos postais. O que está em discussão é a forma de prestação do serviço postal, e não a prestação do serviço em si.

Nessa perspectiva, entendo que o processo deve ser julgado improcedente.

Dispõe a Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 10:

“Art. 10. A ECT deverá realizar a entrega externa em domicílio, sempre que atendidas as seguintes condições:

I - houver a indicação correta do endereço de entrega no objeto postal com o correspondente Código de Endereçamento Postal - CEP;

II - o distrito possuir quinhentos ou mais habitantes, conforme o censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

III - as vias e os logradouros:

a) oferecerem condições de acesso e de segurança ao empregado postal; e

b) dispuserem de placas identificadoras do logradouro, instaladas pelo órgão municipal ou distrital responsável; e

IV - os imóveis:

a) apresentarem numeração de forma ordenada, individualizada e única; e

b) dispuserem de caixa receptora de correspondência, localizada na entrada, ou houver a presença de algum responsável pelo recebimento do objeto postal no endereço de entrega.

Parágrafo único. Ainda que não atendida a condição prevista na alínea “b” do inciso IV deste artigo, a entrega em domicílio poderá ser efetuada por outras formas, a critério da ECT.”

Como já afirmado em outras oportunidades no curso deste processo, não existe prova nos autos do atendimento aos requisitos dispostos em regulamento para a realização da entrega externa em domicílio dos objetos postais.

Perceba-se que a Portaria não requer apenas a individualização de logradouros, mas também sua identificação por placas, a garantia de acesso irrestrito, desembaraçado e seguro dos carteiros às ruas, além da numeração ordenada dos imóveis e a existência de caixas receptoras em cada um deles.

É importante ressaltar que essas exigências derivam do exercício legítimo do poder normativo técnico da Administração Pública, regulamentando a L6538, art. 4, que assim dispõe:

“Art. 4º - É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrafia, observadas as disposições legais e regulamentares.”

As condições erigidas pela Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 10, que replicam o que já era disposto na Portaria 567/11 do Ministério das Comunicações, vigente à época da propositura da demanda, não desbordam dos limites da delegação feita na L6538, e não restringem de maneira desproporcional a prestação do serviço postal aos usuários.

O que se exige é apenas a criação de condições adequadas de acesso ao imóvel atendido, de sua identificação precisa, e de depósito seguro do objeto postal destinado.

Além da ausência de prova de cumprimento das condições de viabilização da entrega domiciliar externa de objetos postais, a procedência do pedido autoral enfrenta novo óbice regulamentar, também disposto na Portaria Interministerial n. 4474/2018, art. 13:

“Art. 13. A entrega de objeto postal, destinado a endereço situado em coletividade, será feita:

I - por meio de caixa receptora única de correspondências, instalada no pavimento térreo do acesso à referida coletividade; ou

II - entregue ao porteiro, administrador, zelador ou à pessoa designada para esse fim.

§ 1º Mediante solicitação da coletividade, a ECT poderá efetuar a entrega postal em caixas receptoras individuais, instaladas na entrada do imóvel, desde que disponível o acesso do empregado postal para efetuar o depósito das correspondências.

§ 2º Para efeito deste artigo, considera-se coletividade:

I - condomínios residenciais e comerciais;

II - edifícios residenciais com mais de um pavimento; e

III - repartições públicas, edifícios, centros e estabelecimentos comerciais e comunitários, tais como instituições de ensino e religiosas, hotéis, bancos, pensões, quartéis, hospitais, asilos, prisões, escritórios, embaixadas, legações, consulados e associações.”

Como se percebe, há expressa previsão regulamentar de que a entrega de objetos postais destinados a endereços situados no interior de condomínios residenciais será feita a “porteiro, administrador ou zelador”, e não individualmente a cada imóvel.

Aí também não há excesso de poder regulamentar ou irrazoabilidade normativa.

Observe-se que, a despeito do afirmado pela autora em sua petição inicial quanto à natureza pública das vias que pavimentam o Residencial Campo do Melo, a criação de condomínio residencial representa uma inversão da lógica pública que orienta o regime jurídico de ruas e estradas, tornando-as, no plano fático, espaços privados, de uso exclusivo dos moradores do condomínio e dos que são por eles autorizados a usá-las.

A caminhada rumo à privatização do espaço público é simbolizada pelas cercas e muros que são erigidos ao redor dos condomínios, das guaritas que são construídas em seus acessos, e na restrição ao ingresso imotivado de terceiros em seu espaço interno.

Essa lógica é também seguida no Residencial Campo do Melo. As atas de assembleias juntadas aos autos consignam a existência de muros, cercas elétricas, câmeras, guaritas, catracas, vigias, cães de guarda, tudo orientado à criação de um ambiente privado, de acesso restrito apenas aos moradores.

Perceba-se que não há nenhuma ilegalidade nessa lógica, que é prevista na L6766, art. 2, §8, que dispõe sobre o chamado “loteamento de acesso controlado”. O que se afirma é apenas a existência de consequências logísticas para o serviço postal, derivadas do fechamento do espaço em que é criado o condomínio.

Essas consequências são justificadas na restrição do acesso ao interior do condomínio, que fica submetido ao consentimento daqueles que o administram. A assunção da obrigação de entrega domiciliar externa dos objetos postais poderia implicar inclusive eventual pleito de responsabilização civil dos Correios por não entrega de objetos, nos casos em que não fosse franqueada ao carteiro a entrada no condomínio em determinada dia ou hora.

É importante lembrar, ainda, que não há violação ao direito dos moradores ao serviço postal. Como já afirmado, o serviço é prestado através da entrega dos objetos postais na portaria do condomínio, que representa, na organicidade criada pelos muros e cercas, a porta de entrada para o espaço privado.

Derradeiramente, afasto o argumento autoral de que a entrega dos objetos postais na portaria do Residencial Campo do Melo estaria criando obrigação excessivamente onerosa aos associados, caracterizando negativa de acesso ao serviço postal.

As atas de assembleia trazidas ao processo revelam que a receita anual da associação no exercício social de 2017 foi de R\$ 5.945.570,37 (cinco milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e setenta reais e trinta e sete centavos), além da existência de diversos empregados e até mesmo de um carro, utilizado especificamente para a entrega de correspondência dos condôminos.

3. Dispositivo.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido.

Extingo, assim, o processo, com resolução de mérito (CPC, art. 487, I).

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, §2).

Sem remessa necessária (CPC, art. 496, I).

Oportunamente, com o trânsito em julgado, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se. Registrada Eletronicamente.

Registro, 29 de setembro de 2020.

Juiz Federal Substituto GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

AÇÃO POPULAR

0000029-94.2016.4.03.6135

Autora: MARIA VAN DEURSEN GAVAZZI

Réus: RODOLFO LEMOS ERGAS, SPU - SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, CETESB – COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL DE SÃO PAULO E MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/12/2020

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação popular com pedido de liminar *inaudita altera pars*, por meio da qual a parte autora pretende, em síntese, que seja reconhecida, ao final, “a ilegalidade da construção do píer e do deck no imóvel, determinando-se a demolição e restauração do local” e “a nulidade de qualquer ato ou processo que tenha por objeto o licenciamento da construção ilícita” (fl. 30).

Em sede de liminar, foi requerida a “a determinação da suspensão da construção do píer e do deck, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” e “a suspensão do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79, em trâmite na SPU, até o trânsito em julgado da decisão relativa à presente Ação Popular.” (fls. 02/31).

Proferida decisão deferindo a tutela de urgência, com ordem de “imediata paralisação da obra de construção do píer... bem como proibir o acesso a tal construção do píer”, sendo que após foi deferido em parte o pedido de reconsideração do réu “para permitir o acesso limitado ao píer para sua manutenção e limpeza, para se evitar deterioração, com a proibição de que seja destinado para fins de lazer ou outro (embarque/desembarque, pesca, recreio etc.), mantidas as ordens constantes da decisão que deferiu a liminar para imediata paralisação da obra do píer, proibição de acesso e isolamento da área e sinalização com placa de informação, nos termos e prazo que constaram na íntegra da decisão, sob pena de multa em caso de descumprimento.”.

Em face da decisão foi interposto recurso de agravo de instrumento, tendo o Eg. TRF da 3ª Região mantido na íntegra as decisões proferidas por este Juízo Federal, com subsequente processamento do feito e apresentação das contestações e manifestações das partes e interessados.

Com efeito, às partes foi oportunizada a apresentação de manifestações e documentos técnicos relativos às instalações onde se encontra situado o píer e deck no terreno objeto destes autos, tendo todos os documentos sido submetidos à ampla defesa e contraditório.

Ao final, houve manifestação pelas partes e órgãos interessados, inclusive em declínio a eventuais outras provas a serem produzidas, bem como parecer do Ministério Público Federal pela procedência da ação.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1 - PRELIMINARMENTE

A) – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – CF, ART. 109, INCISO I

A autora da presente ação popular formula pedidos explícitos em desfavor da SPU – Secretaria do Patrimônio da União, integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem compete a administração do patrimônio imobiliário da União Federal, consistentes no reconhecimento da “nulidade de qualquer ato ou processo que tenha como objeto o licenciamento da construção ilícita tratada” e, em caráter liminar, a “suspensão do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79 em trâmite na SPU” (fl. 30), sob alegação, em síntese, de dano ao patrimônio público em área de terreno de marinha.

Conforme decisão em sede de tutela e se ratifica neste momento, impõe-se o reconhecimento da legitimidade da União Federal para figurar no polo passivo da relação processual, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito (CF, art. 109, inciso I).

B) – LEGITIMIDADE ATIVA – AÇÃO POPULAR – REQUISITOS LEGAIS

Ainda observo, preliminarmente, que a autora possui legitimidade ativa para tal postulação.

A ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ilegais e lesivos ao patrimônio público, e o que a notabiliza é sua impessoalidade, já que não pode ser pleiteada em nome de interesse particular do cidadão.

É sabido que são requisitos da ação popular: (i) a condição de eleitor o autor, e (ii) a pretensão de anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (Lei nº 4.717/65, art. 1º). Sem qualquer desses requisitos, não se viabiliza a ação popular.

A condição de cidadã da requerente foi comprovada às fls. 91/92 dos autos, com a juntada do título de eleitoral e certidão de quitação eleitoral Justiça Eleitoral, cumprindo-se o comando do art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65.

Em relação ao requisito lesividade do patrimônio público, é matéria que se identifica e com o mérito da demanda, na medida em que houve alegação de que a obra de construção do píer foi iniciada sem expressa e prévia autorização da SPU (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII), havendo apontamentos na petição quanto à existência de ilegalidade e lesividade da construção do píer naquele local, justificando-se a legitimidade ativa da parte autora.

II.2 – MÉRITO**II.2.1 – PÍER E DECK – CONSTRUÇÃO IRREGULAR – LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES NECESSÁRIAS – FAIXA DE AREIA – DEMOLIÇÃO E RESTAURAÇÃO**

A partir da análise dos fundamentos trazidos pela parte autora relativos ao mérito da presente ação, em sede de cognição sumária, verificou-se a presença dos requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273, I) e a concessão de liminar em ação popular (Lei nº 4.717/1965, art. 5º, §4º).

A existência de construção de píer em andamento, conforme imagens fotográficas de fls. 62/78, ante a ausência de autorização formal da SPU, conforme extrato de andamento do processo administrativo nº. 04977.010796/2009-79 (fls. 47/52), bem como o teor da decisão denegatória de liminar e sentença de parcial procedência no Mandado de Segurança nº 0005204-53.2011.403.6100 (20ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP) impetrado pelo corréu Rodolfo Lemos Ergas em face da SPU (fls. 54/59), demonstravam, a princípio e em cognição sumária, a inexistência de autorização prévia da SPU, de licenciamento ambiental prévio e

de autorização municipal (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII) para tal construção de estrutura náutica (píer), tendo sido apontados indícios de irregularidade da construção do píer e deck.

Com efeito, conforme constou da decisão que apreciou o pedido de tutela de urgência, não que afigurava razoável se permitir que o requerido prosseguisse a obra, sem a segurança jurídica necessária no sentido de que a construção estivesse devidamente regularizada junto a todos os órgãos públicos competentes, sob pena de irreparável prejuízo ao interesse público, ao meio ambiente e desrespeito aos órgãos públicos envolvidos.

De fato, em se tratando de edificação em bem público, em local sujeito, em tese, à pré- via autorização da SPU, licenciamento ambiental e autorização do Poder Público Municipal, impõe-se que sejam tomadas medidas acautelatórias para bem do interesse público, sob pena de prosseguimento da construção e posterior conclusão, permitindo-se sua plena utilização pelo requerido, sem a necessária e imprescindível observância ao ordenamento jurídico.

A pretensa medida de suspensão se destinava inclusive a proteger interesse do próprio réu, visto que, em caso de eventual indeferimento da obra questionada, seriam evitados inúmeros e custosos atos tendentes a deixar o local em seu *status quo ante*.

Outrossim, quanto ao procedimento administrativo nº. 04977.010796/2009, houve sentença proferida no Mandado de Segurança nº 0005204-53.2011.403.6100, com determinação expressa do Juízo Federal da 20ª Vara Cível de São Paulo/SP, “para determinar ao impetrado que conclua em 10 (dez) dias, a análise do Processo Administrativo nº. 04977.010796/2009-79. Ressalto que esta decisão não implica qualquer consideração sobre o mérito do aludido processo” (fls. 58/59).

E, distribuída a presente ação popular em 2016, conforme restou consignado, pelo réu foram acostados documentos acerca da existência de “recurso” de 2009 perante o Município de São Sebastião (fl. 130 e 205/206), “protocolos” de 2011/2014 em situação “em trâmite” junto à SPU (fls. 132), “ofício” de 2011 da CETESB (fl. 243/249), “Nota Técnica” (parcial) de 2012 da SPU (fl. 253/255) e “Alvará” de 2014 da Prefeitura Municipal de São Sebastião (fl. 281), ou seja, todos documentos anteriores e que de fato não demonstravam a efetiva e necessária regularidade do píer e deck perante os órgãos públicos.

Em apreciação ao recurso de agravo de instrumento n. 0005776-97.2016.4.03.0000/SP interposto pelo réu em face da decisão e paralisação das obras e isolamento do píer, decidiu o Eg. TRF da 3ª Região em caráter liminar mantendo as medidas acautelatórias determinadas por este Juízo Federal:

“DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação popular, ajuizada sob nº. 0000029-94.2016.403.6135 perante a 1ª Vara Federal de Caraguatatuba/SP, no que deferiu a tutela antecipada e parcialmente o pedido de reconsideração (...).

Decido.

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 300 e seguintes do novo CPC/2015, está subordinado às situações em que houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo: (...)

Neste primeiro juízo, não vejo o prejuízo referido pela agravante com a manutenção da decisão agravada, nos termos do inc. I do art. 1019 do CPC/2015, na medida em que a determinação nela enunciada não parece vulnerar princípios constitucionais. (...)

O agravante pleiteia o livre acesso às edificações, além da suspensão do processo até final julgamento do presente recurso e ainda, o provimento do presente agravo para reconhecer a

falta de interesse processual da agravada, com a consequente extinção do processo em trâmite pela Vara Federal de Caraguatatuba/SP, além das cominações de praxe.

No caso, embora o Agravante traga aos autos ampla documentação acerca da regularidade da construção, observa-se que se trata de questão complexa que deverá ser analisada, nos termos propostos pela instrução de primeiro grau, onde as partes envolvidas deverão se manifestar no sentido de se aferir a legalidade dos atos praticados. De outra parte, garantido pela decisão o direito do agravante de imprimir incursões ao referido local a fim de evitar seu perecimento, restou afastado qualquer perigo iminente de sua evicção, não se vislumbrando qualquer prejuízo à postergação do uso das edificações para o final do processo, ou da instrução.

Por fim, observo que ante o entendimento acima traçado, fica inviabilizado o pedido de suspensão do processo, nos termos requerido. Desse modo, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO requerido. (...)

São Paulo, 30 de março de 2016. SOUZA RIBEIRO Desembargador Federal.” (Fl. 473/476 - Grifo nosso).

E, ao final, por acórdão foi negado provimento ao recurso do réu em Segunda Instância, mantidas na totalidade as decisões deste Juízo Federal, nos seguintes termos:

“a r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e não evidencia qualquer desvinculação à realidade dos autos no momento em que foi proferida, de modo que - ao menos nesta ocasião - acha-se ausente a possibilidade de acolhimento das alegações formuladas pela parte agravante. Nesse cenário, os fundamentos da interlocutória ‘agravada’ ficam aqui explicitamente acolhidos, conforme a técnica de fundamentação ‘Per relationem’ acolhida no STF (...) Ora, a leitura da r. interlocutória agravada mostra que o d. Juízo compreendeu exatamente o *petitum* e a causa petendi invocados pela autora popular, e dentro do cenário retratado até então nos autos, perscrutou com intensidade as alegações feitas, conferiu a documentação apresentada e concluiu pela presença dos requisitos necessários à concessão da medida, ao menos em parte, em desfavor do réu/agravante; assim, este . Relator adota *in, integrum* a fundamentação do excelente órgão judicante de 1º grau.”

O Município de São Sebastião apresentou contestação em que sustenta, em síntese, a improcedência do pedido no que se refere à alegada omissão no dever de fiscalização da Municipalidade.

No mesmo sentido, a CETESB apresentou contestação pela improcedência do pedido no que concerne à ilegalidade ou lesividade de sua própria conduta.

Em réplica, pelo réu houve a instrução dos autos com imagens das placas e situação do píer e deck.

A União apresentou manifestações nos seguintes termos:

“(...) A SPU emitiu através da portaria n. 37, de 20 de agosto de 2012, autorização de obras do píer proposto. Entretanto, a autorização não abrangeu o deck já existente, situado entre o píer e o terreno de marinha...

imóvel cadastrado na SPU não encontra sob responsabilidade do atual ocupante...

há divergência de área entre a efetivamente ocupada pelo imóvel (1.016,59m²) que excede em 101,59m² área cadastrada SIAPA (915 m²)...

entre a área ocupada e o empreendimento existe uma pequena “faixa” de terreno de praia, com 133,29 m², que se encontra parcialmente ocupada por um deck implantado posterior ao ano 1999...

é vedada a instalação de qualquer equipamento que obstrua o acesso do público à praia e ao trapiche...

Verifica-se pelas informações prestadas pela Superintendência do Patrimônio da União que o DECK CONSTRUÍDO SEM AUTORIZAÇÃO DA SPU LIMITA A UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO FÍSICO EM FAIXA DE PRAIA, não permitindo sua utilização, razão pela qual dever ser julgado procedente o pedido de DEMOLIÇÃO do mesmo e restauração do local” (fl. 728 e 1149 – Em 23/11/2016 – ID 17621405 e ID 17627466).

Ainda, sobreveio RELATÓRIO DE VISTORIA da SPU pela área de Engenharia e Administrativa, após vistoria *in loco* (no local) realizada em 19/05/2016, com a seguinte CONCLUSÃO ao final:

“A vistoria ocorreu no dia 19/05/2016 às 14:00h, durante a maré alta (tábua de marés do Porto de São Sebastião das 12:45h com 1,2). Os pilares do deck e do píer estavam submersos, com a água batendo no muro de pedra da casa, porém, de acordo com a planta de número 99 (cartografia oficial do Estado de São Paulo, projeto MacroEixo, escala 1:2.000, ano de 1977), existia uma faixa de areia entre o mar e a cerca que delimitava o terreno. Diante dos fatos expostos, CONCLUÍMOS QUE HOVE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA. São Paulo/SP, 20 de outubro de 2016.” (Fl. 766 – ID 17623250).

E, conforme informações técnicas da SPU prestada no Processo 04977.210331/2004-10, juntada aos autos em 23/05/2019, consta que “entre a área ocupada pelo RIP e o empreendimento existe uma pequena ‘FAIXA’ DE TERRENO DE PRAIA, com área de 133,29 m². Atualmente esta faixa está parcialmente ocupada por um deck. Uma outra porção é o terreno de praia. Comparando imagens aéreas cedidas pela PMSS, verificamos que a ocupação do deck é posterior a 1999, data do voo que deu origem ao levantamento da Prefeitura” (Fl. 1116 – ID 17624504).

E consta a juntada aos autos em 23/05/2019 de RELATÓRIO DE VISTORIA n. 007/1 - CMS da CETESB (ref. Ofício n. 161/11 – CMS, de 26/09/2011), realizado a partir de vistoria no local em 26/09/2011 “para verificação das instalações da residência, onde pretende-se construir um píer”, tendo se constatado:

“(…) existência de “DECK EDIFICADO SOBRE A FAIXA DE AREIA e uma escada de acesso à praia. O interessado não apresentou projeto de implantação pretendida, tendo entregue apenas planta de levantamento planialtimétrico e relatório de diagnóstico ambiental. Quanto ao deck atualmente instalado, não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU. (...)”

“(…) o interessado deverá requerer a autorização dos demais órgãos afins, tais como Capitania dos Portos, atestado de vistoria do Corpo de Bombeiros, quando couber, e AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. (...)” (Fl. 981 – ID 7623884).

Portanto, a partir do conjunto probatório que instrui os autos, conforme contestações e manifestações das partes e órgãos interessados, sobretudo CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de 19/05/2016, de que “HOVE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), bem como RELATÓRIO DE VISTORIA da CETESB no sentido da existência de “DECK EDIFICADO SOBRE A FAIXA DE AREIA... não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU” (Fl. 981 – ID 7623884), evidencia-se a situação de IRREGULARIDADE DO PÍER E DO DECK objeto destes autos perante a legislação especial que rege a matéria:

LEI Nº 9.636, DE 15 DE MAIO DE 1998.

Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União...

Da Inscrição da Ocupação

(...)

Art. 9º É vedada a inscrição de ocupações que:

I - ocorreram após 10 de junho de 2014;(Redação dada pela Lei nº 13.139, de 2015)

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo [PRAIA], de segurança nacional, de preservação ambiental ou necessárias à preservação dos ecossistemas naturais e de implantação de programas ou ações de regularização fundiária de interesse social ou habitacionais das reservas indígenas, das áreas ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação e das áreas reservadas para construção de hidrelétricas ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

Com efeito, em se tratando de edificação em bem público (terreno de marinha), sujeito, em tese, à prévia autorização da SPU, licenciamento ambiental e autorização do Poder Público Municipal, bem como de suposta construção sobre área de uso comum do povo (praia), como se aponta nos RELATÓRIOS DE VISTORIA DA SPU/UNIÃO E DA CETESB, impõe-se que sejam tomadas medidas acautelatórias para bem do INTERESSE PÚBLICO, sob pena de permitir sua plena utilização pelo particular, sem a necessária e imprescindível observância ao ordenamento jurídico e ao dever de todos de zelar pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*).

Cumprе ressaltar que a atual situação de irregularidade do píer e do deck já se encontrava presente quando da propositura da presente ação popular em 2016, tanto que a ausência autorização formal da SPU (Processo Administrativo nº. 04977.010796/2009-79 - fls. 47/52), a falta de licenciamento ambiental prévio e de autorização municipal (Portaria nº 404/2012 – SPU, art. 9º, incisos IV e VIII) para tal construção de estrutura náutica (PÍER E DECK), que apontavam para sérios indícios de irregularidade da construção, motivaram a concessão e tutela de urgência pela paralisação de obras e isolamento do píer, decisão confirmada pelo Eg. TRF da 3ª Região ante a presença dos requisitos legais.

Tratando-se de demanda que tem como controvérsia a existência ou não de dano ao meio ambiente e a construção de píer e deck em desacordo ou não com as normas de proteção ambiental e patrimonial, no aparente conflito de interesses público e privado, com existência de critérios distintos para a tutela dos direitos envolvidos, impõe-se a observância dos meios que atendam, em um primeiro momento, ao interesse público, ante o princípio da supremacia do interesse público e a verticalidade das relações que envolvem a Administração Pública, bem como em aplicação do princípio da precaução quando se envolve potencial dano ao meio ambiente.

Neste sentido, faz-se oportuna a transcrição do seguinte teor do acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da Terceira Região no agravo de instrumento originário destes autos, que sinaliza pela necessária aplicação do princípio da precaução e do princípio da supremacia do interesse público:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. CONSTRUÇÃO DE PÍER E DECK EM IMÓVEL FRONTEIRIÇO AO MAR. POTENCIAL DANO AO MEIO AMBIENTE. AMPLA ANÁLISE DE PROVA: IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. FALTA DE ELEMENTO SEGURO QUANTO À APROVAÇÃO QUE TERIA SIDO DADA PELA SPU.

AUSÊNCIA ATUAL DE VEGETAÇÃO NATIVA: FATO IRRELEVANTE, NA ESPÉCIE. ACESSO AO DECK E AO PÍER PARA CONSERVAÇÃO: MELHOR SOLUÇÃO A SER ADOTADA. RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE A DECISÃO AGRAVADA TAMBÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A r. decisão recorrida está excelentemente fundamentada e não evidencia qualquer desvinculação à realidade dos autos no momento em que foi proferida, de modo que - ao menos nesta ocasião - acha-se ausente a possibilidade de acolhimento das alegações formuladas pela parte agravante. Nesse cenário, os fundamentos da interlocutória agravada ficam aqui explicitamente acolhidos, conforme a técnica de fundamentação “per relationem” acolhida no STF (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016) mesmo depois da superveniência do NCPC (ARE 1024997 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017).
2. Em sede de agravo de instrumento não há espaço para ampla análise de prova, nem para o acertamento de questões que possam conduzir à resolução da lide, tal análise será feita no bojo da ação popular, na fase de cognição exauriente.
3. Em sede de ação popular a autora - e aqui são desimportantes os motivos pessoais dela - pretende-se impedir que ganhe viço uma construção em terreno de marinha, na medida em que a obra não contou com a anuência - pelo menos a anuência válida - do Poder Público, além do que atenta contra a preservação do meio ambiente, cuja tutela é informada pelo princípio da precaução, a afastar a prevalência dos interesses patrimoniais e econômicos daqueles que são atingidos pelos efeitos tutelares do provimento jurisdicional (AgRg no REsp 1139791/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016).
4. Até o presente momento não há elemento seguro - ao contrário do asseverado pelo agravante - de que a Secretaria do Patrimônio da União - SPU aceitou a construção do deck e do píer, parecendo mesmo que se tratam de obras clandestinas.
5. Há dúvidas até de que o SPU tenha formalizado a cessão onerosa do terreno de marinha (bem público) à família que vem procedendo a edificações e obras no local aparentemente há muito tempo, sendo certo que “... é inegável a necessidade de conservação e proteção das praias, bens de uso comum do povo de extrema relevância para a qualidade da vida da população e para a economia nacional. Indispensável, nesse aspecto, ressalvadas específicas exceções legais, a garantia de livre acesso às praias e ao mar e a utilização em caráter igualitário pelos administrados” (REsp 1418932/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 24/05/2016).
6. A situação de uma possível “concessão” formal da área pela SPU há de ser vista “cum granum salis” à luz da Lei nº 9.636/98 (art. 9º, inc. II). Ou seja, é preciso convir que se as construções já prontas atingem o meio ambiente ou foram afrontosas da lei, de nenhum valor será a autorização “a posteriori” que provenha da SPU, porquanto o Poder Executivo não pode convalidar atos ilegais - que inclusive configuram em tese ilícitos penais - perpetrados pelos particulares.
7. Não se pode reconhecer neste agravo que o meio ambiente não está sendo prejudicado pela edificação clandestina, ainda mais à luz do art. 3º, XVI, da Lei nº 12.651/12, oportunamente citado no parecer da Procuradoria Regional da República. Além disso, não se pode perder de vista o texto do art. 10 e seu § 1º da Lei nº 7.661/88. No cenário desenhado por essas leis, não se pode aceitar a afirmação unilateral do agravante de que não há qualquer empeco ao uso da praia, ou da linha costeira no local, por força da obra por ele promovida.
8. A ausência atual de vegetação nativa ou fontes d’água no imóvel e seu entorno é irrelevante para - de pronto - escusar a conduta combatida na ação popular, pois existe a concreta possibilidade de as amplas construções operadas no local terem suprimido o que outrora ali existiu.

9. A permissão de acesso ao deck e ao píer para limpeza e conservação parece ser a melhor solução a ser adotada em sede de cognição sumária, pois preserva o meio ambiente e o patrimônio público na situação em que se encontram atualmente, bem como impede a deterioração da obra caso o réu/agravante, ao final, seja o vencedor da demanda. 10. Agravo de instrumento improvido.” (TRF-3ª Região, AI nº 0005776-97.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2018).

Por conseguinte, tratando-se de apontada ocupação irregular pelo autor de área correspondente a BEM DE USO COMUM DO POVO (PRAIA) (vide RELATÓRIOS DE VISTORIA DA SPU/UNIÃO E CETESB, a partir das construções do réu tidas por IRREGULARES PELA SPU, não lhe assiste razão em sua pretensão de manutenção das áreas privativas, visto que edificadas em sobreposição e detrimento de bem de uso comum do povo (PRAIA), fato em face dos quais o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 372, inciso II).

Ainda, após embargos de declaração pelo réu/agravante, ainda decidiu o Eg. TRF3 pela rejeição dos embargos com aplicação de multa (CPC, art. 1.026, § 2º, ante o manifesto “abuso do direito de recorrer”, tendo o recurso do réu sido considerado “signo seguro de intuito apenas protelatório”, conforme acórdão de 25/07/2019.

Por oportuno, registre-se que o fato de a Portaria-SPU n. 37, de 20/08/2012 ter autorizado ao réu a “iniciar obras de uma estrutura náutica em águas públicas, portanto de domínio da União”, em “caráter temporário”, conforme constou do próprio ato, “não exime o interessado de obter as demais licenças pertinente às obras que serão executadas na área, especialmente em relação aos órgãos ambientais, de acordo com a legislação vigente, bem como não implica na constituição de direito ou domínio sobre a área, ou a qualquer tipo de indenização”. (Fl. 1081 – ID 17624481).

Com efeito, a ninguém é dado o direito adquirido ou qualquer expectativa de direito a realizar construção ou ocupação sobre área de faixa de areia, considerada bem da União e de uso comum do povo (CF, art. 20, inciso IV), principalmente diante de posterior CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA PRÓPRIA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de 19/05/2016, de que “HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), o que representa nítida degradação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*):

“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”.

E, apesar do RELATÓRIO DE VISTORIA, de 19/08/2009, da MARINHA DO BRASIL, relativo ao píer objeto dos autos, no sentido de que “em relação ao ordenamento do espaço aquaviário nada tem a opor” (fl. 840 – ID 17623527), de fato o réu não conta com a possibilidade de regularização administrativa do píer, na medida em que “HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA”, conforme informação técnica da SPU-SP, órgão de fiscalização patrimonial da União Federal (Fl. 766 – ID 17623250).

Ademais, o “nada tem a opor” da Marinha do Brasil não tem o condão de regularizar a construção do píer, visto que, é pacífico o entendimento jurisprudencial, reconhecendo a incompetência dos órgãos da Marinha para autorizar construção em praias, terrenos de marinha e plataformas marítimas:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PLATAFORMA MARÍTIMA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENS DE USO COMUM DO POVO. LEGISLAÇÃO PERTINENTE. EFEITOS.

ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 5, XXXVI, DA CF/88.

1-) No caso dos autos restou demonstrado que as plataformas de pesca foram construídas sobre a praia, em total desacordo com as normas assecuratórias do livre usufruto do como coisa comum ao povo, sem que se permita qualquer obstáculo, seja ao acesso a praia ou ao que a ela venha a ser pelo homem agregado, violando ainda normas ambientais de proteção da Zona Costeira e do ecossistema marinho da plataforma continental. Ao Ministério da Marinha cabe, precipuamente, o exercício do poder de polícia quanto à segurança da navegação, sendo incompetente para fornecer qualquer autorização para construção em bem da União, o que demonstra a irregularidade do ato expedido e elide qualquer presunção de legitimidade e legalidade na sua feitura e efeitos. (...)” (TRF 4 REGIÃO – APELAÇÃO CÍVEL 2001.0401019468/RS, 3ª TURMA, DJU 3/7/2002, Relator. JUIZ CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ) (grifei)

Outrossim, na própria Certidão emitida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO, de 22/03/2012, de que “nada tem a opor quanto ao processo de obtenção do licenciamento para um estrutura náutica (píer)”, consta a ressalva de que “não tem caráter de Alvará de Construção ou Funcionamento e sim apenas para o licenciamento da estrutura náutica junto ao órgão competente (SPU), visto que não compete ao licenciamento municipal a análise da atividade, devendo a mesma ser analisada pelo respectivo órgão [SPU]”. (fl. 1016 – ID 17623899).

Portanto, nesta fase de cognição exauriente a partir dos elementos e prova dos autos, conclui-se pela não observância pelo réu às formalidades legais e normativas relativas à construção e ocupação do píer e deck na área objeto desta ação popular, que culminou com a CONCLUSÃO DA ENGENHARIA DA SPU/UNIÃO em RELATÓRIO DE VISTORIA de que “HOUE INVASÃO DO IMÓVEL SOBRE A FAIXA DE AREIA DA PRAIA” (Fl. 766 – ID 17623250), do RELATÓRIO DE VISTORIA da CETESB no sentido da existência de “deck edificado sobre a faixa de areia... não foi apresentado projeto aprovado pela Prefeitura Municipal e anuência da SPU” (Fl. 981 – ID 7623884), sendo manifesta a IRREGULARIDADE DO PÍER E DO DECK.

Em definitivo, o réu não se desincumbiu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora (CPC, art. 373, inciso II), referente à comprovada irregularidade da construção do píer e deck de sua propriedade, visto que em desacordo com a legislação vigente que rege a proteção aos bens da União e ao meio ambiente.

Por conseguinte, a partir do conjunto probatório acostado aos autos restou suficientemente demonstrado que o réu realizou a construção de píer e deck em desacordo com as normas e leis de proteção ao meio ambiente e aos bens da União, motivo pelo qual o reconhecimento da procedência desta ação popular é medida que se impõe, para imposição de ordem de sua demolição pelo réu, com obrigação de fazer de restauração da área ao estado original (stato quo ante).

Registre-se que o presente reconhecimento em Juízo da irregularidade do píer e deck objeto dos autos, bem como a imposição de obrigação de fazer de sua demolição, não afasta obrigações patrimoniais perante a SPU/União relativas ao tempo de sua existência, tampouco afasta os ônus financeiros decorrentes da efetiva ocupação de terrenos de marinha, inclusive dever de atualização cadastral e recolhimento das taxas devidas relativas aos RIPs respectivos.

III – DISPOSITIVO

Ante ao exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da parte autora, confirmando as medidas deferidas em sede de tutela de urgência no curso processual, extinguindo o feito com resolução de mérito nos termos do CPC, art. 487, inciso I, para CONDENAR A PARTE RÉ A:

A) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da DEMOLIÇÃO TOTAL DO PÍER E DECK construídos no imóvel situado na Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São

Sebastião/SP (Cadastro na SPU sob nº RIP 7115 0000246-03), aos seus custos, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, ficando desde já intimado o réu a comprovar nos autos seu cumprimento no prazo afixado independentemente de nova intimação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento,

B) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da DEMOLIÇÃO DA ESCADA DE ACESSO E DO CALÇAMENTO EM CONCRETO DE USO PRIVADO, COM RESTAURAÇÃO DO ACESSO PÚBLICO À ÁREA DE PRAIA ORIGINÁRIA, situados à Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São Sebastião/SP (Cadastro na SPU sob nº RIP 7115 0000246-03), aos seus custos, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, ficando desde já intimado o réu a comprovar nos autos seu cumprimento no prazo afixado independentemente de nova intimação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento,

C) OBRIGAÇÃO DE FAZER a partir da RETIRADA DOS ENTULHOS decorrentes da demolição do píer, deck e estruturas em concreto e RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO E ÁREA ORIGINAL, aos seus custos, que deve ser realizada a partir da apresentação de PROJETO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL (PRAD) da área degradada, nele incluindo cronograma das atividades, perante a CETESB e SPU/UNIÃO, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir do trânsito em julgado desta sentença, para aprovação, implantação e monitoramento pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

Em caso de não cumprimento dos atos de demolição e remoção pelo réu, que são sob seus custos e responsabilidade, ficam desde já AUTORIZADOS o autor Município de São Sebastião, o Estado de São Paulo (CETESB), a União e o Ministério Público a procederem aos atos necessários para as demolições e remoções, através de eventual convênio ou parceria com a Administração Pública direta ou indireta, ressalvado o direito de regresso e cobrança das despesas em face do réu, visto ser ônus do réu cumprir com os custos e obrigações de fazer ora impostas em condenação por sentença, com subsequente informação a este Juízo acerca dos atos realizados.

Após o trânsito em julgado, expeça-se MANDADO DE DEMOLIÇÃO do PÍER, DECK e ESCADA DE ACESSO E CALÇAMENTO EM CONCRETO DE USO PRIVADO construídos no imóvel situado à Avenida Manoel Teixeira, nº 2.342, Bairro São Francisco, São Sebastião/SP, devendo o Executante de Mandados estender seu cumprimento em face de eventuais terceiros desconhecidos e incertos que porventura sejam encontrados na área objeto da lide, tal como descrita ao longo desta sentença.

Condene a parte ré ao pagamento das custas processuais, bem como aos honorários de sucumbência que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os critérios do art. 85, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, CETESB e SPU-SP, autorizados os meios eletrônicos, para plena ciência e providências necessárias, com subsequente informação nestes autos acerca de eventuais atos realizados na esfera administrativa.

Ciência ao Eminentíssimo Relator do agravo de instrumento n. 0005776-97.2016.4.03.0000/SP, Desembargador Federal Souza Ribeiro, com as homenagens deste Juízo Federal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 16 de dezembro de 2020.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**0005440-71.2016.4.03.6183**

Autora: EVELLYN JESUS SANTOS

Réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA

Terceira Interessada: CLAUDIA SANTOS DE JESUS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/11/2020

SENTENÇA

PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO INTEGRAL A OUTRO DEPENDENTE DESDE 2003. POSTERIOR HABILITAÇÃO DE DEPENDENTE INCAPAZ. ARTS. 74, II, E 76 DA LEI 8.213/91. EFEITOS FINANCEIROS A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDÊNCIA.

EVELLYN JESUS SANTOS, nascida em 19/09/1993, incapaz representada por sua genitora CLÁUDIA SANTOS DE JESUS, ajuizou a presente ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS objetivando o pagamento de atrasados referentes a benefício da pensão por morte, em razão do óbito de seu pai, sr. SETASBIÃO OLIVEIRA DOS SANTOS, ocorrido em 08/06/2003 (fl. 28[i]). Juntou procuração e documentos (fls. 19-181).

O caso concreto é bastante singular.

De acordo com o CNIS do “de cujus”, consta ativo o benefício de pensão por morte NB: 130.489.492-1 desde a data do falecimento, 08/06/2003, em favor de sua companheira, sra. IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA.

Na peça inaugural, a autora sustenta ser filha do segurado falecido e incapaz desde a data do óbito. Destaca ter sido abandonada pelo pai, motivo pelo qual desconhecia o falecimento.

Seu requerimento administrativo de concessão de pensão por morte NB: 173.077.018-2, DER: 08/06/2015, foi deferido, com rateio de valores com a companheira de seu genitor. DIB fixada em 07/10/2015.

Ou seja, a companheira do falecido recebeu pensão por morte integral de 08/06/2003 a 07/10/2015. A partir de tal data, ocorreu o desdobramento do benefício com a autora da presente causa.

Aqui reside o pedido inicial. A autora sustenta fazer jus ao recebimento de pensão por morte desde o óbito (2003), não somente a partir do requerimento administrativo (2015), suscitando a inaplicabilidade da prescrição no caso concreto.

Concederam-se os benefícios da justiça gratuita, enquanto a antecipação de tutela foi afastada (fls. 183-186).

O INSS contestou, destacando ser imperiosa a formação de litisconsórcio passivo necessário e prescrição (fls. 190-195).

O Ministério Público Federal – MPF se manifestou no sentido da citação da sra. Iracema da Rosa (fl. 235).

Sobreveio réplica à contestação (fls. 240-249).

A inclusão da companheira do segurado falecido foi deferida, determinando-se a expedição de carta precatória para citação (fl. 250).

Após diversas movimentações processuais, foi noticiada a citação positiva (fl. 467).

O MPF apresentou parecer. Na peça processual, à luz da legislação vigente na data do requerimento administrativo, opinou pelo afastamento da prescrição ao caso concreto, por ser a autora incapaz desde o nascimento (fls. 485-489).

Temos, portanto, dois enfrentamentos distintos na presente demanda: a aplicabilidade do instituto da prescrição e a correta data de início da pensão por morte em favor da autora.

É o relatório. Decido.

Da prescrição

A análise da aplicabilidade do instituto da prescrição é essencial ao deslinde da demanda, haja vista a cobrança de atrasados de 08/06/2003 a 07/10/2015.

Nos termos do relatório, o INSS apresenta preliminar de prescrição, enquanto a parte autora ventila, desde a peça inaugural, sua inaplicabilidade por ser absolutamente incapaz nos termos da legislação civil.

O MPF apresentou analítico parecer com de direito intertemporal. À luz da legislação vigente na data do requerimento administrativo, opinou pelo afastamento da prescrição ao caso concreto, por ser a autora incapaz desde o nascimento (fls. 485-489).

Sobre o tema, dispõe a Lei 8.213/91:

Art. 79. Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei. (~~Revogado pela Medida Provisória nº 871, de 2019~~) (Revogado pela Lei nº 13.846, de 2019)

Art. 103. Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, *salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes*, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997). (Grifo Nosso).

O artigo 79 da Lei 8.213/91 somente foi revogado pela Lei 13.846/19. Assim sendo, vigorava na data do requerimento administrativo, 08/06/2015.

Além disso, as disposições civilistas vigentes à época do requerimento administrativo para apreciação do caso concreto, com redação anterior às modificações da Lei nº 13.146/15, cujo “*vacatio legis*” foi de 180 dias:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (Grifei).

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

Há prova documental nos autos apontando no sentido da incapacidade absoluta da autora, desde o nascimento.

Em primeiro lugar, juntou-se sentença do processo de interdição nº 1001156-08.2014.826.0554, cujo trâmite se deu na 1ª Vara de Família e Sucessões de Santo André/SP (fls. 59-62):

“O perito médico nomeado concluiu que a interditanda é portadora de surdez e desenvolvimento mental retardado, condição congênita e irreversível, relacionada a lesões neurológicas que a tomam incapaz em grau total e em caráter permanente para reger iam pessoa e interesses e para todos os atos da vida civil.

Ante o exposto e considerando tudo mais que do processo consta, julgo procedente o pedido, decreto a interdição de EVELLYN JESUS SAN'TOS, qualificada na inicial, e nomeio a requerente CLAUDIA SANTOS DE JESUS como curadora definitiva, sob compromisso, que será prestado na forma do artigo 1.187 do Código de Processo Civil”.

Nesses termos, apesar da sentença em destaque ser datada em 2014, o perito judicial daqueles autos concluiu pela existência de lesões mentais de caráter congênito, isto é, desde o nascimento.

O próprio INSS reconheceu a existência de impedimentos de ordem cognitiva e a condição de deficiente ao conceder à autora o benefício assistencial da LOAS, NB: 87/552.069.654-0, DIB: 28/06/2012 e posteriormente o rateio da pensão por morte NB: 173.077.018-2, em 06/10/2015, mesmo após ultrapassados os 21 anos de idade da filha do instituidor.

Também foram anexados aos autos diversos documentos médicos, inclusive datados no ano de 2003, atestando a severidade das condições de saúde da autora, com surdo-mudez e dificuldades cognitivas (fls. 68-111).

Os conceitos de incapacidade e deficiência não se confundem. Porém, no momento do requerimento administrativo, o art. 3º, II, do Código Civil de 2002 elencava a deficiência como uma das hipóteses legais de incapacidade absoluta.

Isto posto, diante do contexto probatório disposto, notadamente a sentença de interdição pautada em prova técnica atestando a existência de incapacidade absoluta congênita e juntada de documentos médicos datados em 2003, *afasto a aplicação do instituto da prescrição, com base nos artigos 79 da Lei 8.213/91 (à época em vigor) e art. 198, inciso I, CC/02.*

Do Mérito

A companheira do falecido, sra. IRACEMA DA ROSA OLIVEIRA, recebeu pensão por morte NB: 130.489.492-1, sozinha, de 08/06/2003 a 07/10/2015. A partir de tal data, ocorreu o rateio do benefício com a autora da presente causa.

Aqui reside o pedido inicial. A autora sustenta fazer jus ao recebimento de pensão por morte desde o óbito, em 08/06/2003, não somente a partir do requerimento administrativo, em 07/10/2015.

Estamos, portanto, diante de questão de direito.

A parte autora vindica o recebimento de parcelas de pensão já pagas pela autarquia previdenciária, desde o óbito do segurado instituidor.

Sobre o tema, dispõe o artigo 76 da Lei de Benefícios:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação. (Grifo Nosso).

Nesses termos, em que pese a narrativa inicial de desconhecimento do falecimento do instituidor da pensão por morte, mostra-se incompatível com a legislação previdenciária a condenação do INSS no pagamento de parcelas em duplicidade, havendo previsão legal explícita no sentido do rateio somente a partir do requerimento de habilitação/inscrição.

Além disso, o artigo 74, inciso II, da Lei 8.213/91 não faz nenhuma ressalva aos incapazes quando elege a data do requerimento administrativo como de início da pensão por morte, decorrido o prazo em dias fixado.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ fixou posicionamento no julgamento paradigma do Resp 1.479.948, com a fixação da data do requerimento administrativo para fins de efeitos financeiros:

PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. *PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. ART. 76 DA LEI 8.213/1991. EFEITOS FINANCEIROS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. REGIME PRESCRICIONAL. ART. 198, I, DO CC. INAPLICABILIDADE.*

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o direito à percepção de pensão por morte em período anterior à habilitação tardia da dependente incapaz, independentemente de o pai desta já receber a integralidade desde o óbito da instituidora do benefício (13.3.1994).

2. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias. Precedentes: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe 9.9.2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014, DJe 21.3.2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.2.2014, DJe 11.3.2014.

3. Tratando-se de benefício previdenciário, a expressão “pensionista menor” identifica situação que só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil.

4. *De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente.*

5. *A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão.*

6. A propósito: AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.5.2016; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 5.8.2013; e REsp 1.513.977/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2015.

7. Recurso Especial parcialmente provido

(REsp 1.479.948/RS. Relator: *Ministro Herman Benjamin*. T2 Segunda Turma. Julgamento: 22/09/2016. Publicação: 17/10/2016). (Grifo Nosso).

No mesmo sentido, aponta julgado muito similar de 2020 do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. *PENSÃO POR MORTE. PRESTAÇÕES EM ATRASO. BENEFÍCIO INTEGRALMENTE PAGO A OUTRO DEPENDENTE PREVIAMENTE HABILITADO. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ART. 76 DA LEI 8.213/1991.*

EFETOS FINANCEIROS.

- O fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo, pois, ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência.
 - *A habilitação posterior do dependente somente produzirá efeitos a partir do pedido de habilitação, não havendo falar em repercussão financeira para momento anterior à inclusão do dependente, ainda que comprovada nos autos a incapacidade absoluta do requerente do benefício.* Precedentes. (AgInt nos EDcl no REsp 1610128/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, j. 16/10/2018, DJe 22/10/2018, REsp 1655424/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 21/11/2017, DJe 19/12/2017, REsp 1.479.948/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 17/10/2016; AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/12/2015; AgInt no AREsp 850.129/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27.5.2016; REsp 1.377.720/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013). No mesmo sentido: (Apelação Cível 0003505-98.2015.4.03.6128/SP, Relator Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, j. 12/03/2019, D.E. 21/03/2019; Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Apelação Cível 0007838-40.2016.4.03.6102/SP, j. 24/07/2018, D.E. 02/08/2018; Apelação Cível 0023233-50.2018.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal NELSON PORFIRIO, j. 23/04/2019, D.E. 06/05/2019).
 - Comprovado nos autos a habilitação prévia de outro dependente, que recebeu a integralidade do benefício desde a data do óbito instituidor até o desdobramento, correto o deferimento do benefício ao autor, com termo inicial na data do óbito do instituidor, mas efeitos financeiros a partir do requerimento administrativo.
 - Portanto, o pedido de pagamento das diferenças do benefício de pensão por morte, retroativo à data do óbito, é improcedente.
 - Apelação não provida.
- (ApCiv 5000420-34.2016.4.03.6144. Relator: Desembargadora Federal MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA. TRF3 - 10ª Turma. e - DJF3 Judicial. Publicação: 29/09/2020). *Grifo Nosso.*

No caso concreto já houve o pagamento integral de pensão por morte em favor da companheira do “*de cujus*”, desde o óbito (08/06/2003), não sendo admitida a condenação do INSS ao pagamento de parcelas em duplicidade (art. 76, II, Lei 8.213/91).

A duas, a Lei de Benefícios não faz ressalva quanto aos incapazes no dispositivo que trata da fixação da data de início dos benefícios (art. 74, II).

Isto posto, inviável o reconhecimento judicial do direito da autora de percepção de pensão por morte desde a data do óbito de seu genitor, dado o requerimento tardio em 2015 e o recebimento integral do benefício pela companheira do falecido, desde 08/06/2003. Mostrou-se acertada a fixação da data do requerimento administrativo para fins de efeitos financeiros e desdobramento da pensão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo o pedido IMPROCEDENTE, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência de percentual de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 4º, III do CPC. Presentes os requisitos da concessão da justiça gratuita, a execução fica suspensa, nos termos do art. 98, §º, CPC/15.

Sem condenação ao pagamento de custas, diante concessão da gratuidade da justiça.

P.R.I.

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

INQUÉRITO POLICIAL

0001620-37.2019.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

Investigada: FLAVIANE OLIVEIRA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 08/02/2021

DECISÃO

O presente caso possui peculiaridades que o tornam muito interessante!

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Flaviane Oliveira Silva e Sandra Mara Souza da Silva, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 33, “*caput*”, c/c artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006.

Segundo a exordial (Id. 39100352), Flaviane Oliveira Silva e Sandra Mara Souza da Silva, nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, SP, em 20.10.2018, no voo KL792, da empresa aérea KLM, com destino a Amsterdã/Holanda, trouxeram consigo, transportaram e tentaram exportar, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, a massa líquida de 4.988g (quatro mil, novecentos e oitenta e oito gramas) de cocaína, substância entorpecente que causa dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

Consta dos autos que, no dia 21 de outubro de 2018, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, SP, no Terminal de Passageiros III, a Receita Federal do Brasil identificou uma mala contendo substância entorpecente em nome de Flaviane Oliveira Silva, que havia embarcado e viajado para Amsterdã/Holanda, no voo operado pela KLM, n. KL792, que havia deixado o país no dia anterior. No referido dia e local, uma funcionária da Companhia Aérea KLM, encontrava-se trabalhando no Terminal III de Passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos, no setor de bagagens perdidas, quando recebeu uma bagagem que não havia embarcado no voo KLM 792, de 20.10.2018, em nome de Flaviane Oliveira Silva, em razão do ‘check in’ ter sido realizado tardiamente. Ato contínuo, a referida mala foi encaminhada para o setor de desembarço aduaneiro da Alfândega, onde, ao ser submetida ao equipamento de Raio X, constatou-se a presença de matéria orgânica em seu interior. Diante de tal fato, a Polícia Federal foi acionada e a bagagem foi submetida a inspeção física, ocasião em que foram encontradas, em seu interior, duas sacolas de tecidos, onde foram localizadas, em fundos falsos, 5 (cinco) volumes de formatos retangulares achatados, formados por sacos plásticos transparentes, envoltos em fitas prateadas e pretas, que continham em seu interior substância em pó de coloração branca. A substância suspeita encontrada na bagagem que havia sido despachada por Flaviane Oliveira Silva, foi submetida a teste preliminar que resultou positivo para cocaína, na quantidade de 4.988g (quatro mil, novecentos e oitenta e oito gramas), massa líquida. Ocorre que das investigações realizadas pela Polícia Federal restou apurado, pela análise da reserva das passagens aéreas e pelos dados do sistema migratório, que Flaviane Oliveira Silva viajou para Amsterdã/Holanda, em companhia de Sandra Mara Souza da Silva. Verificou-se, ainda, que ambas são oriundas de Porto Velho, RO, e que as suas passagens foram pagas em dinheiro, modalidade de pagamento usualmente utilizada pelo

tráfico. Além disto, descobriu-se que chegando ao destino, abriu uma Flaviane reclamação em razão da mala extraviada, em Schiphol/Amsterdã. A data prevista para o regresso de ambas as passageiras seria no dia 29.10.2018, porém, não retornaram. Posteriormente, juntou-se a Informação de Polícia Judiciária n. 11/2019, em que se confirmou que ambas as denunciadas foram presas em Amsterdã, uma vez que na mala de Sandra Mara de Souza da Silva foi apreendida, com 3.966,6 gramas de cocaína. Ainda de acordo com a peça acusatória, verifica-se que Flaviane (4.988g) em unidade de desígnios com Sandra (3.966,6g) pretendiam transportar, em unidade de desígnios, para a Holanda, o total de 8.954,6 g (oito mil novecentos e cinquenta e quatro gramas e seis decigramas), massa líquida, de cocaína. Contudo, tendo em vista que nos presentes autos não há os laudos periciais da droga apreendida na Holanda, fato pelo qual, inclusive, Sandra Mara foi condenada, nestes autos a denúncia limita-se a droga apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos, qual seja, 4.988g de cocaína, que as denunciadas pretendiam transportar ao exterior.

Conforme laudos periciais (Id. 39100387, pp. 19-21 e 26-29), os testes realizados na substância apreendida resultaram positivos para cocaína.

Antes de ser apreciada a denúncia, foi determinado o retorno dos autos ao MPF, para que se manifestasse sobre eventual “bis in idem” (Id. 43370277), tendo em conta que a autoridade holandesa entendeu que haveria “bis in idem” entre os fatos do pedido de cooperação. Foi explicitado pela autoridade holandesa que “tanto a bagagem apreendida no Aeroporto Schiphol (importação de narcóticos para os Países Baixos), quanto a bagagem apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos (exportação de narcóticos do Brasil) foram consideradas pelo procurador público holandês na avaliação sobre quais fatos Oliveira Silva e Souza da Silva seriam acusadas”. Portanto, tanto a bagagem apreendida no Aeroporto Schiphol, quanto a bagagem apreendida no Aeroporto Internacional de Guarulhos foram consideradas um grupo de circunstâncias concretas intrinsecamente conectadas. Concluindo, a Procuradoria dos Países Baixos entendeu que os fatos do pedido jurídico mútuo brasileiro são os mesmos atos processados nos casos holandeses. A Procuradoria Holandesa, com base em precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, considerou que o princípio “non bis in” aplica-se no caso em referência (Id. 39100468, pp. 52-56).

Por sua vez, o MPF entendeu que deveria ser aplicado ao caso os artigos 5º, “caput”, e 6º do Código Penal, de tal arte que as denunciadas deveriam ser processadas tanto no Brasil quanto na Holanda, sendo certo que em caso de condenação nos dois países as penas poderiam ser mitigadas, na forma do artigo 8º do Código Penal.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

A parte geral do Código Penal foi alterada em 1984.

Sem prejuízo dessa referida alteração legislativa, é necessário consignar que os atuais artigos 5º e 6º do Código Penal, que dariam suporte à denúncia oferecida no entender do MPF, são uma reprodução, com as devidas variações, do artigo 4º do Código Penal, em sua redação original (“aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”), de 07.12.1940.

Desde 1940 as coisas mudaram significativamente. Em breve apanhado histórico, meramente aleatório, pode ser dito que: acabou a Segunda Guerra Mundial; houve a denominada

“Guerra Fria”; foi publicado “1984” de George Orwell; o homem caminhou na lua; o muro de Berlim foi construído e, mais importante, derrubado; o país União Soviética deixou de existir; Mario Vargas Llosa perdeu o segundo turno de uma eleição presidencial no Peru para Alberto Fujimori, e mais tarde ganhou o Nobel de Literatura; a rede mundial de computadores passou a ser utilizada por bilhões de pessoas; a vida de Alexander Hamilton, nascido nas “Índias Ocidentais”, um dos “pais fundadores” dos EUA, advogado, um dos autores dos “Federalist Papers”, primeiro Secretário do Tesouro dos EUA, virou tema de um musical “hip-hop” multipremiado da Broadway etc.

Houve também, de 1940 para cá, grande desenvolvimento e massificação do uso da tecnologia, com exacerbação do fenômeno da globalização, com inaudita circulação de bens e pessoas por todos os lugares do mundo.

Nesse passo, com a intensificação da circulação de bens e das pessoas por todos os lugares do mundo, deve ser dito que tratados e convenções internacionais passaram a ser internalizados pelos países com maior frequência. O Brasil internalizou, com certa tardança, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (de meados da década de 60), por meio do Decreto n. 592, de 06.07.1992.

No artigo 14, 7, do Decreto n. 592, de 06.07.1992 é dito que: “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Por ser oportuno, deve ser dito que a Holanda também é signatária e ratificou esse Pacto Internacional.

Observo que o STF entende que tratados e convenções sobre direitos humanos, internalizados sem os requisitos da Emenda Constitucional n. 45, possuem “status” normativo “supralegal”, como pode ser aferido abaixo:

“CLIPPING DO DJ

28 de novembro de 2008

(...)

HC N. 95.967-MS

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

DIREITO PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional

em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

4. *Habeas corpus* concedido.”.

(Informativo STF, n. 530, de 24 a 28 de novembro de 2008)

Desse modo, tendo o referido Pacto Internacional sido assinado e ratificado por Brasil e Holanda (a Holanda é citada aqui apenas porque as denunciadas lá já foram presas e processadas. Esse Pacto Internacional foi assinado e ratificado por quase todos os países do globo), e considerando que se trata de diploma normativo “supralegal” deve prevalecer sobre o Código Penal.

Observo, ainda, apenas a título de curiosidade meramente informativa, que a Holanda está classificada entre os 10 (dez) primeiros países no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), ao passo que o Brasil está posicionado entre os 90 (noventa) primeiros países na mesma lista.

Destaco, também, que segundo o “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil terminou 2018 com, nada mais nada menos, 78.691.031 (setenta e oito milhões, seiscentos e noventa e um mil e trinta e um) de processos em tramitação.

Donde não parece ser nada razoável acrescer mais esse caso específico nessa lista já excessivamente dilatada de processos em tramitação no Brasil, por total e completa ausência de necessidade e utilidade, na medida em que as denunciadas efetivamente já foram presas e processadas na Holanda (uma foi condenada; a outra absolvida), um dos países de melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no astro que habitamos, havendo, sim, “bis in idem”, à luz *bis in idem* do artigo 14, 7, do Decreto n. 592, de 06.07.1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), tal como admitido pela Procuradoria holandesa, com base em precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em face do exposto, REJEITO A DENÚNCIA, com fundamento no artigo 395, II, do Código de Processo Penal, tendo em conta que as denunciadas já foram presas e processadas na Holanda pelos mesmos fatos descritos na peça acusatória formulada pelo MPF, havendo manifesto “bis in idem”, à luz do Decreto n. 592, de 06.07.1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), que é um diploma com “status” normativo “supralegal”, conforme entendimento consolidado do STF, que deve prevalecer, no caso concreto, sobre o Código Penal.

Não havendo recurso, façam-se as comunicações necessárias, e, na sequência, arquivem-se os autos.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Guarulhos, 8 de fevereiro de 2021.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL **5000087-12.2019.4.03.6004**

Autora: UNIÃO FEDERAL

Réu: ESPÓLIO DE LOURDES GATTASS PESSÔA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS

Juiz Federal: DANIEL CHIARETTI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/12/2020

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pela UNIÃO em desfavor de ESPÓLIO DE LOURDES GATTASS PESSÔA, com o objetivo de obter a anulação da Matrícula Imobiliária 20.097, aberta em 10/10/1996 pelo serviço de registro de imóveis da 1ª Circunscrição em Corumbá e referente ao imóvel rural denominado “Fazenda Paraíso”, localizado em parte da superfície da ilha “Ínsua”.

A União aduziu, em síntese, o seguinte: a) a anulação da matrícula imobiliária relativa à “Fazenda Paraíso” funda-se na segurança nacional e no usufruto indígena; b) tanto a venda quanto a doação do imóvel objeto do processo são nulos de pleno direito; c) o ato administrativo impugnado carece de pressuposto fático “motivo lícito”; d) o vício na transmissão do imóvel é absoluto, já que envolve a própria ilicitude do objeto nos termos do art. 145, II, do CC/1916; e) houve também agressão ao princípio federativo em razão do fato da alienação ter sido pela por Estado-membro de bem da União, sendo que à luz da Constituição de 1946 as ilhas fluviais na íntegra eram bens federais; f) o uso especial militar e o uso especial indígenas pela comunidade Guató reforçam o aspecto lesivo do ato impugnado, sendo aí identificada uma sobreposição de matrículas. Os pedidos foram de “anulação da matrícula imobiliária nº 20.097, com comunicação imediata ao Juízo do inventário, e, após o trânsito em julgado, com comunicação decisória ao 1º serviço registral imobiliário, em Corumbá, para que proceda ao cancelamento matricular”, bem como “tutela executiva ‘latu sensu’ que consista em ordem para desintrusão da área toda da fazenda Paraíso (2.657 hectares).”

Na decisão de Id. 15250817 foi determinada a comunicação do Juízo Estadual da 1ª Vara Cível de Corumbá e do 1º Serviço Registral Imobiliário e Corumbá sobre a presente ação.

Em contestação, a parte requerida arguiu a ocorrência de prescrição, litisconsórcio passivo necessário com o Estado de Mato Grosso do Sul e inadequação da via eleita. Alega que o lote objeto do litígio é propriedade privada, argumentando que de acordo com a legislação da época os negócios jurídicos impugnados pela União eram legais. Afirmou que a União foi a responsável pela suposta sobreposição de matrículas. Na contestação, a ré negou ainda a existência de uma ilha fluvial. Impugnou ainda o argumento da autora com base na segurança militar e na presença indígena, aduzindo que os índios no local são “falsos”. Formulou ainda pedido contraposto para que a autora seja condenada a indenizar a ré em caso de procedência da demanda (id 16367523).

Manifestação do Ministério Público Federal opinando pela procedência da inicial e pela improcedência do pedido contraposto (id 17871810).

Réplica pela União com os seguintes argumentos: a) a contestação foi apresentada pelo herdeiro Mauro Gattass Pessoa, o qual seria parte ilegítima, devendo ser decretada a revelia;

b) o réu não faz jus à gratuidade da justiça; c) não é o caso de reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário; c) é incabível pedido contraposto em procedimento especial instaurado em ação civil pública e, ainda que fosse juridicamente viável, os pedidos estariam prescritos (id 20865282).

Em manifestação de Id. 21115424 a procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul aduziu não ter interesse em ingressar no feito.

Foi determinada a intimação das partes para especificação das provas (Id. 21875135).

Manifestação da parte ré (Id. 22271884).

Manifestação da parte autora (Id 23290297).

Nova manifestação do MPF manifestando-se favoravelmente ao recebimento da peça da ré como contestação e pugnando pelo julgamento antecipado da lide (Id. 24843200).

Em decisão de Id. 25798605, foi determinado à União a juntada aos autos de peças relevantes da ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004. Foi determinada ainda a expedição de ofícios para obtenção de informações sobre o título do imóvel objeto da ação. Foi, por fim, indeferido o pedido de produção de prova testemunhal e pericial.

Juntadas certidões oriundas do Cartório de Registro de Cáceres/MT (Id. 26198255) e de Corumbá/MS (Id. 27374980).

A autora apresentou nova manifestação no evento de Id. 29006939 trazendo esclarecimentos sobre a ACO 132. Na manifestação, a AGU aduziu que os objetos litigiosos do presente processo e da ACO 132 são distintos: enquanto neste feito discute-se a fazenda “Paraíso”, a ACO discutiu a fazenda “Bela Vista”, sendo que os fundamentos jurídicos dos pedidos também são distintos. O objeto jurídico da ação de despejo nº 0001683-25.1996.403.6004 também é a fazenda “Bela Vista”, imóvel distinto da fazenda “Paraíso”. Foram trazidas peças dos referidos processos.

Foram apresentadas alegações finais pelo MPF pela procedência do pedido (Id. 33552584). O *Parquet* alegou, em síntese, que: a) os indígenas Guatós, em meados do séc. XX, se refugiaram na Ilha Ínsua diante do avanço de criadores de gado, mas também esse local passou a ser alvo de invasões; b) a partir de 1957 os Guatós foram considerados extintos, mas algumas famílias permaneceram na Ilha Ínsua; c) no mesmo período o Exército se instalou no local; d) as impugnações trazidas pela ré se referem a uma área que não é a mesmo objeto da ACP; e) não restou comprovada a possibilidade jurídica da transação de aquisição do imóvel já que o primeiro título era nulo de pleno direito; f) o pedido contraposto não deve ser provido. Em síntese, segundo o MPF, “conclui-se que o réu detinha posse irregular da área, já que nula de pleno direito a alienação promovida pelo Estado de Mato Grosso do Sul (a non domino), em razão de a área pertencer à UNIÃO, já que localizada em ilha fluvial próxima à divisa com território estrangeiro. Além disso, o notório histórico de comunidade indígena no local, aliado à posição estratégica para o Exército, corroboram o interesse e domínio originário da UNIÃO sobre a área.”

A parte ré apresentou manifestação no evento Id. 33907844, alegações finais (Id. 34654574) e nova manifestação (Id. 34907971). Aduziu, dentre outros pontos, que: a) a prova documental trazida pela União deve ser desconsiderada por ter sido juntada a destempo; b) o Estado do Mato Grosso do Sul se beneficiou com a compra e venda; c) reiterou o pedido de litisconsórcio passivo necessário com o estado do MS; e) aduziu que o imóvel objeto do litígio não está em área de fronteira, não há indígenas no local nem é uma ilha. Reiterou, ademais, argumentos já apresentados em sede de contestação, quais sejam: a prescrição, a inadequa-

ção da via eleita e a inexistência de nulidade do título originário. Reiterou, ainda, o pedido contraposto.

Postulou a parte ré ainda para que sejam riscados dos autos expressões que reputa ofensivas.

Razões finais pela União, reforçando os argumentos já apresentados (Id. 35896355).

Nova manifestação pela parte ré juntando filmagens da área (Id. 39531542).

É o relatório.

Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Preliminares

a) Da inexistência de litisconsórcio passivo necessário

O litisconsórcio é necessário quando sua formação é obrigatória, o que ocorre quando o provimento jurisdicional de mérito se aplique de forma uniforme a todos os litisconsortes (litisconsórcio unitário) ou na hipótese de expressa previsão legal.

De modo geral, a doutrina estabelece que o litisconsórcio é necessário quando, além da hipótese de previsão legal, a natureza jurídica da relação de direito material determina o litígio em conjunto. São relações incidíveis do ponto de vista do direito material. Ademais, decorre da própria relação processual que determina que apenas as partes envolvidas no processo sofrerão seus efeitos diretos.

No caso dos autos, a parte ré aduz que o estado do Mato Grosso do Sul deveria ter integrado a lide pelo fato de ter sido o responsável pela alienação do bem litigioso em 16/01/1955. Esse fato, contudo, não tem como consequência a necessidade de se trazer o estado do Mato Grosso do Sul ao polo passivo, já que o que se discute é a nulidade absoluta da alienação.

Ora, eventual regresso por parte da parte ré pode ser discutido em outro feito, de modo que as sanções quanto à não ocorrência do litisconsórcio necessário previstas no art. 115 do CPC sequer se aplicam. O réu invoca ainda o instituto do chamamento ao processo, mas não demonstrou que se enquadra nas hipóteses do art. 130 do CPC.

Por derradeiro, como bem pontuado pela AGU, o objeto do processo é a nulidade da matrícula imobiliária, não havendo qualquer repercussão para além das partes envolvidas nesta lide. Eventual ação regressiva, de novo, deve ser ajuizada perante o estado do Mato Grosso do Sul em ação própria.

Assim, afastado a alegação de litisconsórcio necessário.

b) Da adequação da via eleita

Entendo que a via eleita é legítima para o pedido veiculado pela AGU.

Aduz o autor, em síntese, que o objeto do processo é a nulidade de um contrato administrativo de ente federal com particular. No entanto, há nos autos interesse público que vai além dessa relação que teria caráter eminentemente privado.

Inicialmente, vale mencionar a lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sobre o processo coletivo:

Os processos coletivos servem à 'litigação de interesse público' (LIP); ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida,

a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, saúde, educação, bem como, na defesa de interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não dos habituais polos dessas demandas, credor/devedor), como das crianças e adolescentes, das pessoas institucionalizadas em hospitais e presídios, dos negros, dos índios, das mulheres, podem ser passíveis de serem veiculados como situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela através de ações coletivas que permitam a tutela molecular de todo o grupo. (Curso de Direito Processual Civil. V. 4. 10^a. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 34-35).

É justamente nesta chave que a presente demanda foi ajuizada: a AGU deixou bem claro que o pedido principal é a desconstituição do ato jurídico matricular, sendo este pedido fundado na premissa que os títulos contratuais são nulos de pleno direito. Essa nulidade, a seu turno, funda-se, entre outros motivos invocados pela autora e que serão analisados a seguir, no fato do objeto do processo ser, à época da alienação, bem da União. E, além da discussão sobre a ilha fluvial, a União pontua que sobre o local desenvolvem-se dois usos especiais: vigilância militar e usufruto indígena. O MPF, por sua vez, alegou com lastro em amplo material probatório que há interesse indígena na área merecedor de proteção (Id. 17871810).

Tais temas serão enfrentados com mais profundidade no decorrer na análise do mérito, mas não há dúvidas que os temas que fundam a pretensão trazida em juízo envolvem interesses coletivos de dimensão pública e, conseqüentemente, podem ser judicializados através de ações coletivas.

Desse modo, afasto a alegação de inadequação da via eleita.

c) Da não exclusão das provas documentais

Insurge-se a parte ré contra os documentos acostados pela União nos eventos de Id. 29006939 a 29006949. Sem razão.

Este juízo determinou à União a juntada de documentos relativos à ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004 (Id. 25798605) e, de fato, a documentação impugnada está relacionada a essa determinação judicial. O que a União trouxe são peças e documentos relacionados às demandas em questão.

Além disso, em que pese a regra processual seja a apresentação dos documentos junto com a inicial ou a contestação, é possível a juntada posterior de documentos em casos previstos no CPC. Ademais, essa juntada deve ser pautada pelos princípios que regem o processo civil, em especial o contraditório, a ampla defesa e a não surpresa.

Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, as provas documentais cuja apresentação é obrigatória no momento da propositura são aquelas indispensáveis para o ajuizamento da demanda. A juntada posterior é possível “(a) sempre que o retardamento não seja fruto de um espírito de ocultação premeditada e do propósito de surpreender o juízo ou a parte contrária (STJ) e (b) desde que o estado do procedimento permita” (Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 609-610).

De fato, no caso dos autos, as provas trazidas não trazem qualquer inovação à demanda, esclarecendo apenas temas relacionados ao objeto da ACO 132 e da ação de despejo 0001683-25.1996.403.6004 a distinção com relação à demanda em tela.

Assim, rejeito esse argumento defensivo.

2.2. Mérito

a) Prescrição

A alegação de prescrição se confunde com o mérito da presente demanda, já que o reconhecimento da nulidade dos títulos de transferência das propriedades objeto do litígio

afastariam o prazo prescricional. Isto porque, conforme jurisprudência do e. STJ, mesmo na vigência do CC/1916, o ato nulo não se convalida com o tempo, não é ratificável diante da inércia das partes, não produz nenhum efeito jurídico e, pois, não se submete à prescrição (STJ, REsp 1.093.079/RS, 3ª Turma, DJe 22/04/2010).

Desse modo, essa alegação será analisada em conjunto com o mérito da presente ação, de modo que o reconhecimento da nulidade absoluta implica a imprescritibilidade no caso.

b) Da nulidade da matrícula

Aduz a União na inicial que “[a] área rústica, com extensão de 2.657 hectares e denominada fazenda Paraíso, para a qual se procedeu, em 10 de outubro de 1996, à abertura da matrícula impugnada, foi objeto, como acima se adiantou, de duas sucessivas alienações a non domino: a primeira foi a venda, em 16 de janeiro de 1965, pelo Estado de Mato Grosso, a Hid Alfredo Scaff, e a segunda, a doação, em 30 de outubro de 1972, pelo casal Hid Alfredo Scaff e Luciana Cuiabano Scaff à donatária Lourdes Gattass Pessoa (cf. documentos em anexo 1), em razão de cujo falecimento, não fossem absolutamente nulas as duas alienações da área, transmiti-la-ia aos 5 herdeiros necessários.” (Id. 14914122, pág. 06).

Ainda de acordo com a inicial, havia um projeto para dominar a ilha Ínsua inteira com base na influência na política estadual. Alegou a União que “a Scaff Gattass & Cia, extinta em outubro de 1972 e cujos sócios eram Hid Alfredo Scaff, Jorge Scaff Gattass, José Miguel Scaff, Fauze Scaff Gattass e Lourdes Gattass Pessoa, conseguiu, em 26/01/1955, do então Governador do Estado de Mato Grosso, Fernando Correa da Costa, outorga de domínio sobre vasta área (9.657 ha.) ao norte da Ilha, à qual se denominou fazenda Bela Vista.” E prosseguiu, concluindo que “[d]ez anos mais tarde (em 16/01/1965), o sócio Hid Alfredo Scaff conseguiu semelhante título, outorgado pelo mesmo governador, trespassando-lhe área (2.657 ha.) ao sul da Ilha Ínsua, à qual denominou fazenda Paraíso; completava-se a titulação sobre a Ilha.” (Id. 14914122, pág. 18).

O principal fundamento invocado pela autora é, portanto, o da alienação a non domino, ou seja, executada por aquele que não é dono da coisa objeto do contrato.

É importante, de pronto, delimitar bem o objeto da lide, pois em diversos momentos do feito parece ter havido confusão, proposital ou não, sobre esse ponto. A União está impugnando a matrícula 20.097, relativa especificamente ao imóvel conhecido como “Fazenda Bela Vista”. Assim, não é objeto do processo nem a extinta transcrição nº 19.253, registrada em Cáceres/MT, nem títulos relacionados à “Fazenda Bela Vista”, a qual foi objeto da ACO 132 no Supremo Tribunal Federal e situa-se ao norte da ilha, onde se situa a gleba “A” da terra indígena Guató.

Pois bem. Na inicial os fundamentos dessa natureza da alienação foram apresentados a partir de uma contextualização histórica dos fatos. Segundo narrou a União, “[n]o tocante à primeira alienação, ela ocorreu durante o segundo mandato (de 31/01/1961 a 30/01/1966) do então governador Fernando Corrêa da Costa, sob cuja administração era costumeiramente adotada a ‘venda’ como tipo contratual de alienação, pelo Estado de Mato Grosso, das terras que, a seu talante, reputava devolutas estaduais, a exemplo da venda, durante seu primeiro mandato, da área denominada fazenda Bela Vista à sociedade comercial Scaff Gattass & Cia (...), na mesma ilha da União, em que localizada a fazenda paraíso, coisa litigioso nesta demanda.”

Esse argumento é assento em algumas premissas a respeito do objeto das alienações. Aduz a autora que “[a] área de 2.657 hectares, registrada com a denominação de fazenda Paraíso na matrícula nº 20.097 e primeiramente alienada pelo Estado de Mato Grosso a Hid Alfredo Scaff em 16.01.1965, sempre foi um pedaço da superfície de terra na Ilha secularmente conhecida como ‘Ínsua’, circundada pelas águas navegáveis do rio Paraguai e localizada a bem menos de 10 léguas da divisa com a Bolívia, em Corumbá.”

Tratando-se de uma ilha fluvial, sua propriedade, já sob a égide da Constituição de 1946, era da União nos termos do art. 1º, “c”, do Decreto-Lei nº 9.760/1946. Aliás, vale anotar aqui que a peça inaugural da União faz uma detalhada reconstituição do regime dos bens públicos federais, sendo desnecessária sua reprodução nesta sentença, bastando apenas consignar que, à época dos fatos impugnados, ilhas fluviais eram bens da União.

Vale mencionar, especificamente, o art. 34, I, da Constituição então vigente:

Art 34 - incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

E a farta documentação trazida com a inicial não deixa dúvidas que o imóvel está situado em uma ilha fluvial com essas características, o que se conclui a partir dos diversos mapas cartográficos que demonstram onde está situada a “Fazenda Paraíso”, local que sempre foi circundado pelas águas navegáveis do Rio Paraguai e localizada em região de fronteira com a Bolívia. A esse respeito, o mapa da pág. 2 do Id. 14914131 é especialmente esclarecedor.

Destaco, ainda, o parecer no Processo 173/63, da lavra do Gen. Raul Silveira de Mello, o qual não deixa dúvidas que na época dos fatos, o local era domínio da União. Esclarece ainda que a Ilha Ínsua é formada “pelo Rio Paraguai, a leste, pela lagoa Uberaba, ao Norte, pelo canal ligando a lagoa Uberaba ao Rio Paraguai, a Nordeste, e pelo Canal Pedro II, a Oeste”, e prossegue afirmando que “[a] ilha, contudo – toda a ilha – com suas 9.700oha de superfície, foi titulada em 1955 pelo Governo do Mato Grosso, à firma Scaff Gattass & Cia, de Cáceres” (Id. 14914129, pág. 35).

Em documento contemporâneo ao presente processo denominado “Apresentação da Ilha Ínsua”, o local é assim descrito (Id. 14914131, pág. 1):

A ilha Insua está localizada a cerca de 300 Km por via fluvial da cidade de Corumbá/MS, na divisa entre os estados Mato Grosso do Sul e Mato Grosso.

O território insular é banhado a leste pelo rio Paraguai (que liga MS a MT) e a oeste pelo canal Dom Pedro II (que proporciona acesso ao Pelotão Especial de Fronteira de Porto do Índio). Para chegar ao local por aquavia deve-se, obrigatoriamente, transpor a lagoa Gaíba (ao sul).

Além disso, a partir da manifestação de Id. 29006939 e a documentação pertinente, especialmente aquela relativa à ACO 132, infere-se que a “Fazenda Paraíso”, objeto deste processo, e a “Fazenda Bela Vista”, objeto do feito que tramitou no STF, são imóveis distintos, mas ambos estão localizados na mesma ilha fluvial.

Este ponto merece ser explorado, já que um dos pontos defensivos é, justamente, a alegação que não se trata propriamente de região de fronteira. Em seu voto na ACO 132, o Exmo. Min. Aliomar Baleeiro assim explorou o tema:

O título expedido pelo Governador de Mato Grosso, em 26.11.55, testemunha que essa Unidade da Federação vendeu aos réus 10.000 há de terras em Bela Vista, Município de Cáceres, configurando a área um polígono irregular, achando-se os respectivos marcos colocados, o 1.º, na barra do Canal Pedro II com o Rio Paraguai (margem direita) e os outros em diferentes pontos dos canais que derivam para esse curso d'água, e ainda neste, como tudo consta de memorial

e planta, esta às fls. 35. Nela se vê, como na de fls. 6, que a área é circulada de água em todo o polígono, exceto pequena reta entre o Canal Paivarim e o Rio Paraguai (estações 22 e 23). Trata-se, parece, de área sem rio que separa o Brasil da Bolívia nesse trecho de seu curso. É essa área que a inicial descreve e reivindica, por estar situada na chamada faixa de fronteira e, exatamente numa ilha limítrofe, onde a União mantém destacamento do Exército, tendo construído quartel e casas para os soldados.

11. Embora não houvesse sido requerida qualquer perícia, não há juridicamente dúvida sobre a individuação do imóvel. Os réus não contestam a situação e confrontação do polígono de terras quase todo compreendido entre a margem direita do Rio Paraguai e os canais ou braços de rio adjacentes. Nem podem contestar fato certo, histórico, notório e oficialmente proclamado de que o Rio Paraguai constitui uma das linhas de fronteiras do Brasil com as nações vizinhas ao Oeste. Nesse ponto, militam a favor da Autora os arts. 209 e 211, do Código de Processo Civil. (...)

IV. A Constituição Federal de 1946, em cuja vigência Mato Grosso vendeu as terras aos réus, inclui no rol de bens da União, as ilhas fluviais nas zonas limítrofes com outros países e a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, etc.

É incontestável, nem foi contestado pelos réus, que a área comprada por estes, em 1955, constitui parte duma ilha fluvial na zona limítrofe com outro país. Além disso, estava na faixa de fronteira desde a delimitação da lei de 1850 até os diplomas em vigor ao tempo da venda celebrada por Mato Grosso.

O art. 5º do Decreto-lei n.9.760, de 5.9.46, que regula de modo geral os bens da União, conceitua, no art. 5.º, as terras devolutas na faixa de fronteira, e em nenhuma das suas categorias poderá ser enquadrado aquele polígono que o estado vendeu aos réus, sem ter o domínio dele. A Lei n. 2.597, de 13.9.55, alargou a faixa nacional de terras devolutas ao longo das fronteiras das 10 léguas, da Lei de 1850 e Decreto de 1854, ou 66 quilômetros, para 150 km. Mas isso é irrelevante para o caso concreto, porque a área disputada está à margem do rio divisório, o Paraguai, numa largura de menos de 10 km.

Situadas à margem desse Rio Paraguai, que divide o Brasil do território de outros países, as terras negociadas com os réus eram, sem sombra de dúvida, bens patrimoniais da União, os quais Mato Grosso não poderia arrogar-se a dono, nem muito menos vender como devolutas do estado.

Repito, no entanto, que a ACO 132 tem por objeto uma Fazenda distinta, qual seja, a Fazenda Bela Vista. Todavia, trata-se de imóvel situado na mesma ilha fluvial que a Fazenda Paraíso, o que tornam importantes as considerações tecidas na referida ação constitucional. Conferir, a esse respeito, os mapas das páginas 1 e 2 do documento de Id. 14914136.

Ora, neste sentido, os negócios jurídicos que deram causa à matrícula impugnada são nulos de pleno direito. Como bem ressaltado pela União em sua inicial, há no caso um vício com relação ao objeto da alienação, já que o ordenamento jurídico à época proibia a alienação de área de domínio federal. Mesmo é o destino da segunda alienação, já que se trata de vício que não se convalesce.

Aliás, sobre esse ponto, na ACO 132 o E. STF consignou que sequer a usucapião serviria para socorrer ao réu, já que bens públicos federais não podem ser adquiridos por esta forma originária de aquisição da propriedade, inclusive por força do Decreto-Lei nº 9.760/46 vigente em 1955.

Além do fato do local ser domínio da União, há outros dois argumentos importantes. O primeiro é que se trata de terra tradicionalmente ocupada por indígenas. Como comprovado pela União, a matrícula nº 24.809 se refere a uma área indígena cuja demarcação foi homolo-

gada pelo Decreto presidencial, expedido em 10/02/2003 e publicado (D.O.U) em 11/02/2003, o qual teve por objeto também a área da matrícula 24.808.

E, como bem demonstrado nos mapas do documento de Id. 14914139, há sobreposição entre a área da matrícula nº 24.809 e a Fazenda Paraíso.

Além disso, como desenvolvido pelo MPF no substancial documento trazido com o parecer de Id. 17871810, os Guatós passaram por um brutal processo de desterritorialização, inclusive graças “alienação” de terras federais que ocorreram no passado em franco desacordo com a legislação.

Como apontou o MPF em sua reconstrução histórico-antropológica desse povo, após a Guerra do Paraguai o território indígena começou a ser progressivamente ocupado para exploração econômica, fazendo com que muitas famílias se vissem obrigadas a procurar refúgio em locais distantes e de difícil acesso para os criadores de gado.

No séc. XX, contudo, mesmo a Ilha Ínsua, que tinha havia se convertido em um local de proteção para a etnia Guató, passou a ser alvo de invasão por fazendeiros, diminuindo consideravelmente a mobilidade da população indígena local e seus próprios costumes. Além disso, aqueles que se recusavam a trabalhar para os fazendeiros locais se viram obrigados a migrar para outros locais, inclusive para a cidade.

Por conta disso, a partir de 1957 os Guatós passaram a ser considerados extintos. Esse estado de extinção perdurou até 1976, quando a população passou a se reorganizar e lutar pelo próprio reconhecimento e reterritorialização, o que deflagrou embates pela demarcação das terras indígenas.

É importante destacar, deste modo, que a alienação das terras tradicionalmente ocupadas por este povo à revelia de seus interesses insere-se neste contexto de absoluto desrespeito aos direitos dos povos indígenas seja pelos fazendeiros que expulsaram os grupos, seja pelo próprio Estado, que patrocinou, muitas vezes de forma direta, essas violações, em especial durante o período da Ditadura Militar, a qual violou de forma sistemática os direitos dos povos indígenas (a esse respeito, v.g., “Os fuzis e as flechas: História de sangue e resistência indígena na ditadura”, de Rubens Valente).

Estes fatos, contudo, não podem ser referendados pelo Poder Judiciário, principalmente porque a própria Constituição Federal de 1988, cuja constituinte contou com a contribuição de indígenas nos debates, consagrou a proteção dos territórios tradicionalmente ocupados em seu art. 231. O texto constitucional consagra a ideia que os direitos indígenas possuem um caráter originário, independentemente assim de qualquer demarcação que possui caráter meramente declaratório.

Como bem ponderado pelo MPF, é certo que quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o STF adotou a teoria do fato indígena, segundo a qual a posse indígena deve ser aferida quando da promulgação da Constituição de 1988. No entanto, além do fato que este caso constitui um precedente que não possui caráter vinculante, apesar de não poder se ignorado, é importante ter em mente que a posse não deve ser avaliada de acordo com o conceito civilista, mas sim a partir das características culturais e sociais dos povos indígenas, bem como o momento histórico específico. Trago, a este respeito, as seguintes considerações de Robério Nunes dos Anjos Filho:

“Importante frisar, ainda, que muitas áreas se encontravam na posse de terceiros na data da promulgação da constituição devido a violências e espoliações cometidas contra os índios. Nesse ponto, não se pode olvidar que a Constituição afirmou que são nulos e extintos os atos de uso, domínio ou posse incidentes sobre terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Aqui

se trata de posse no conceito civilista comum, já que a Lei Maior dirige-se aos não-índios. Esse raciocínio é agasalhado ainda pela posse permanente dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como pela imprescritibilidade dos direitos indígenas (art. 231, §§ 3º e 4º). Está claro que o fato de alguém, não-índio, estar na posse de uma terra, em qualquer tempo, não afasta a ocupação tradicional indígena. Isso se aplica não só em relação às posses dos não índios sobre terras tradicionais indígenas que existiam em 05.08.1988 mas também àquelas que ocorrerem posteriormente ou que venham a ocorrer no futuro.” (Comentários à Constituição Federal de 1988 (org. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber Agra). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2409).

Ora, no caso dos autos, como bem demonstrado pelo MPF, os Guatós foram vítimas de inúmeras violações e espoliações, não sendo razoável invoca-las como modo de negar o acesso ao próprio território. Há registros de lutas pelo acesso a esse território desde antes de 1988.

Aliás, o território indígena não se resume ao local onde a comunidade efetivamente vive. O território indígena abarca também, como já mencionado, o local onde se desenvolvem as demais atividades culturais, sociais e de subsistência da comunidade. Por isso, a área da Fazenda Paraíso que se sobrepõe à demarcação é reconhecidamente importante para os Guatós.

Assim, entendo que não assiste razão à parte ré que reiterou alguns estereótipos típicos desta região ao alegar que os membros da etnia Guató são “índios falsos”, invocando inclusive vídeos de cunho político e absolutamente desvinculados da realidade.

Neste caso, também é importante um recurso a precedentes internacionais, já que é dever também dos tribunais nacionais aplicar tratados internacionais de direitos humanos, promovendo-se um Diálogo das Cortes.

Como lembra André de Carvalho Ramos, “no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional”. Assim, é importante o controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional.

Nos casos Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai e Massacre Plan de Sánchez Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) reconheceu que o direito à propriedade privada previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) possui um significado especial para os povos indígenas.

Na interpretação dada pela CtIDH, a propriedade comunal das terras ancestrais possui funções que abarcam a preservação da identidade cultural e sua transmissão às gerações futuras. Essa interpretação decorre não apenas do texto da CADH, mas também de outros tratados internacionais de direitos humanos sobre o tema, em especial a Convenção nº 169 da OIT, a qual contém diversas disposições que têm relação com o direito à propriedade comunal das comunidades indígenas.

Segundo a CtIDH, “[a] cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural” (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Sentença, 135).

Isso significa que o reconhecimento dos costumes tradicionais desses povos, inclusive o acesso do território para caça, coleta e pesca – atividades que, como apontado pelo MPF, foram

sistematicamente negadas aos Guatós nas últimas décadas-, está ligado à própria garantia do direito de propriedade comunal nos termos do art. 21 da CADH, não podendo ser pensado de forma abstrata ou desvinculada com a realidade dos povos indígenas.

Isso significa que, ao violar o direito de propriedade comunal destes povos indígenas, o Estado brasileiro agiu de forma contrária à Convenção. Foi privilegiada a propriedade privada em detrimento da comunal, quando a CtIDH se manifestou no sentido de que “a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da Convenção Americana” (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, Sentença, 148).

É claro que, como colocado pela própria CtIDH, isso não significa que em todo conflito deverá prevalecer a propriedade comunal indígena. O que se coloca é que, sempre que possível, deve ser privilegiado o acesso ao território, aqui compreendido na sua mais ampla acepção.

O segundo argumento é que o local é importante para a segurança. Estes detalhes são trazidos no documento juntado com a inicial intitulado “Apresentação da Ilha Ínsua” (Id. 14914131, pág. 6):

No item anterior foram apresentadas as atividades militares realizadas em Bela Vista e suas imediações, bem como sua importância estratégica na ligação entre os estados de MS e MT. A ocupação irregular da Fazenda Paraíso influi negativamente cada um dos aspectos comentados, proporcionalmente ao grau de intensidade da atividade econômica praticada no empreendimento particular. Atualmente esta atividade é a criação de gado para corte, porém existem poucos animais. Até porque seria um risco econômico realizar um grande investimento em área que não se detém a posse legal. Todavia, caso a posse dessa área seja transferida em definitivo para terceiros particulares, não há como se prever quais empreendimento econômicos serão efetivados no futuro (pecuária extensiva, turismo por meio da instalação de hotel Fazenda, entre outros), o fato é que restará prejudicada as ações de segurança na faixa de fronteira.

No mesmo documento, são detalhados os impactos para a segurança nacional decorrentes da Fazenda Bela Vista, a qual encontra-se também na Ilha Insua, mas é distinta do imóvel objeto deste processo, tendo sido objeto da ACO 132. Em suma, afirma-se que: a) a Bela Vista tem importância estratégica para o controle da navegação fluvial entre os estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; b) os militares utilizam esse local para combate a crimes ambientais e transfronteiriços; c) o local é explorado por turistas, de modo que a presença militar traz mais segurança aos presentes. Tais argumentos possuem reverberação, como já mencionado, para a Fazenda Paraíso, que está na mesma ilha fluvial.

É interessante consignar que houve, no caso, uma sobreposição de matrículas, já que a matrícula objeto do processo sobrepõe-se, ainda que em parte, em domínios da União. Esta questão da sobreposição, aliás, foi devidamente detalhada na inicial:

77. *A matrícula impugnada (nº 20.097), referente à denominada fazenda Paraíso, sobrepõe-se, pelos seus dados topográficos, aos que constam de duas matrículas vigentes e em nome da União, sobrepondo-se, simultaneamente, ora em parte de uma, ora na totalidade da outra matrícula da União.

78. Da matrícula nº 19.854 retira-se área de 3.240 hectares em que o Exército mantém a sede de destacamento especializado na atividade de vigilância da segurança nacional: o pelotão especial de fronteira de Porto Índio, integrado por 40 militares, em substituição bimestralmente.

79. A prevenção e repressão a crimes internacionais, a exemplo do tráfico de drogas e ambientais, além do monitoramento da utilização aquaviária na região (em auxílio à Marinha), fazem-se pela atuação diária desses militares especializados; em pouco mais da metade dessa área militar, ocorre sobreposição da matrícula nº 20.097, ou seja, sobreposição parcial.

80. No tocante ao restante de área dessa matrícula impugnada, ocorre sobreposição total para com a matrícula nº 24.809, que documenta a demarcação administrativa de 1.434,4652 hectares de terra indígena Guató (art. 231 da CF) ao sul da Ilha Ínsua e identificada como Gleba indígena “B”.

Em suma, por diversos ângulos restou devidamente comprovado pela parte autora que a matrícula objeto do processo funda-se em alienações a non domino, já que a área objeto sempre foi domínio da União.

Assim, de rigor o provimento da ação para a anulada a matrícula imobiliária nº 20.097. E, tratando-se de ato nulo de pleno direito, não há que se falar em prescrição.

c) Do pedido contraposto

Não deve ser dado provimento ao pedido contraposto. Não há como, pela própria natureza das terras indígenas, declarar-se a nulidade da demarcação administrativa. Como aponta a própria Constituição Federal em seu art. 231, § 6º, esses títulos privados que estão em terras indígenas são nulos de pleno direito. Não houve assim, como argumentou o MPF, qualquer propriedade privada desrespeitada. Ao contrário: houve ocupação privada indevida de área pública, conforme já apontado acima.

A União trouxe documentos, ademais, que quando do início da regularização da terra indígena dos Guató em 1977, havia apenas um único ocupante não indígena de boa-fé no local (Id. 14914129, pp. 25-27). Assim, não há indícios que a ocupação ocorreu de boa-fé, o que seria imperioso para qualquer tipo de indenização nos termos do texto constitucional.

Os argumentos trazidos pela parte ré, na verdade, são genéricos e não entram os detalhes necessários, não tendo se desincumbido do ônus de comprovar a nulidade do procedimento demarcatório.

Também não é o caso de reconhecimento de qualquer indenização. Como já amplamente demonstrado nesta sentença, as alienações sucessivas são nulas de pleno direito. Eventual argumento sobre a aquisição da propriedade – que, reprimido, não poderia ter sido alienada – deve ser ajuizado no foro adequado contra o ente federativo que, à época, fez a alienação a non domino.

A União, a este respeito, deixou claro que não está impugnando, de forma direta, os contratos particulares, mas sim a matrícula em si. Daí porque não e mostra adequada, do ponto de vista processual, a ampliação da lida proposta pela parte ré.

d) Das expressões reputadas ofensivas

Também entendo que não assiste razão à parte ré quanto à ocorrência de expressões ofensivas. Em que pese a União pudesse ter articulado seus argumentos em termos mais técnicos, as expressões utilizadas não extrapolaram o razoável, não sendo o caso, assim, de se determinar que sejam riscadas dos autos.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, com fundamento no art. 487, I, do CPC, para anular a matrícula imobiliária nº 20.097, registrada no Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Corumbá/MS. Julgo IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTRA-POSTOS, igualmente com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Defiro o pedido de desintrusão da área com fulcro no art. 497 do CPC. Tratando-se de área estratégica do ponto de vista de segurança e que constitui, em parte, terra tradicionalmente indígena, deve ser dada destinação adequada ao local. Todavia, considerando o período de ocupação, entendo razoável que seja concedido um prazo exequível para a medida. Assim, determino que a desocupação seja feita em 120 (cento e vinte) dias contados da intimação, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento.

Oficie-se ao Juízo Estadual da 1ª Vara em Corumbá/MS, nos autos do inventário nº 0104826-05.2007.812.0008, informando-o da presente sentença.

Após o trânsito em julgado, comunique-se o Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Corumbá/MS para a anulação da matrícula.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa. Defiro o pedido de gratuidade de justiça à parte ré. Anote-se.

Sentença não sujeita ao reexame obrigatório.

Transitada em julgado esta sentença, ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Corumbá, MS, 16 de dezembro de 2020.

Juiz Federal Substituto DANIEL CHIARETTI

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001430-83.2019.4.03.6120

Autora: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO

Réu: SERGIO TERUAKI TAKAHASHI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/09/2020

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação de cobrança proposta pela Companhia Nacional de Abastecimento — Conab contra Sergio Teruaki Takahashi, por meio da qual a autora busca a condenação do réu ao pagamento de multa aplicada por infração cometida em leilão do Prêmio Equalizador Pago ao Produtor Rural — Pepro. Em resumo, a inicial (Num. 16405690) narra que em 2013 o réu participou de leilão de Pepro, comprometendo-se a vender e escoar 17.220 caixas de laranja produzidas no Sítio Nossa Senhora Aparecida. Todavia, fiscalização da Conab constatou que a mesma propriedade foi indicada em outras quatro operações do Pepro por outros produtores, sendo que o volume arrematado superava em muito a capacidade produtiva do Sítio Nossa Senhora Aparecida. Em razão disso, a operação foi cancelada e resultou na cominação de multa. A penalidade foi imposta após a conclusão de processo administrativo que se pautou pela observância das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Na contestação (Num. 22935829) o réu arguiu preliminar de prescrição, uma vez que decorridos mais de três anos entre a suposta infração e o ajuizamento da ação de cobrança. Ressalta que a pretensão está fulminada pela prescrição mesmo se aplicado o prazo quinquenal. No mérito, defendeu a regularidade da operação do Pepro. Sustentou que a produtividade do Sítio Nossa Senhora Aparecida era suficiente para o fornecimento do volume arrematado pelo requerido e por seu sócio Rodrigo Albano, ambos arrendatários dessa propriedade. Alegou que “se posteriormente, outros produtores resolveram arrematar nos leilões que sucederam, utilizando parte da sobra da produção da propriedade (Sítio Nossa Senhora do Quinhão 1), bem como frutas tidas como “temporãs”, e ainda, utilizaram frutas de terceiros para entrega em seu nome, justo seria que cada qual respondesse na medida e proporção de cada operação, devendo ser analisado o caso concreto e verificado se é o caso de cancelamento das operações e aplicações de sanções”. Ponderou que eventual irregularidade é inexpressiva, de modo que cabível a aplicação do princípio da insignificância.

Em réplica (Num. 32499252) a autora afirmou que “o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação da Administração contra o infrator é a constituição definitiva do crédito, que se dá com o término do processo administrativo de apuração da infração e constituição da dívida”. No mais, reforçou os argumentos expostos na inicial.

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Começo pelo exame da preliminar de prescrição levantada pelo réu, que consiste em definir o prazo aplicável e a forma de contagem desse prazo.

Quanto ao primeiro aspecto, a natureza pública da operação questionada, promovida por empresa pública que atua na prestação de serviço próprio do Estado, sem a exploração de atividade econômica visando o lucro, atrai a incidência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

No que diz respeito à forma de contagem, a prescrição se regula pela Lei 9.873/1999, que estabelece três prazos para a constituição da penalidade: (i) cinco anos para a deflagração do processo administrativo de apuração da infração, contados da prática do fato; (ii) três anos para o impulso do processo administrativo paralisado, pendente de julgamento ou despacho (prescrição intercorrente) e (iii) cinco anos para a execução da penalidade, contados do encerramento do processo administrativo.

No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial revelam que em 05/11/2013 o réu foi notificado de irregularidades identificadas por técnicos da Conab, referentes ao Pepro, e poucos dias depois apresentou defesa. Em 21/03/2014 foi proferida decisão que rejeitou a defesa e confirmou a imposição da multa (Num. 16406039). Na sequência, em abril de 2014, o autuado recorreu da cominação da penalidade (Num. 16406046). O recurso foi desprovido por decisão de janeiro de 2015 (Num. 16406047, a partir da p. 5), da qual o autuado foi intimado no mesmo mês (Num. 16406050). Como a multa não foi recolhida, em 20/05/2019 a Conab ajuizou a ação de cobrança.

Como se vê, a apuração administrativa foi deflagrada antes do decurso de cinco anos contados da data do fato, o processo administrativo não ficou paralisado mais de três anos aguardando decisão e a ação de cobrança foi ajuizada antes de cinco anos após a constituição definitiva do crédito.

Superada a prefacial, passo ao exame da questão de fundo.

O Prêmio Equalizador Pago ao Produtor Rural — Pepro é um subsídio estabelecido para assegurar a viabilidade econômica de determinados setores rurais. Trata-se de um programa de sustentação de preços, viabilizado por um complemento pago ao produtor que se proponha a vender determinado produto pela diferença entre o valor de referência estabelecido pelo governo (preço mínimo) e o valor do prêmio equalizador arrematado em leilão. No caso do leilão de Pepro para laranja nº 16/2013, o edital estabelecia que o preço de referência da caixa seria de R\$ 10,10 e o valor máximo do prêmio de R\$ 4,20 por caixa, com volume limitado a 40 mil caixas por participante.

No caso dos autos, o requerido arrematou um prêmio de R\$ 4,0010 por caixa de laranja, para um volume de 17.220 caixas, o que corresponde a um prêmio de R\$ 68.897,22. O formulário de inscrição informava apenas uma área de plantio, no caso o Sítio Nossa Senhora Aparecida do Quinhão I (Num. 16406029), localizado em Itápolis, com área de 30 hectares. Ocorre que essa mesma área foi cadastrada em cinco inscrições no leilão, pelos produtores Marcio Fernando Florido (40 mil caixas), Rodrigo Albano Pinheiro (16.210 caixas), Sergio Teruaki Takahashi (17.220 caixas), Eliana Aparecida Micheletti (18.440 caixas) e Marcos José Florido (25.320 caixas). Ou seja, a julgar pelos documentos apresentados pelos arrematantes, a produção do Sítio Nossa Senhora Aparecida na safra de 2012/2013 deveria corresponder a no mínimo 117.190 caixas de laranja.

Todavia, a fiscalização da Conab apurou que não havia como o Sítio Nossa Senhora Aparecida produzir as caixas de laranja comprometidas pelos arrematantes, a começar pelas modestas dimensões da área, que soma apenas 30 hectares. Levando em consideração a estimativa de produtividade de 68 mil quilos por hectare informada no Demonstrativo de Lavoura Cultivada apresentado pelo arrematante Sergio Teruaki Takahashi (Num. 16406029), a área

poderia render 50 mil caixas de laranja. Esse volume é menor do que o arrematado pelo réu, porém é menos da metade do total de caixas arrematadas nas cinco operações incidentes sobre a mesma área.

Na fase administrativa o requerido justificou o descompasso entre a capacidade total da área e o volume comprometido em leilão na existência de “arrendamento verbal”, sem esclarecer quantas caixas efetivamente saíram do Sítio Nossa Senhora Aparecida e quantas resultam de outras propriedades que o arrematante explorava mediante ajuste regido pelo fio do bigode. A despeito de não estar amparada em elementos concretos e carecer de dados precisos sobre a área, localização e o volume de laranjas que saíram de outras glebas, a justificativa é plausível. Sendo incontroverso que a maior parte das laranjas comercializadas em nome do réu e de outros quatro arrematantes não saiu do Sítio Nossa Senhora Aparecida, por certo foi produzida em outra propriedade. Todavia, isso não afasta a infração ao leilão, senão a confirma.

A participação no leilão do Pepro implica a aceitação das regras da seleção pública, veiculada por meio de aviso que na essência repete o regulamento do programa. E segundo essas regras, na inscrição o licitante deve informar a propriedade de produção, por meio do Demonstrativo de Lavoura Cultivada e comprovar o escoamento dos produtos por meio do Documento Confirmatório da Operação, que por sua vez deve estar amparado em notas fiscais das operações de compra pela indústria. E tanto o Demonstrativo de Lavoura Cultivada quanto o Documento Confirmatório informam que toda a laranja escoada nos termos do Pepro saiu do Sítio Nossa Senhora Aparecida, o que não corresponde à verdade, conforme o próprio arrematante admitiu.

Melhor sorte não assiste ao réu quando tenta se imunizar das irregularidades constatadas pela Conab, imputando o descompasso entre o volume comprometido e a capacidade produtiva do Sítio Nossa Senhora Aparecida aos outros quatro produtores que arremataram prêmios no mesmo leilão do Pepro. O requerido pondera que “Se posteriormente, outros produtores resolveram arrematar nos leilões que sucederam, utilizando parte da sobra da produção da propriedade (Sítio Nossa Senhora do Quinhão 1), bem como frutas tidas como “temporãs”, e ainda, utilizaram frutas de terceiros para entrega em seu nome, justo seria que cada qual respondesse na medida e proporção de cada operação, devendo ser analisado o caso concreto e verificado se é o caso de cancelamento das operações e aplicações de sanções”.

A justificativa por si só é frágil, uma vez que não veio acompanhada de outros elementos que não a palavra do interessado, o que é pouco, é quase nada. Ademais, a análise da alegação no contexto geral torna ainda mais difícil aceitar a tese segundo a qual, na perspectiva do produtor, as irregularidades relacionadas ao lote dizem respeito apenas a terceiros. É que a mesma argumentação consta nas contestações dos arrematantes Rodrigo Albano Pinheiro e Marcio Fernando Florindo, também enredados no mesmo tipo de irregularidade. Não há como aceitar que os três arrematantes sejam simultaneamente responsáveis e inocentes pelas irregularidades apontadas pela Conab.

Também não procede a tese de inexpressividade da lesão causada à administração pública. O próprio regulamento do Pepro cuida de definir o que se pode entender por inexpressividade da lesão, que se limita à diferença de até 5% entre o volume arrematado e o efetivamente entregue. No caso dos autos, contudo, as irregularidades levantadas pela Conab acarretaram o cancelamento integral da operação e cominação de multa, ambas punições cabíveis à hipótese de fraude ao Pepro.

Tudo bem pesado e medido, se conclui que o réu não foi bem-sucedido em infirmar as irregularidades que fundamentaram a cominação da multa, de modo que a penalidade deve ser confirmada.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE O PEDIDO extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC, para o fim de condenar o réu a pagar à Conab multa no valor de R\$ 14.427,16, atualizada até 12/04/2019 e corrigida a partir daí até o pagamento pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, sem capitalização.

Condeno o réu ao pagamento das custas e de honorários à Conab, que fixo em 10% da condenação. A condenação ao pagamento das custas abrange o ressarcimento das custas adiantadas pela autora quando do ajuizamento da ação.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000485-29.2020.4.03.6131

Autor: CLAUDINEI APARECIDO TEIXEIRA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/11/2020

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, com pedido liminar, proposta por CLAUDINEI APARECIDO TEIXEIRA em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF que tem por objeto a obtenção de provimento jurisdicional que garanta saque integral de verbas depositadas junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, gerido pela instituição ré. Para tanto, argumenta, em suma, que com o caótico quadro econômico-financeiro gerado a partir da pandemia do COVID-19, com decretação do estado de calamidade pública (Dec. Legislativo n. 06/2020), há a possibilidade de ser realizado o saque integral do FGTS, o qual aduz ser direito dos trabalhadores (art. 7º, III, CF), sendo possível o empregado sacar integralmente o saldo da sua conta vinculada, com base no sopesamento de princípios constitucionais e pela própria finalidade do FGTS.

Liminar indeferida por força da decisão que se encontra registrada sob o id n. 37479313.

Contestação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF (id n. 38404213), em que articula preliminares de ausência de interesse processual e prescrição. Quanto ao mérito, sustenta a improcedência do pedido inicial, fundamentada na ausência de previsão para saque na hipótese divisada na inicial, no argumento de que a postulação invade providência reservada aos demais poderes da República, intangível ao Poder Judiciário, e argumentam com o risco para a integridade econômico-financeira do Fundo Gestor do FGTS. Puga pela improcedência do pedido.

Vieram os autos.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, cumpre afastar a arguição de ausência de interesse processual deduzida com a resposta da requerida, na medida em que, em primeiro lugar, a edição da MP n. 946/20 não esvazia e nem prejudica o objeto da lide ora posto em discussão. O âmbito do pedido aqui deduzido é muito mais extenso e abrangente que a hipótese de saque regulamentada através da MP em questão, já que postula o direito ao saque de forma ampla, ao revés do formato condicionado, limitado e restritivo divisado no ato normativo aqui em causa. De mais a mais, cediço que a Medida Provisória é um ato normativo de natureza precária, temporária (o próprio nome a tanto faz referência), pode não se converter em lei, o que não ocorre com uma postulação de parte que venha a ser acatada em definitivo pelo Poder Judiciário. Irrelevante, portanto, para o contexto dos direitos discutidos em lide, tenha sido editada uma MP, pelo Governo Federal, a fim de regulamentar a matéria. A lide aqui vertente supera e aprofunda o trato da questão, para possibilitar o saque em circunstâncias e valores não divisados pelo administrador Público. Com tais considerações rejeito a preliminar.

Por outro lado, veja-se que a preliminar de inadequação da via processual eleita pela parte resta integralmente superada a partir da adequação do rito procedimental para ação de cognição pura, processada sob rito comum.

Dito isto, 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 outras preliminares a decidir, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Desnecessária a confecção de quaisquer outras provas, tendo em vista a natureza, da lide, os autos estão em termos de julgamento, nos termos do que dispõe o art. 355, I do CPC.

Na linha daquilo que já se ponderava quando da apreciação da postulação liminar da requerente, afigura-se inviável a concessão do quanto requerido no âmbito da presente demanda.

Malgrado possa, pessoalmente, comungar de compreensão diversa acerca dessa questão, o certo é que – sobre o tema – sobreveio manifestação recente, oriunda do C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's n. 6371 e n. 6379), em que se chancela o entendimento de que, ainda que se reconheça que o art. 20 da Lei n. 8.036/1990 permita a movimentação do FGTS em caso de necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, seria necessária a, *verbis*:

“(...) regulamentação do referido dispositivo, de modo a viabilizar o exercício do direito subjetivo. No caso, o regulamento existente, quando do ajuizamento da ação, aparentemente não se aplica ao caso de pandemia mundial, como a reconhecida pelo Decreto de Calamidade Pública do Congresso Nacional. Ocorre que, após a distribuição desta ADI, o Presidente da República editou Medida Provisória buscando regulamentar o saque do FGTS para o caso da Pandemia Mundial da Covid-19, conforme informações apresentadas pelo Congresso Nacional e pela Presidência da República” (g.n.).

[MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.371 DISTRITO FEDERAL; RELATOR :MIN. GILMAR MENDES; REQTE.(S) :PARTIDO DOS TRABALHADORES; INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA; PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO; INTDO.(A/S) :CONGRESSO NACIONAL; AM. CURIAE. :CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF; AM. CURIAE. :ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS – ABRAINCA].

Para além, o C. Pretório Excelso se manifesta, no âmbito da mesma decisão, no sentido de que o deferimento da medida postulada na inicial poderia causar danos expressivos ao Fundo gestor do FGTS, ocasionando perdas econômicas irreparáveis. *Verbis*:

“Assim, ao menos nesse juízo preliminar, parece que nem o *fumus boni iuris*, nem o *periculum in mora*, colocam-se presentes para o deferimento da medida cautelar pleiteada pelo partido autor, uma vez que a intervenção do Poder Judiciária na política pública, pensada pelo poder executivo e em análise pelo poder legislativo, poderia casuar danos ao Fundo gestor do FGTS, ocasionando danos econômicos imprevisíveis.

Na verdade, como sabemos, o FGTS, embora seja um direito do trabalhador, nos termos do art. 7º, inciso III, da Carta de 1988, é um Fundo alimentado por empregadores para a consecução de importantes fins sociais, financiando iniciativas que atendam à sociedade como um todo. Entre essas finalidades, destaca-se o financiamento de empreendimentos vinculados ao desenvolvimento urbano, à habitação popular, ao saneamento básico e à infraestrutura urbana, nos termos do art. 5º, I, da Lei 8.036/1990.

Satisfeito, em parte, o pedido formulado na petição inicial pela edição da MP 946/2020, que

permite o saque do FGTS no valor de R\$ 1045 por empregado, não verifico, em juízo de caráter liminar, como o pedido cautelar possa ser deferido, notadamente em razão da ausência da probabilidade do direito pleiteado” (g.n.).

Daí, embora não se trate de ingerência indevida de decisões do Poder Judiciário sobre esferas de atuação dos demais Poderes da República (até porque a pretensão inicial vem calçada na interpretação de hipóteses de saque previstas em lei), mas, isto sim, de divergência de interpretação quanto ao alcance das normas legais que permitem o levantamento de valores depositados junto às contas fundiárias em casos de calamidade pública ou desastre natural, o certo é que, na linha do indigitado decisum, se materializa sinalização relevante no sentido de que o caso concreto ora em análise não aparenta se enquadrar nas hipóteses de saque previstas na legislação.

De sorte que, na linha do que ora se expõe, não há, com base na superveniência da eclosão da pandemia ora em curso no planeta, embasamento suficiente a autorizar o levantamento dos valores depositados junto às contas fundiárias titularizadas pelo ora postulante.

Por fim, ainda insta rechaçar o argumento de que estaria configurado o cancelamento da opção pelo saque-aniversário, em razão do fato de que a dispensa ocorreu anteriormente ao mês de aniversário do cotista, na forma do que dispõe o art. 20-C, § 1º, II, da Lei n. 8.036/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.932/19.

Mera inspeção visual do novel dispositivo legislativo invocado pelo aqui requerente haverá de demonstrar que o cancelamento desta opção de saque não é imediato, automático ou simples decorrência de dispensa imotivada do trabalho do titular cotista, mas deve ser por ele requerido à instituição depositária, hipótese em que, em sendo aceito esse pedido de cancelamento, nova solicitação de saque estará sujeita ao disposto no inc. I do *caput* do art. 20-C da legislação aqui em comento. Observe-se o texto da lei:

Art. 20-C. A primeira opção pela sistemática de saque-aniversário poderá ser feita a qualquer tempo e terá efeitos imediatos. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

§ 1º. Caso o titular solicite novas alterações de sistemática será observado o seguinte: (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

I - a alteração será efetivada no primeiro dia do vigésimo quinto mês subsequente ao da solicitação, desde que não haja cessão ou alienação de direitos futuros aos saques anuais de que trata o § 3º do art. 20-D desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

II - a solicitação poderá ser cancelada pelo titular antes da sua efetivação; e (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

III - na hipótese de cancelamento, a nova solicitação estará sujeita ao disposto no inciso I do *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

§ 2º. Para fins do disposto no § 2º do art. 20-A desta Lei, as situações de movimentação obedecerão à sistemática a que o titular estiver sujeito no momento dos eventos que as ensejarem. (Incluído pela Lei nº 13.932, de 2019)

No caso dos autos, o requerente não demonstra, em primeiro lugar, que requereu esse cancelamento perante a instituição acionada, disso não havendo prova absolutamente nenhuma no processo. Pelo contrário, nesse particular específico, o que existe é justamente a prova do fato oposto, qual seja, a adesão do autor à opção pelo saque-aniversário, relizada a partir de aplicativo disponibilizado pelo banco, do que faz prova a documentação acostada aos autos sob o id n. 34726527. Razão porque, sem a prova de que requereu o cancelamento da opção efetivada e esse pedido restou recusado pela CEF, não há sequer demonstração da pretensão resistida da ré quanto ao ponto específico, o que não atende ao disposto no art. 17 do CPC.

Em segundo lugar, mas ainda com relação a este ponto específico da controvérsia, também se deve objetar que o autor também não demonstra que – para além do requerimento efetuado e indeferido pela instituição financeira –, ao tempo do ajuizamento, a sua solicitação de saque atendia aos termos do que dispõe o art. 20-C, § 1º, I da legislação em comento, de molde a cumprir as exigências constantes do inciso III, in fine, do mesmo dispositivo legal (alteração efetivada no primeiro dia do vigésimo quinto mês subsequente ao da solicitação, desde que não haja cessão ou alienação de direitos futuros aos saques anuais de que trata o § 3º do art. 20-D da lei em questão).

Por tais razões, é improcedente o pedido inicial, cabendo ao requerente procurar se valer das medidas previstas pelas autoridades públicas competentes, para prover-lhe a assistência necessária ao enfrentamento da corrente pandemia.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC.

Arca a autora, vencida, com o pagamento das custas e despesas processuais incidentes, e mais honorários de advogado da parte *ex adversa*, que, com esteio no que prescreve o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estabeleço em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito. Execução, na forma do art. 98, § 3º do CPC.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

“HABEAS CORPUS” CRIMINAL

5004025-90.2020.4.03.6000

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Paciente: TODOS OS INTERNOS RECLUSOS NA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS

Impetrado: DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juíza Federal: MARCELA ASCER ROSSI

Disponibilização da Decisão: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 21/08/2020

DECISÃO

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO impetrou o presente HABEAS CORPUS COLETIVO, com pedido de liminar, contra ato do DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS, alegando, em síntese, que por diversas vezes tem-se suspenso ou reduzido indevidamente o tempo de banho de sol dos internos da PFCG/MS, em patamar inferior a 2 horas. Sustenta a violação ao disposto no art. 5º, III, da Constituição Federal, no artigo 3º, §1º, III, da Lei n. 11.671/2008, artigos 40 e 41 da Lei de Execução Penal e tratados e convenções internacionais. Aduz que o banho de sol é um direito expresso e essencial para prevenir inúmeras doenças.

Pleiteia a concessão de liminar para que se determine à Autoridade Administrativa da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, providências para imediata garantia do direito ao banho de sol, diariamente, mas nunca por tempo inferior que duas horas diárias.

O feito foi distribuído para o Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que declinou da competência para este Juízo (ID 33973647).

Foi postergada a apreciação da liminar para após a vinda das informações (ID 34865275).

A Autoridade apontada como Coatora prestou as informações (ID 35192002) e juntou documentos.

É um breve relato. Decido.

A concessão da liminar está condicionada à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito invocado se vier a ser reconhecido na decisão de mérito.

No caso, não se verifica a presença do *fumus boni iuris*.

Explica-se.

A Lei 11.671/2008 que dispõe sobre a execução da pena no Sistema Penitenciário Federal, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, em seu art. 3º, § 1º, inciso III, prevê a concessão de banho de sol com duração de até 2 (duas) horas diárias.

Dispõe o art. 3º, inciso III, da Lei nº 11.671/2008:

“Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);”

Destarte, tem-se que os custodiados no Sistema Penitenciário Federal não tem direito líquido e certo a 2 (duas) horas de banho de sol, mas a um período de até 2 (duas) horas diárias.

Segundo as informações prestadas pela autoridade coatora, em condições de normalidade, sempre foi garantido aos custodiados o direito de 2 (duas) horas diárias de banho de sol. Ademais, informa que em decorrência das medidas adotadas para conter a Pandemia da COVID-19, tem-se reduzido o banho de sol diário, mas se tem implementado o revezamento entre custodiados, para evitar o contato entre eles, lhes garantindo este direito, inclusive, com a ampliação do tempo total da duração do banho de sol na rotina da Penitenciária para 04 (quatro) horas diárias, para que o banho seja feito de forma alternada e com redução do contato social entre os internos que utilizem o mesmo local para o banho de sol (ID 35192002, fl. 13).

O procedimento interno para o banho de sol é complexo, como narra o Diretor da Penitenciária, na fl. 11 do ID 35192002:

“A título de exemplificação do procedimento executado para a liberação ao pátio, os servidores deverão realizar, em suma, os seguintes procedimentos elencados no Manual de Procedimentos e Rotinas e aplicável a todos os presos que irão ter acesso ao banho de sol: o pátio de banho de sol deve ser previamente revistado pelos Agentes Federais de Execução Penal para garantir a inexistência de materiais e objetos que possam representar riscos à segurança; após isso, cada preso é submetido a uma revista pessoal, com os procedimentos de segurança, e realizado o algemamento; após, todos os custodiados são encaminhados ao pátio de banho de sol, de forma ordenada e com obediência à alocação interna de cada preso, com o posicionamento de todos os presos no fundo do pátio de banho de sol para que o preso saia de costas, mostre as plantas dos pés e coloque o calçado, vire-se e se desloque sobre a faixa amarela, de forma ininterrupta, silenciosa e desacompanhada, com a cabeça abaixada, até o portão de acesso ao pátio de banho de sol para o desalgemamento de todos os presos.

Nesse sentido, todo o procedimento é feito com a realização de uma segurança e vigilância aproximada em todos os custodiados, de forma que exista sempre a superioridade numérica de Agentes Federais sobre custodiados, sendo um dos momentos mais críticos das rotinas internas da Unidade, momento em qual todas as normas de segurança devem ser observas.”

A complexidade do procedimento, com a garantia do banho de sol e ao mesmo tempo manutenção da segurança e da ordem, aumenta ainda mais em virtude da necessidade de se respeitar o distanciamento social e a higienização necessários para prevenir o contágio pelo coronavírus. É natural e até esperado que haja alterações no tempo do banho de sol dos detentos, em virtude da necessidade de adoção de todas as medidas de segurança e higienização, retirando-se os presos das celas em forma de rodízio.

Ressalto que estamos vivendo tempos difíceis. Milhares de pessoas tem morrido mundo afora. No Brasil, a situação não é diferente. O estado do Mato Grosso do Sul é hoje um dos epicentros da Pandemia da COVID-19. Tudo que era normal até então, passou a ser anormal, excepcional. Diante disso, direitos, que nunca foram considerados absolutos, devem ser relativizados, restringidos, em garantia do bem maior, a vida, tanto dos detentos, quanto dos agentes penitenciários federais.

Ressalte-se que, em inúmeras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal busca enfatizar que “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.” (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000). Ou seja, diante de determinadas circunstâncias fáticas, certos direitos devem ceder em face de outros com maior proeminência no caso concreto. E se pode afirmar que a prioridade, no momento, é evitar que haja a contaminação generalizada dos detentos e agentes públicos pelo coronavírus. Ou seja, o direito ao banho de sol pode ceder em algumas frações de tempo em prol da saúde, assim como milhares de brasileiros tem cedido e abdicado de inúmeros direitos igualmente garantidos constitucionalmente, como o direito ao lazer, direito à reunião pacífica, direito de acesso a fontes culturais, dentre outros, em prol de um bem maior à sociedade, que é a contenção da pandemia.

Destarte, considerando que houve apenas restrições quantos aos dias e horários, mas que está sendo garantido, dentro da excepcionalidade que a situação requer, o banho de sol aos encarcerados na PFCG/MS, bem como que a legislação, conforme acima se viu, não garante o tempo diário de 2 (duas) horas de banho de sol, mas de até 2 (duas) horas, não é o caso de concessão da liminar.

Assim, não se vislumbra a presença de pressuposto indispensável para a concessão da liminar, ou seja, o *fumus boni iuris*.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

Dê-se vista ao MPF para parecer.

Intime-se. Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 14 de julho de 2020.

Juíza Federal Substituta MARCELA ASCER ROSSI



Súmulas

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- Vide IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- Vide PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- Vide PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- Vide PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- Vide PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- Vide PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (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 subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- Vide Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- Vide CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- Vide CC nº 0012712.41.2016.4.03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS DOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

¹ **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se

refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de 1/2 salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a 1/2 salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região