



Jurisprudência

Direito Administrativo



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, ressaltada, 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 lúcido 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. Agravo 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 ensinar 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 desconSIDERAÇÃO 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)

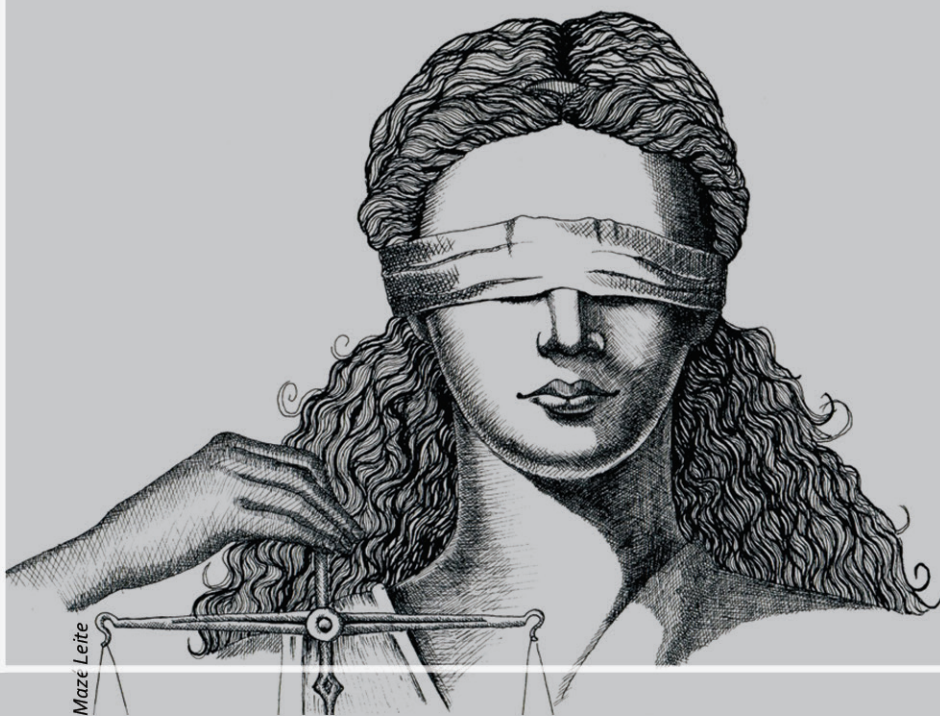
Portanto, não evidenciada a desvinculação das questões vergastadas em relação ao programa do exame da OAB, nem tampouco a existência de teratologia ou erro flagrante na correspondente formulação, correção ou atribuição de pontos, não há como prosperar a apelação.

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. Nilton 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 suprallegal 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, resalto 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, consumam-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 supralegal 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 reprimenda-base.

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, despendendo 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. Extrai-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’.

Cumpra 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 vetorais ‘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 alcólicas 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 melius*, 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 melius*, 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 corrêu 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 (dezeses) 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 corrêu 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 toxicidade 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, 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 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 inveciva 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, resalto 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.

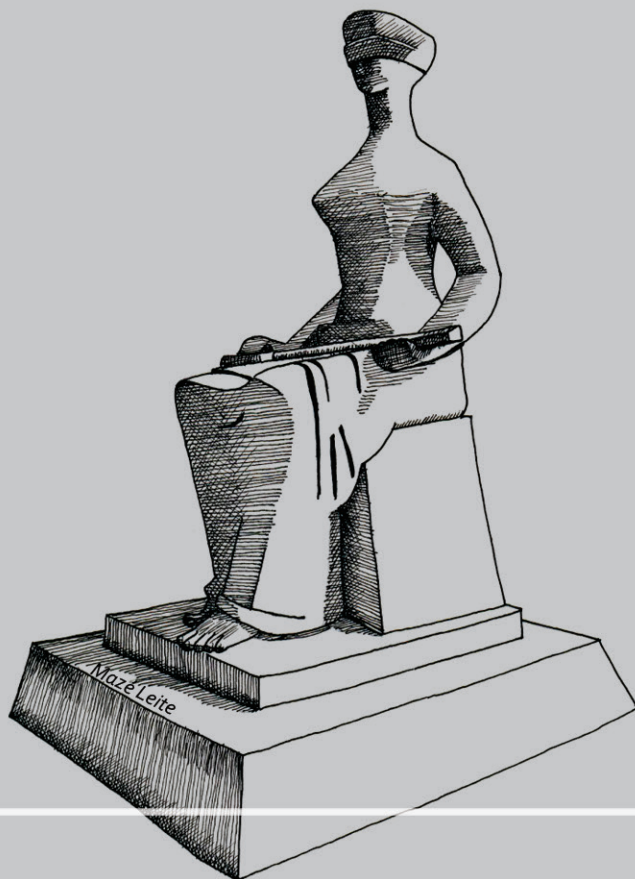
Ante o exposto, divirjo em parte do voto do E. Relator para *dar parcial provimento* ao recurso de *ALCIDES FRANÇA GUSMÃO* para reduzir as penas-bases fixadas para ambos os delitos e conceder-lhe os benefícios da Justiça Gratuita, bem como, acolher o pedido da Procuradoria Regional da República para, 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 decisor), 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 cinquenta 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.

Cumpra 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, vejам-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.

Observe, 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 - Agravo 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.

Cumprе 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 URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (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 URSAIA - Relatora

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (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 Virgina 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 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”* (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 exequindo 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 desprovimento. 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. Agravado 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, RENAVAM 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 ANDRE 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 ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do 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 (ENCCJA), 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 desprovinamento 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.

Cumprе 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 ADMINISTRATIVA 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

laudêmios 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. Cumpre 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 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.

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